

UNIVERSIDAD CATOLICA SANTA MARIA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL



“RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACION EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE
LA LEY 27444, EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO Y CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA”

Tesis presentada por el Bachiller
Marco Antonio Camacho Zárate,
para optar el Grado Académico de
Magister en Derecho Civil.

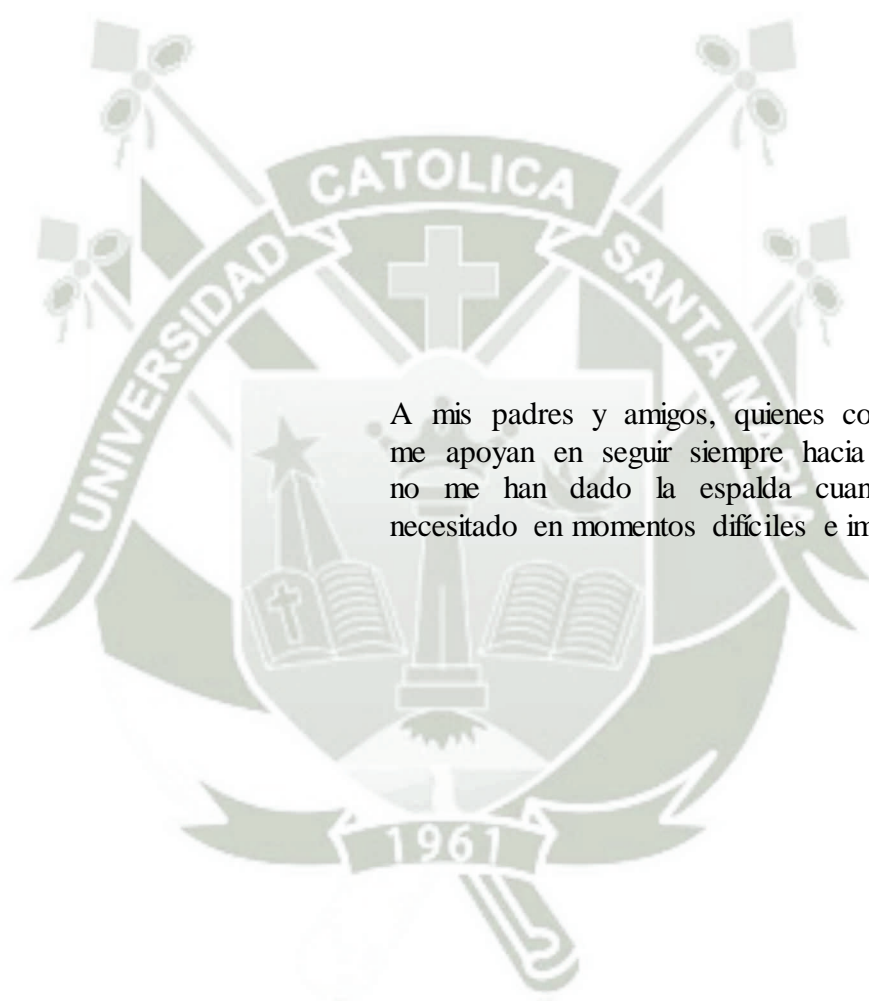
Arequipa – Perú

2008



“Ármate de libros y vencerás; son las mejores
armas para la lucha de la vida”

Alejandro Belmont Marquesado



A mis padres y amigos, quienes continuamente me apoyan en seguir siempre hacia adelante y no me han dado la espalda cuando los he necesitado en momentos difíciles e importantes.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION	11
RESUMEN	13
ABSTRACT	14

CAPÍTULO UNICO RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACION EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TÍTULO I CONCEPTOS Y ASPECTOS GENERALES

1.-LA RESPONSABILIDAD: EN SUS ORÍGENES.	16
1.1. La Ley de las Doce Tablas.	19
1.2. La Ley Aquilia.	20
2.- LA RESPONSABILIDAD: CONCEPTO Y TIPOS.	22
2.1.- Concepto.	22
2.2. Tipos de Responsabilidad.	23
2.1.1. Responsabilidad Individual.	23
2.1.2. Responsabilidad Colectiva.	24
2.1.3. Responsabilidad Intencional.	25
2.1.4. Responsabilidad por el Resultado.	25

TITULO II LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTROS DÍAS

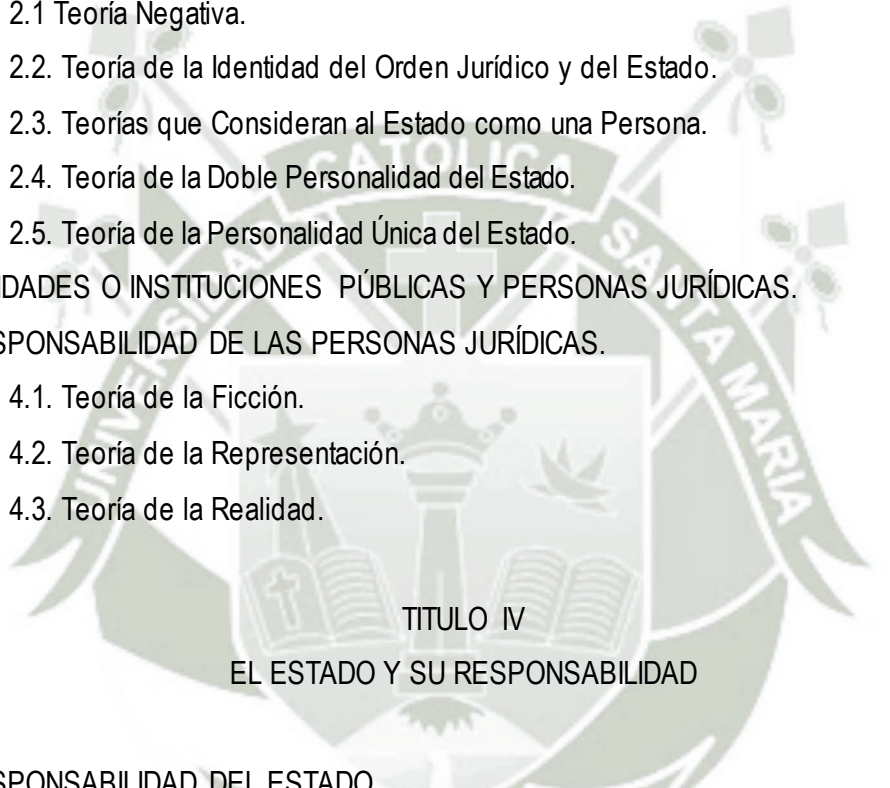
1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONTEXTO Y ANTECEDENTES.	26
2. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.	29
2.1. Tesis Dualista.	30
2.2 Tesis Monista.	31
2.3 Tesis Eclécticas.	31

3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	32
3.1. La Imputabilidad o Capacidad de Imputación.	32
3.2. La Ilícitud o Antijuridicidad.	33
3.3. El Factor de Atribución: Subjetivos y Objetivos.	34
3.3.1. Subjetivos:	34
a) La Culpa.	34
b) El Dolo.	35
3.3.2.- Objetivos: Responsabilidad Objetiva.	36
3.4. El Nexo Causal o la Relación de Causalidad.	37
3.4.1. Teoría de la Causa Adecuada.	39
3.4.2. Teoría de la Causa Próxima.	39
a) Ruptura o Fractura del Nexo Causal:	40
a1) <i>Caso Fortuito o Fuerza Mayor.</i>	40
a2) <i>El Hecho de un Tercero.</i>	41
a3) <i>El Hecho de la Propia Víctima.</i>	42
3.5. El Daño.	42
3.5.1. Daño Patrimonial.	43
3.5.2. Daño Extrapatrimonial.	43
3.5.3. Daños Reflejos.	44
3.5.4. Daño por Pérdida de una Ocasión Favorable.	44
3.5.5. El Daño Futuro.	45
3.5.6. Daño Moral a la Persona Jurídica.	45
4. LA RESPONSABILIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN.	45
4.1. Resarcimiento dinerario o por equivalente.	46
4.2. Resarcimiento en forma específica o in natura.	46

TITULO III

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.- EL ESTADO COMO ENTE JURÍDICO.	47
1.1. Acepciones.	47
1.1.1. Criterio Sociologista.	47

1.1.2. Sentido Historicista.	47
1.1.3. Punto de Vista de las Ciencias del espíritu.	48
1.2. Teorías Conceptuales.	48
1.2.1. Teoría Organicista.	48
1.2.2. Teoría Sobre las Relaciones de Fuerza.	48
1.2.3. Teoría de la Doble Faz del Estado.	48
1.2.4. Teoría Normativista.	48
2.- PERSONALIDAD DEL ESTADO.	49
2.1 Teoría Negativa.	50
2.2. Teoría de la Identidad del Orden Jurídico y del Estado.	50
2.3. Teorías que Consideran al Estado como una Persona.	51
2.4. Teoría de la Doble Personalidad del Estado.	51
2.5. Teoría de la Personalidad Única del Estado.	51
3. ENTIDADES O INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PERSONAS JURÍDICAS.	51
4.- RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.	52
4.1. Teoría de la Ficción.	53
4.2. Teoría de la Representación.	53
4.3. Teoría de la Realidad.	54
 <p>TITULO IV EL ESTADO Y SU RESPONSABILIDAD</p>	
1.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.	57
1.1. Teoría del Cúmulo de Responsabilidades.	58
1.2. Teoría del Órgano Administrativo.	58
1.3. Teoría de la Desigualdad de Cargas.	58
1.4. Teoría de la Responsabilidad del Agente y no del Estado.	58
2. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.	59
2.1. Responsabilidad Administrativa.	59
2.2. Responsabilidad Penal.	61
2.3. Responsabilidad Política.	61
2.4. Responsabilidad Civil.	63

2.4.1. Responsabilidad Precontractual.	63
2.4.2. Responsabilidad Contractual.	63
2.4.3. Responsabilidad Poscontractual.	63
2.4.4. Responsabilidad Extracontractual.	64
a) El Estado como Sujeto Activo de la Acción de Responsabilidad Extracontractual.	64
b) El Estado como Sujeto Pasivo de la Acción de Reparación.	65
3. ESTADO DE DERECHO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SEGÚN SUS FUNCIONES.	66
3.1. Responsabilidad del Estado por Acto Legislativo.	67
3.1.1. Características del Perjuicio por la Actividad Legislativa.	68
a) El Perjuicio debe ser directo.	68
b) Debe ser cierto, real y valuable en dinero.	68
c) Debe ser anormal.	68
3.1.2. Excepciones:	69
a) Perjuicio especial.	69
b) Enriquecimiento sin causa.	69
c) Sustitución del derecho por una indemnización.	70
d) Responsabilidad por ley inconstitucional.	70
3.2. Responsabilidad del Estado en el Ámbito Administrativo.	70
3.2.1. Teorías sobre la Responsabilidad del Estado.	71
a) Teoría de la Falta de Culpa Civil:	71
b) Teoría de la Falta del Servicio Público:	71
c) Teoría del Riesgo:	71
3.2.2. La Responsabilidad del Estado en la Legislación Comparada por Hechos o Actos Administrativos.	72
3.3. Responsabilidad del Estado por Actos Jurisdiccionales.	73
3.3.1. Factibilidad del pago de las indemnizaciones por daños que causa el Estado.	78

TITULO V
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO Y ANTECEDENTES.	83
2.- UBICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN.	85
3.- LA FUNCIÓN PÚBLICA.	87
4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.	88
4.1. Funcionarios Públicos.	90
4.1.1. Clases de Funcionarios:	92
4.2. Empleado, Trabajador o Servidor Público.	95
4.2.1. Clases de Empleados Públicos según la Ley 11377:	95
a) Empleados de Carrera.	95
b) Empleados a Contrata.	95
c) Empleados Adscritos.	96
d) Personal de Servicio Interno.	96
4.2.2. Clases de Servidores Públicos según Decreto Legislativo 276.	96
a) El Grupo de Profesionales.	96
b) El Grupo Técnico.	96
c) El Grupo Auxiliares.	96
4.2.3. Trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta:	97
4.2.4. Clasificación del Empleado Público según Ley 28175:	97
a) Empleado de Confianza.	97
b) Servidor Público, que puede ser:	97
b.1. Directivo Superior.	97
b.2. Ejecutivo.	98
b.3. Especialistas.	98
b.4. De Apoyo.	98
5.- ACTUACIÓN POR FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.	99
6. DEBERES ÉTICOS Y ADMINISTRATIVOS DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS.	99

TÍTULO VI
RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

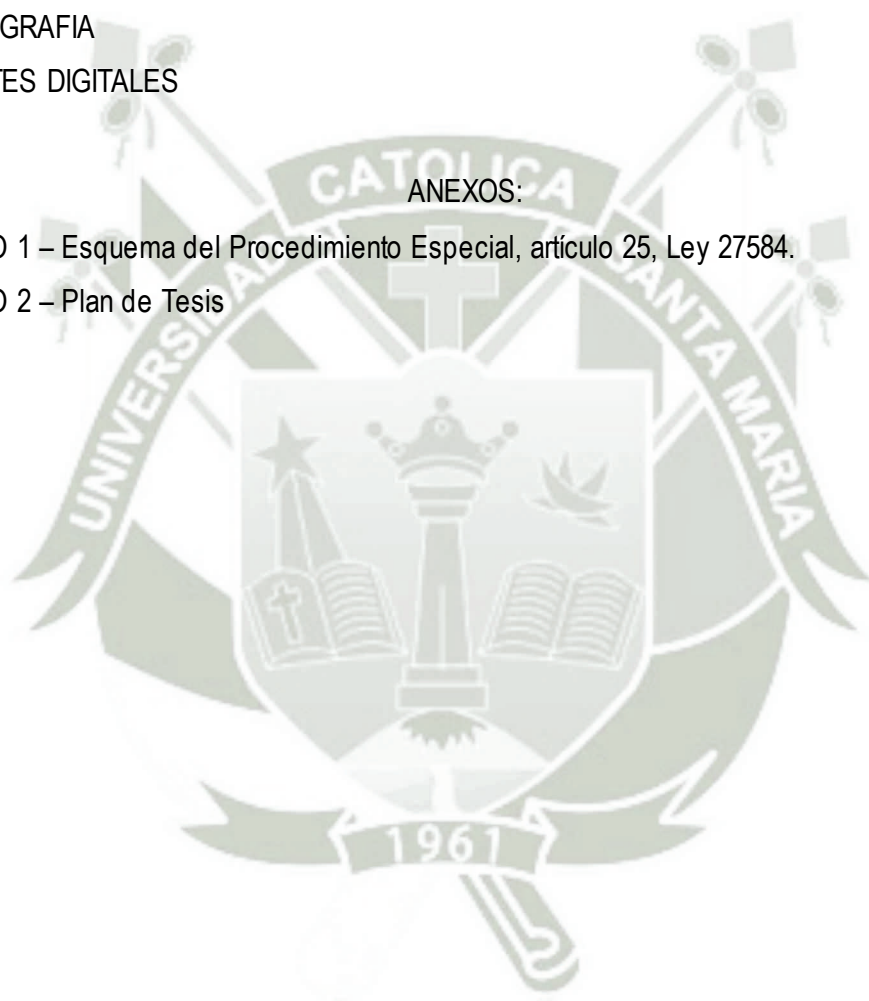
1. LA RESPONSABILIDAD EN LA FUNCION PÚBLICA.	102
2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA CIVIL O PATRIMONIAL.	103
2.1 Características.	105
2.1.1. Es general.	105
2.1.2. Es un sistema de responsabilidad directa y objetiva.	106
2.1.3. Es un sistema mixto.	106
2.1.4. Es un sistema que tiene fundamento en el principio de la integridad patrimonial.	106
3. SUSTENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA LEY 27444.	106
4. ANALISIS DEL ARTÍCULO 238 DE LA LEY 27444: DISPOSICIONES GENERALES.	109
4.1. Análisis del numeral 238.1 de la Ley 27444.	109
4.2. Análisis del numeral 238.2 de la Ley 27444.	110
4.3. Análisis del numeral 238.3 de la Ley 27444.	111
4.4. Análisis del numeral 238.4 de la Ley 27444.	112
4.5. Análisis del numeral 238.5 de la Ley 27444.	113
4.6. Análisis del numeral 238.6 de la Ley 27444.	114
5. PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR UNA INDEMNIZACIÓN EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	115
6. RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	120

TÍTULO VII

ANÁLISIS DE CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

1. COMPORTAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN AREQUIPA.	123
---	-----

1.1. Entidades Públicas más quejadas ante la Defensoría del Pueblo de Arequipa.	123
1.2. Entidades Públicas más demandadas ante la Corte Superior de Justicia de Arequipa.	129
CONCLUSIONES	136
SUGERENCIAS	138
PROPUESTA	139
BIBLIOGRAFIA	140
FUENTES DIGITALES	142
ANEXOS:	
ANEXO 1 – Esquema del Procedimiento Especial, artículo 25, Ley 27584.	144
ANEXO 2 – Plan de Tesis	145



INTRODUCCIÓN

La presente tesis titulada “RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACION EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 27444, EN LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA”, tiene por finalidad evaluar la eficiencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General en la parte que reconoce a los administrados el derecho a solicitar una indemnización a la Administración por actos que le ocasionen lesión en sus bienes y derechos, puesto que se puede considerar *a priori* que dicho reconocimiento legal no está siendo empleado por los administrados ni aplicado debidamente por la Administración Pública y, también, que cuando los agraviados finalmente recurren al Poder Judicial para invocar esta indemnización ante la lesión producida a sus derechos e intereses es posible que esta demanda no sea debidamente atendida. Por ello creímos pertinente, en el marco de la presente investigación, plantearnos el siguiente problema: ***¿Los administrados que sufren lesiones en sus bienes y derechos, están haciendo uso de los medios necesarios para solicitar una indemnización económica a la Administración Pública y de ser así están logrando dicha indemnización?***

Para resolver esta cuestión, nos hemos abocado al análisis de la Ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, sobre todo su artículo 238.1 que reconoce tal derecho indicando que: “*Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración*”. Quizá la intención del legislador ha sido que dicho derecho sea solucionado en sede administrativa, en un corto tiempo y a bajo costo, para no llegar a un cuestionado proceso judicial, que demorará varios años para resolver si el administrado tuvo o no derecho a una indemnización;

agudizándose así el problema ya que cuando la respuesta judicial es negativa bien puede significar una protección legal tácita de la Administración Pública y del propio Estado y, peor aún, implicaría que dicha Administración estaría autorizada a cometer un sinnúmero de abusos y excesos lesionando los derechos de los administrados sabiendo que, a la larga, no va a tener responsabilidad administrativa ni civil por sus acciones negativas ya que la propia ley y, muy probablemente, la práctica judicial estaría protegiendo al agresor principal que vendría a ser la propia Administración Pública.

Es en dicho contexto donde nos nace la inquietud en desarrollar este tema que, en nuestra opinión, resulta importante dilucidar para determinar si la ley mencionada es equitativa para todos o no; caso de darse este último supuesto negativo, será necesario cuestionar la ley bajo análisis y exigir, con las modificaciones que se le deberán hacer y que ésta cumpla los fines para los cuales ha sido creada.

Esperamos así que el presente trabajo sea de utilidad y nos permita difundir en la colectividad la existencia de este derecho que tienen los administrados respecto de poder solicitar indemnizaciones económicas cuando consideren que sus bienes o derechos hayan sido afectados de diversas maneras por actos de la Administración Pública, asimismo deseamos que esta investigación constituya un aporte a la sociedad en la comprensión de cómo operan las acciones del Estado y nuestra defensa como ciudadanos ante las eventuales lesiones que provengan de este ente.

RESUMEN

La Responsabilidad es uno de los pilares del Derecho moderno ya que se constituye en una institución que suple la venganza o la culpa como elemento resarcitorio de los actos entre personas (sean jurídicas o no) que hayan podido derivar en daños al otro. Cuando una persona es jurídicamente responsable de una afectación sobre la persona o los bienes de otro, debe resarcirlo debidamente a fin de compensar la lesión y, entre otros fines, evidenciar que dicha vulneración a los derechos e intereses del prójimo no volverá a suceder. Sin embargo, ¿qué sucede cuando el acto dañoso hacia los particulares proviene del mismo Estado?, este Estado estructurado en torno a su sistema jurídico ha dispuesto los mecanismos suficientes para que la Responsabilidad que se les imputa y prueba pueda ser resarcida e indemnizar adecuadamente a los agraviados? La responsabilidad del Estado es solo formal o moral, o también puede ser patrimonial? Cuando los litigantes demandan Responsabilidad a los particulares obtienen aceptable éxito pero cuando demandan al Estado ante el Poder Judicial casi siempre pierden, ¿por qué? Estas preguntas intentamos resolverlas en la presente investigación que aborda minuciosamente los diferentes aspectos de la Responsabilidad de la Administración Pública y evidencia como este término, tratándose del Estado, bien podría significar *irresponsabilidad*.

ABSTRACT

The responsibility is one of the props of the modern right since it is constituted in an institution that replaces the revenge or the fault like element to indemnify of the acts between persons who could have derived in damages other one. When a person is juridically responsible for an affectation on the person or the goods for other one, it must indemnify it due in order to compensate the injury and, between other ends, to demonstrate that the above mentioned violation to the rights and interests of the neighbor not come to happening.

Nevertheless, that happens when the harmful act towards the individuals comes from the same condition? Has this condition constructed concerning his juridical system arranged the sufficient mechanisms in order that the responsibility that imputes them and test could be indemnified and to indemnify adequately to the aggrieved parties?. The responsibility of the condition is alone formally or morally, or also it can be patrimonial? When the litigators sue responsibility the individuals they obtain acceptable success but when they demand to the condition before the judicial power almost always they lose, why? These questions we try to solve them in the present investigation that approaches meticulously the different aspects of the responsibility of the administration it publishes and demonstrates as this term, treating itself about the condition, good power mean irresponsibility.

CAPÍTULO UNICO
RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACION EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



TITULO I

CONCEPTOS Y ASPECTOS GENERALES

1.-LA RESPONSABILIDAD: EN SUS ORÍGENES

Como sabemos, y como escribe el Dr. Julio Fernández Bulte¹ en uno de sus libros dedicado a analizar la Historia del Derecho, en la comunidad primitiva no había necesidad del Derecho ya que; *“las relaciones, tanto dentro de la gens² como entre las gens y las tribus, se hallaban reguladas por las costumbres establecidas en el transcurso de los siglos y que expresaban la concordancia de intereses de los miembros de la gens”*. Por lo tanto, las normas por las que se regulaban aquellas sociedades eran normas brotadas naturalmente de las ingentes necesidades de la supervivencia y sin coerción ni imposición exterior o superior, eran normas puramente sociales. Para el indio, decía Engels, no existe el problema de saber si es un derecho o un deber tomar parte de los negocios sociales o sumarse a una venganza de sangre o aceptar una compensación, el planteárselo le parecería tan absurdo como preguntarse si comer, dormir o danzar, son un deber o un derecho.

Pero esa situación varió al surgir la división de la sociedad en clases antagónicas ya que, entonces, las normas sociales perdieron su carácter de reglas naturales emanadas del quehacer de todos y fueron convirtiéndose en

¹ FERNÁNDEZ BULTE, Julio. **HISTORIA DEL DERECHO Y DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD**, T-I, Edición Revolucionaria Instituto del Libro Cubano, 1971, pp. 57-58;

² La *gens* es definida por Deborín, como el conjunto de parientes unidos por vínculos de sangre y que proceden de un antepasado común real o imaginario y que llevan el mismo nombre gentilicio, no es una forma estática e inmutable de existencia del género humano, sino que está sometida a modificaciones, ofreciendo varios escalones o fases de desarrollo.

reglas que expresaban los intereses de los poseedores, razón por la cual dejan también de ser cumplidas voluntariamente por todos los miembros de la sociedad. El proceso de transformación de las normas sociales en jurídicas es también largo y complejo y se va operando por la vía de la paulatina imposición, por parte del grupo enriquecido de la *gens*, de nuevas costumbres y normas de acción que reflejan fielmente sus recientes intereses de clase y tienden a sustituir con ellas las viejas costumbres fundadas en la igualdad.

De otro lado, la aparición de masas de esclavos requiere normas que fijen la situación social de éstos como seres totalmente desposeídos, incluso de personalidad humana; los esclavos son verdaderos instrumentos de trabajo. Las nuevas costumbres, por tanto, son normas de vida que no podían ser aceptadas ya voluntariamente por toda la sociedad y mucho menos por los esclavos, requiriéndose entonces que paulatinamente fueran protegidas y ejecutadas mediante la coerción del aparato estatal. Se habían transformado pues, esas normas, de sociales en jurídicas, coercitivas, de obligatorio cumplimiento bajo la amenaza de las penas que comportaba su violación. Esto explica que el Derecho surja originariamente como un conjunto de costumbres, como Derecho Consuetudinario; pero ya esas costumbres elevadas al rango de Derecho, expresivas de verdaderas normas jurídicas, no son las de la antigua comunidad primitiva sino voluntad “erigida en ley” de la clase dominante, voluntad que está determinada por las condiciones de vida material de esa clase³.

Este contexto es válido porque, como expresara Bustamante Alsina⁴, el fenómeno jurídico de la Responsabilidad Civil nos remonta al origen mismo del Derecho, esto porque en las primeras manifestaciones de la

³ BASADRE GROHMANN. Jorge, *HISTORIA DEL DERECHO PERUANO*, II Edición, Lima 1985, p. 55.

⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. 9na Edición ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. p. 18.

actividad humana reguladas normativamente todo daño causado a la persona o bienes de otro despertaba en la víctima el instinto de la venganza, el hombre respondía a un instinto natural de devolver el mal por el mal que habría sufrido, era una reacción absolutamente espontánea. En estos casos la justicia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor, sino desde el ángulo de la víctima.

Por ello puede decirse que en esta época la cuestión de los daños y la necesidad de su resarcimiento se hallan al margen del Derecho, el ataque a la persona y a los bienes no constituye en si mismo el agravio sino que, a través del daño material, se quebranta el sentimiento de auto conservación y la propia estimación de la vida comprometiéndose la solidaridad del grupo al que ésta pertenece; es el imperio de la fuerza, a la violencia se opone la violencia; el mal se paga con el mal; por el daño recibido se causa un daño semejante, es la Ley del Talión: *“ojo por ojo y diente por diente”*.

En una época posterior la pasión humana se modera, se pasa de la reflexión al acuerdo; la reflexión prima sobre el instinto salvaje y la víctima del daño que tiene el derecho de venganza también puede perdonar mediante la entrega, de parte del ofensor, de una suma de dinero o la entrega de bienes en un acto libremente consentido; es ya la época del acuerdo voluntario y de la pena privada. Los acuerdos son entonces puramente voluntarios, el ofendido si quiere puede aún vengarse, no está constreñido a la pena. Cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma, se ve la necesidad de institucionalizar el sistema de estos acuerdos haciéndolos obligatorios para asegurar la tranquilidad pública.

Ya no es, entonces, el período del acuerdo voluntario, sino del acuerdo legal y del delito privado; el Estado fija para cada delito una cierta suma de dinero que el ofendido debe aceptar y el ofensor está obligado a

pagar. El Estado no solamente va a fijar la naturaleza de estos acuerdos sino que también va intervenir en el castigo de los culpables; el Estado aparece interesado no solamente en la represión de las infracciones dirigidas contra él, sino también de aquellas dirigidas contra los particulares pero que no por ello representan menos una alteración de la tranquilidad pública. Cuando el Estado es bastante fuerte suprime el acuerdo así como suprimió la venganza para proceder a la represión, erigiendo los delitos privados en delitos públicos dando lugar así a los Estados modernos.

Desde el día en que el Estado asume la función de aplicar las sanciones represivas castigando a los culpables, se produce una notable transformación del concepto de responsabilidad; desde ese momento esta noción se desdobra: por un lado, la responsabilidad penal que persigue el castigo del delincuente y, por otro, la responsabilidad civil que tiende a resarcir a la víctima del daño sufrido; quiere decir que al Estado le incumbe la responsabilidad penal, la acción represiva ya no corresponde a la víctima, el particular que ha sufrido un daño tiene desde entonces la acción de daños y perjuicios, distinta de aquella y que atañe solo a la víctima por la responsabilidad civil del autor.

1.1. LA LEY DE LAS DOCE TABLAS

La Ley de las Doce Tablas dictada aproximadamente en el año 304 de Roma (Segundo Decenvirato. Expulsión de los decenviros y restauración de las magistraturas), nos muestra la transición del acuerdo voluntario al acuerdo legal; por ejemplo, en el robo flagrante (*furtum manifestum*) el acuerdo es aún voluntario, mientras que este es legal para el robo no flagrante (*furtum nec manifestum*). Otro ejemplo, en la injuria el acuerdo es legal para la injuria corporal y lesiones ordinarias, y es voluntario en cambio para el caso de fractura de un miembro donde puede aún aplicarse la Ley del Talión. Se advierte, sin embargo, que en casos especiales donde la ofensa tiene características de excepción, la víctima puede todavía satisfacer su venganza si no hay arreglo en cuanto al monto del acuerdo, la

víctima no está compelida por la Ley a aceptar el acuerdo sea cual fuere su monto. La suma (*poena*) que constituye el acuerdo legal sigue siendo en la Ley de las Doce Tablas el precio de la venganza, es una pena privada.

Como sabemos la primera tabla trata de la citación a juicio; la segunda, se refiere a los juicios y de los hurtos; la tercera, habla sobre las usuras, del depósito y de la ejecución de la sentencia; la cuarta, sobre la patria potestad; la quinta de las herencias y tutelas; la sexta, del dominio y de la posesión; la séptima, de los delitos; la octava, sobre los predios; la novena, se ocupa del derecho público; la décima, del derecho sagrado; la undécima, es suplementaria “*lo último que el pueblo ordena sea lo que valga*”; y, la Duodécima Tabla, también es suplementaria, donde se consagra que si alguna cosa está en litigio, se debía pagar el doble⁵.

En la época de Justiniano se distinguen lo que se llaman acciones reipersecutorias, acciones penales propiamente dichas y acciones mixtas (penales y reipersecutorias). Las reipersecutorias son acciones civiles por daños y perjuicios; las segundas son acciones penales que persiguen la aplicación de una pena privada, pero la distinción ha sido vacilante y nunca se han apartado de las acciones reipersecutorias ciertas reglas que son propias de la idea de pena; por ejemplo, los herederos del autor del daño no podían ser perseguidos sino por la víctima, salvo, durante el Imperio, en el caso de enriquecimiento por el delito cometido por el causante, con fundamento en el enriquecimiento sin causa.

1.2. LA LEY AQUILIA

Dentro de los delitos privados que sancionaba la Ley de las Doce Tablas se hallaban junto a la injuria y el robo (*furtum*) algunos otros que no se encontraban en la noción de injuria porque eran delitos contra los bienes y ésta constituía un ataque a la persona; pero tampoco entraban en la noción de *furtum* porque no comportaban propósito alguno de lucro en sus

⁵ FERNÁNDEZ BULTE, Julio. *Op. Cit.*, T-I, pp. 405-411.

autores. Tales eran aquellos actos que se traducían en daño a los bienes ajenos.

Para reprimir estos daños (*damum iniuria datum*) se dictó un plebiscito propuesto por el tribuno Aquilius, aproximadamente en el año 648 de Roma, la Ley Aquilia, que instituía contra el autor de ciertos daños una acción única que era, en la época el doble del daño causado, en caso de desconocimiento o negativa, y que debía ejercerse por el procedimiento de la *manus iniectio* en la época de las acciones de la Ley. La acción establecida tenía por objeto el monto del perjuicio calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido sea en el año, sea en el mes que había precedido al delito.

En cuanto a los hechos que sanciona, la Ley Aquilia constituye una tentativa de generalización en relación al derecho anterior, pero ella está muy lejos de constituir una regla de conjunto que obligare a reparar todo daño causado injustamente a los bienes de otro.

Finalmente, podemos decir que la característica del pensamiento romano es, sobre todo, la vigorosa conciencia de la autonomía –que obedece a sus propias leyes- del Derecho o, como se ha dicho en son de crítica, la “tendencia disociadora” del espíritu latino; por ello se aísla de todas las otras categorías de normas, tales como las de la costumbre, la moral y la religión. El enjuiciamiento jurídico se separa cuidadosamente del establecimiento de los hechos del caso, el procedimiento judicial aparece desglosado en las dos etapas: *in iure e in iudicio*; la norma jurídica es aislada, además, de la vida jurídica; y el derecho privado es separado del derecho público⁶

⁶ RADBRUCH, Gustav. *INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Editorial Fondo de Cultura Económica, Munich, 1947. p. 43.

2.- LA RESPONSABILIDAD: CONCEPTO Y TIPOS

2.1.- CONCEPTO

Según Pedro Flores Polo⁷, en su Diccionario de Términos Jurídicos, la Responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.

Esta Responsabilidad, entendida como responsabilidad jurídica, en el Derecho supone dos categorías: 1) La Responsabilidad Civil que puede ser contractual y, extracontractual; y, 2) La Responsabilidad Criminal, que a su vez supone: a) La responsabilidad criminal propiamente dicha y b) La responsabilidad civil derivada del delito. El concepto de Responsabilidad es uno de los más importantes de la disciplina jurídica y se encuentra presente en la totalidad de las ramas del Derecho; en su expresión civil se considera que es *contractual* si se origina en el incumplimiento de un contrato o como sanción derivada de la aplicación de una cláusula penal inserta en el mismo, para casos de incumplimiento o mora; resulta ser *extracontractual* cuando se deriva del hecho de haberse producido un daño ajeno o toda vinculación convencional, por culpa o por dolo que no constituyen infracción punible (sancionable en la vía penal).

Es cierto que la Responsabilidad, es un concepto ligado al de obligación jurídica, sin embargo debemos diferenciarlo para no incurrir en un ejercicio doctrinal que podría confundirlos. Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción). Pero ese acto coactivo, esto es, la sanción como consecuencia del ilícito, puede dirigirse no contra el individuo obligado -es decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo, digamos: el delincuente-, sino que puede dirigirse contra otro individuo que se encuentre en alguna relación con el

⁷ FLORES POLO, Pedro. **DICCIONARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS**, 1ra. Edición Tomo II, Editorial Científica S.R.L., Lima, 1980. p. 22.

primero, determinada por el orden jurídico. El individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito responde por el delito, es jurídicamente responsable de él. En el primer caso, responde de la propia ilicitud; tenemos entonces, que el individuo obligado y el individuo responsable son idénticos. En el segundo caso, responde un individuo del delito cometido por otro; el individuo obligado y el individuo responsable no son idénticos. Se está obligando a un comportamiento conforme a derecho y se responde a un comportamiento contrario a derecho. El individuo obligado puede suscitar o evitar la sanción mediante su conducta. El individuo que sólo responde del incumplimiento de la obligación de otro (o del delito cometido por otro), no puede ni suscitar ni evitar con su propia conducta, la sanción⁸.

Así entendemos, en resumidas cuentas, que hay Responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro, como lo ha expresado el propio Jorge Peirano⁹. La Responsabilidad es pues un concepto muy importante para el Derecho puesto que supone una relación entre dos sujetos que se resuelve en una obligación de reparación.

2.2. TIPOS DE RESPONSABILIDAD

2.1.1. Responsabilidad Individual.- Se da cuando una persona está obligada con respecto de una determinada conducta, siempre y cuando esta sea individualizable, correspondiéndole una sanción por la falta cometida en detrimento de otras. También se da el caso de varias personas individualmente determinadas o bien cuando es producido el daño por las cosas pertenecientes a uno o varios sujetos individualmente determinados. Todas estas son situaciones de Responsabilidad Individual en las que el deber de indemnizar se impone directamente al que causó o a los que

⁸ KELSEN, Hans. *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983. pp. 133-136.

⁹ PEIRANO FACIO, Jorge. *RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*. Editorial Temis, Bogotá, 3ra. Edición, 1981, pp. 20-21.

causaron el daño, o a quien o quienes deben responder por otro o a los que siendo dueños o guardianes de la cosa originaron el perjuicio.

2.1.2. Responsabilidad Colectiva.- Es un elemento característico del orden jurídico primitivo, y se encuentra en íntima relación con el pensamiento y emotividad identificadora de las sociedades primitivas en donde por carencia de una conciencia del yo suficientemente destacado el primitivo se siente tan unido con los miembros de su grupo que interpreta toda acción por parte de un miembro, como una acción de grupo, como algo que “*nosotros*” hemos hecho y, en consecuencia, toma como correspondiente al grupo las recompensas así como acepta las penas impuestas a todo el grupo.

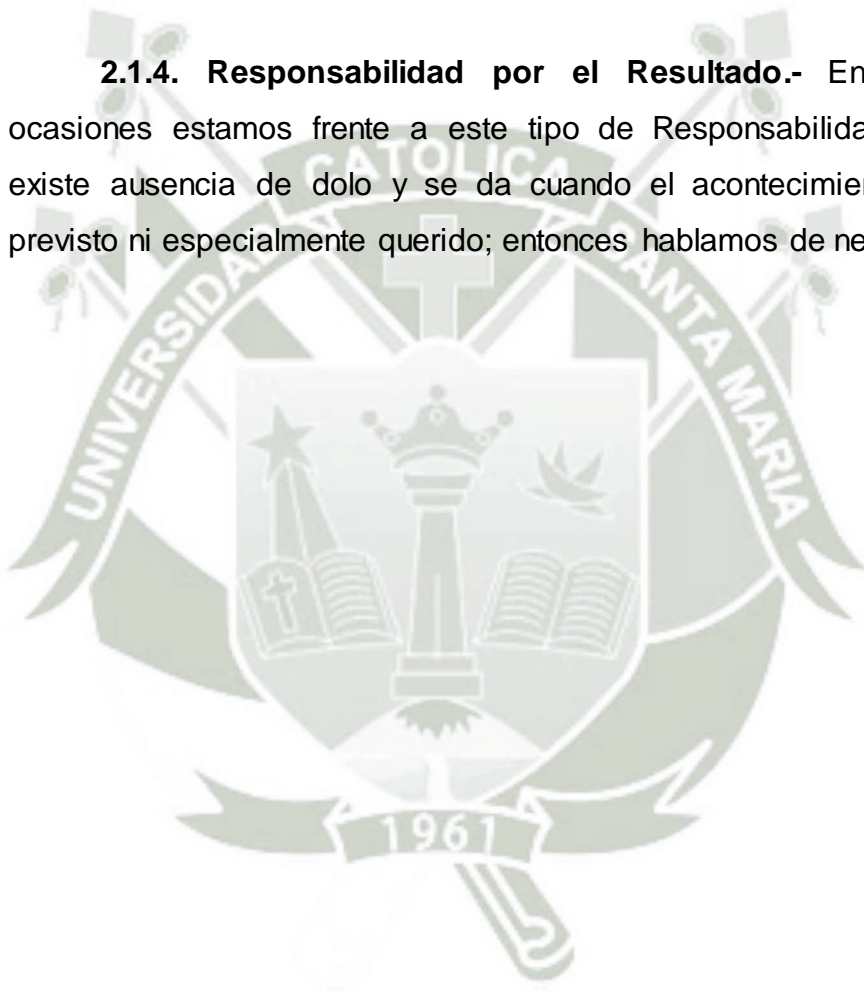
Hoy, la reiteración de daños producidos por grupos de personas no individualizadas actuando en las más diversas circunstancias y el concepto cada vez más generalizado de que no debe dejarse a la víctima sin resarcimiento del daño sufrido, ha conducido en otros países por medio de la jurisprudencia en primer término y a través de la legislación luego, a establecer fórmulas para imponer lo que se ha dado en llamar Responsabilidad Colectiva. Este tipo de responsabilidad se admite cuando no se ha podido identificar al autor material; luego, si se individualiza a uno como autor, los demás no responden; y cuando no se ha identificado el autor la prueba de la causa del daño se puede hacer en relación a todos los autores posibles; ante ello, si uno de ellos demuestra que no ha podido causar el hecho dañoso queda excluido de la responsabilidad del grupo.

La Responsabilidad Colectiva importa un progreso en el desenvolvimiento del sistema general de la Responsabilidad Civil y constituye una nueva aplicación de la teoría del riesgo creado, por

una parte, y una orientación marcada hacia la repartición de los daños con un criterio de socialización de riesgos.

2.1.3. Responsabilidad Intencional.- Se produce cuando el acontecimiento indeseable, según el orden jurídico, es intencionalmente buscado; es decir, hablamos de la acción que provoca el hecho o no lo impide con la intención de perjudicar; hay aquí una conducta dolosa del individuo.

2.1.4. Responsabilidad por el Resultado.- En diversas ocasiones estamos frente a este tipo de Responsabilidad cuando existe ausencia de dolo y se da cuando el acontecimiento no es previsto ni especialmente querido; entonces hablamos de negligencia.



TITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTROS DÍAS

1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONTEXTO Y ANTECEDENTES

Siguiendo nuevamente a Bustamante Alsina¹⁰, para entender que queremos decir, genéricamente hablando, con la responsabilidad, manifestamos que “*responder*” significa dar cada uno cuenta de sus actos; la conducta de los individuos se traduce en actos unilaterales o bilaterales que a su vez, producen una modificación del mundo exterior; en ese sentido, la alteración unilateral de las circunstancias que forman el entorno de los demás, puede ser favorable al interés individual o colectivo de éstos, o bien puede ser contrario.

Cuando la alteración ocasionada por acto unilateral constituye la violación de un deber moral o jurídico, y menoscabándose el interés ajeno se invade la órbita de actuación de otro, se produce en el sujeto pasivo del acto una reacción desfavorable, que se traduce en una insatisfacción; en consecuencia, el autor de la alteración no puede aspirar en este caso a una recompensa, por el contrario, se halla frente a la víctima en actitud de dar respuesta a la perentoria exigencia de ésta. La moral y el Derecho señalan cuál es la respuesta que puede pretender el ofendido, a veces, constituye la sanción adecuada a ese proceder; el actor debe responder entonces de su acto lesivo cumpliendo la sanción que le viene impuesta consecuentemente. Consideramos que no debe confundirse *deber jurídico* con *responsabilidad*; en el primer caso (*Deber*), el sujeto está constreñido a ajustar su conducta a la específica regulación normativa que le impone una sanción para el caso de violarla; en el segundo caso (*Responsabilidad*), el sujeto está sometido a la sanción prevista por haber violado el deber impuesto en la norma.

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op.Cit.*, pp. 70-78

De lo antes indicado resulta que la Responsabilidad Civil, comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado. En ocasiones, el acto unilateral lesivo recae sobre quien no tenía con el autor vínculo alguno anterior; otras veces el comportamiento dañoso se produce frente a un sujeto con quien el autor de aquel tenía un vínculo anterior que le imponía el cumplimiento de una específica conducta. Es decir, que a veces, el acto lesivo constituye la fuente de una obligación nueva y otras, el acto lesivo aparece como consecuencia de una obligación anterior.

Sin embargo, como ha expresado Juan Espinoza al respecto la Responsabilidad Civil es una realidad diversa de la obligación y pertenece al ámbito de la “tutela civil de los derechos”; se puede, entonces, construir un concepto que comprenda, incluso, a la denominada responsabilidad extracontractual o aquiliana. Etimológicamente la palabra “responsabilidad” se remonta al latín tardío *respondere* que es la acción inversa de *spondere*, cuya raíz lleva en sí la idea de rito, solemnidad y, con ello el de la formación de un determinado equilibrio, de un determinado orden, y expresa la idea de la respuesta reparadora de la ruptura. En efecto, como consecuencia de la ruptura de este orden surge el juicio de responsabilidad, mediante el cual “*el costo de un daño se transfiere del sujeto, que históricamente lo ha sufrido, a otro sujeto, a través de la imputación, al segundo de una obligación, la cual tiene como contenido el resarcimiento del daño*”. Por otro lado, queda dicho también que un sector de la doctrina Italiana entiende por responsabilidad a “*la idea de la sujeción a las consecuencias desfavorables de su propia conducta*”¹¹.

Se puede también definir a la Responsabilidad Civil como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado. Por ello es momento de

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002. pp. 28-34.

indicar que nosotros no participamos de la posición que impone varios tipos o clasificaciones acerca de la Responsabilidad sino que nos adscribimos a la idea de que sobre ella hay más bien varios criterios para poder determinar como se es responsable.

Ahora bien, respecto del incumplimiento hemos de indicar que ha sido definido como la falta de ejecución total o parcial de la prestación debida. Así pues hablamos de incumplimiento total cuando la prestación no ha sido realizada e incumplimiento parcial o inexacto cuando la prestación es cuantitativa o cualitativamente inexacta.

Respecto de cuáles serían las funciones de la Responsabilidad Civil tenemos que un sector de la doctrina Italiana ha sistematizado las nuevas y antiguas funciones de la Responsabilidad Civil, bajo dos enfoques: 1) Microsistemático, que permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura, en relación con las específicas categorías de hechos ilícitos, y 2) Macrosistemático, que permite identificar la función de la Responsabilidad Civil en el modelo económico que se tome como referencia. Por su parte, la doctrina nacional, siguiendo esta posición y ampliándola, ha entendido que *la Responsabilidad tiene una triple función: Satisfactoria, de Equivalencia y Distributiva*; que, en realidad, son tres maneras de ver una misma función y no tres funciones independientes: así, si se quiere *satisfacer* a la víctima, la reparación será (en la medida que ello sea posible) *equivalente* al daño causado, lo cual originará una (re)*distribución* de los costos del mismo.

La posición de Espinoza, que creemos produce un razonamiento más práctico y concreto, las funciones de la Responsabilidad Civil tienen que ser vistas a partir de sus protagonistas: 1) Respecto a la víctima es *satisfactoria*; 2) Respecto al agresor es *sancionadora*; 3) Respecto a la sociedad es *disuasiva* o incentivadora de actividades; y, 4) Respecto a los tres puntos anteriores se da la función *distributiva* de costos de los daños ocasionados.

Hemos de decir una palabra más en estas generalidades acerca de la Responsabilidad Civil que quizás no sea la menos importante y es la que se refiere a su fundamento. Al respecto el estudioso arequipeño José Alfredo Lovón ha indicado, con contundencia y claridad, que no tendría sentido entender qué es la Responsabilidad Civil, su ubicación en el campo del Derecho o su etimología, sin entender cual es su fundamento. Para dicho autor *“el fundamento de la responsabilidad civil esta muy próximo al fundamento del derecho mismo, esto es el de la defensa de la legalidad y de la justicia”*¹². Por nuestra parte creemos que dicho concepto supera el concepto de la venganza o de la culpa como tradicionalmente se entendía al fundamento de la Responsabilidad, y lo encuadra dentro de la finalidad máxima del Derecho que es la de mantener un orden jurídico con suficientes garantías en el cumplimiento de los derechos y deberes ciudadanos y en su eventual infracción.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La doctrina clásica ha distinguido la culpa contractual de la culpa extracontractual, delictual o aquiliana; la primera supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; la segunda, es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar. De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto de la obligación y, en cambio, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva.

Por otro lado, sabemos que existen diferentes opiniones acerca del origen y escisión entre estas culpas o responsabilidades: un sector de la doctrina argentina, sostiene que en el antiguo Derecho Romano no hubo una distinción exacta entre los regímenes de la Responsabilidad Civil Contractual

¹² LOVÓN SÁNCHEZ, Jose Alfredo. *LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES*. Legislación Peruana General, Arequipa, 2004. p. 37.

y Extracontractual, la doctrina uruguaya afirma que existieron dos acciones diversas: la proveniente de la *Lex Aquilia* y la emergente del incumplimiento del *negotium*. Sin embargo, lejos de esta polémica, creemos que ambas posturas indican que ellas constituyeron el hito inicial sobre el que se fundan las actuales responsabilidades, cuya diferencia conceptual fue elaborada por los glosadores y postglosadores para luego ser captada por el Código Napoleónico hasta culminar en las obras de los juristas clásicos franceses.

Es de advertir así que la distinción entre Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual respondía a exigencias de una economía eminentemente agrícola y representaba un punto de mediación entre los intereses de los propietarios y de los comerciantes. Quedan entonces, en concreto, tres posiciones que han surgido en la doctrina para determinar el problema de ambas responsabilidades:

2.1. TESIS DUALISTA.- La doctrina francesa determinó la dualidad del concepto de culpa, vale decir, la existencia de una culpa contractual frente a una culpa extracontractual y, a partir de ello, se sustentó el doble régimen de responsabilidad, o sea, una responsabilidad distinta para cada tipo de culpa; los franceses actualmente admiten la unidad de culpa civil, pero sigue manteniendo el doble régimen de Responsabilidad. Esta posición sostiene que las relaciones jurídicas entre los sujetos de Derecho pueden ser reguladas sea por la ley o por el contrato, los cuales son conceptos opuestos, por cuanto el deber legal no puede ser asimilado al deber que surge de una convención, el primero es de orden público y el último obedece a intereses privados. Debemos precisar que esta posición ha sido acogida, a nivel legislativo, por el Código Civil Peruano¹³.

¹³ Una explicación harto interesante de la tesis monista y dualista, incluso de la tesis ecléctica, que aquí hemos reseñado, y de sus relaciones antagónicas y recíprocas, puede verse en: PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. Cit.* pp. 53 - 78.

2.2. TESIS MONISTA.- Frente a la posición dualista se alzaron los monistas, quienes criticaron la idea de la dualidad de la culpa, debido a que, en su opinión, sólo existe un tipo de culpa: la de naturaleza delictual y, por consiguiente, la responsabilidad civil giraría en torno a ella. Además, alegan que no existe diferencia entre la ley y el contrato, basándose en que la ley es el contrato social y el contrato es ley entre las partes. En nuestra opinión la tesis monista se está reforzando en los últimos años por las debilidades no solo teóricas de la dividida Responsabilidad Contractual y Extracontractual sino porque en la realidad jurídica muchas veces vemos que verdaderamente se trata de una sola responsabilidad, un solo acto, una acción y un resultado. Empero, al parecer, el debate sobre la unificación de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual se seguirá manteniendo vigoroso¹⁴.

2.3. TESIS ECLÉCTICAS.- La posición de esta tesis es la de tratar de conciliar las anteriores, partiendo de la premisa que la responsabilidad es una sola, de tal manera no se podrá diferenciar la Responsabilidad Contractual de la Extracontractual; sin embargo, existen diferencias de régimen, lo que quiere decir que ambas responsabilidades se identifican en sus principios mas no en sus efectos. Se sostiene, por ello, que aún cuando la responsabilidad delictual y la contractual obedezcan a los mismos principios sigue siendo necesario distinguir una de otra: porque las separan algunas diferencias, accesorias, sin duda, pero diferencias reales, y pueden darle, en tal o cual pleito, un interés práctico de primer plano a la cuestión de saber si rigen las reglas de una u otra responsabilidad.

¹⁴ Una prueba de que la propuesta sería de la unificación de la Responsabilidad Contractual y la Extracontractual no es reciente sino que lleva ya mas de dos décadas la podemos ver en el libro de Fernando de Trazegnies, editado en 1988, en el que dedica un capítulo especial a tratar este tema con el título de *Responsabilidad Civil Reconstruida*. Véase. DE TRAZEGNIES, Fernando. **BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL, VOL. IV. TOMO II: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988. pp. 487 - 527.

3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Queda claro que el problema de la reparación del daño causado a otro constituye una cuestión de Responsabilidad Civil, sea que el daño se hubiese originado en el incumplimiento de un contrato, sea que el daño resulte la consecuencia de un acto ilícito. En cualquiera de los dos supuestos enunciados el autor del daño ha incurrido en una conducta antijurídica.

Existen entonces dos ámbitos de Responsabilidad Civil: el de incumplimiento contractual (Responsabilidad Contractual) y el acto ilícito (Responsabilidad Extracontractual); estos dos ámbitos tienen distinto régimen normativo y configuran por lo tanto dos sistemas diferentes de Responsabilidad Civil. Con ello es fácil entender la separación de estos ámbitos en el Código Civil ya que mientras la Responsabilidad Contractual está regulada en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones, Título IX, Inejecución de las Obligaciones; la Responsabilidad Extracontractual se encuentra regulada en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta.

A pesar de sus diferencias hemos de decir, entonces, que ambos regímenes de Responsabilidad tienen elementos comunes que sería necesario tener en cuenta: 1) La imputabilidad o capacidad de imputación; 2) La ilicitud o antijuricidad; 3) El factor de atribución; 4) El nexo causal y 5) El daño.

3.1. LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN

Viene a ser la aptitud del sujeto de derecho a ser responsable por los daños que ocasiona, lo cual para el ordenamiento jurídico nacional se da cuando el sujeto tenga discernimiento (artículos 458 y 1975 del Código Civil); ello significa que habrá responsabilidad sin culpa, pero no responsabilidad sin capacidad de imputación; en el caso de la responsabilidad sin culpa (objetiva) estarán los representantes legales de aquel que, careciendo de

capacidad de imputación, causó el daño.

Por otro lado, es cierto que el factor de atribución objetivo prescinde la intencionalidad del agente dañino, pero no se debe olvidar que un *prius* frente a todo el sistema de responsabilidad civil es el de la *capacidad* del agente dañino; pues, en la responsabilidad objetiva, es irrelevante la culpa (o el dolo) como factor de atribución; pero no la capacidad de imputación del agente dañino.

La imputabilidad no sólo es referible a la persona natural, también lo será respecto a la persona jurídica y a las organizaciones de personas no inscritas; ambas responderían objetivamente por los actos de los titulares de sus órganos, de sus representantes o dependientes, siendo el parámetro de imputabilidad de estos sujetos de derecho, por razones obvias, no se da en función del discernimiento: en tanto sujetos de derecho tienen capacidad de goce y de ejercicio, y dentro de ésta última está comprendida su capacidad para ser responsable por los daños que causen a través de los titulares de sus órganos, sus representantes o sus dependientes.

3.2. LA ILICITUD O ANTIJURIDICIDAD

Se afirma que una conducta es antijurídica o ilícita no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico; por ello, en materia de conductas humanas que puedan causar daños, se debe distinguir la atipicidad de las mismas en materia extracontractual de la tipicidad en materia contractual.

En ese sentido, lo ilícito es lo contrario a la ley; por tanto, el concepto de antijuricidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad

de las partes en el contrato¹⁵.

3.3. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN: SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

Probada la relación causal entre el daño y la persona o cosa, sin que medie prueba en contrario demostrativa de la inexistencia del nexo causal adecuado, quedará aún por demostrar el factor imputativo o atributivo, sin el cual no existirá responsabilidad; entonces, no basta el daño, para que la víctima o el acreedor puedan pedir reparación, ya que ese daño debe conjugarse con el factor de responsabilidad subjetiva u objetiva que la ley reputa idóneo para retribuirlo a una determinada persona. La cuestión es importante en la materia que estamos tratando, porque la imputabilidad o la atribución legal nos va señalar quien es el sujeto que debe responder por el daño causado. Por ello debemos delimitar la composición de estos factores de atribución:

3.3.1. Subjetivos: Culpa y Dolo:

a) La Culpa.- Se entiende por ésta la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual éste se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de éste: cuando más grande son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado.

Por ello se debe distinguir la culpa objetiva de la culpa subjetiva; la primera es la violación de las leyes y se basa en parámetros determinados por las normas; la cual, a su vez, no debe ser confundida con la Responsabilidad Objetiva, ya que ésta es ajena al concepto de culpa; la segunda, es aquella que se basa en las características personales del agente y engloba a la imprudencia (el sujeto hace más de lo debido) y la negligencia (el sujeto hace menos de lo que debe).

¹⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. Cit.* p. 109.

Asimismo, en la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, se suele diferenciar diversos grados de culpa: grave, leve, levísima, omisiva y profesional.

b) El Dolo.- En la doctrina jurídica tiene diversas acepciones, la más generalizada es la de vicio de la voluntad, intención del sujeto de causar daño, también constituye elemento de imputabilidad para el caso de incumplimiento o inejecución de obligaciones y, resulta ser el factor determinante para la configuración del ilícito civil y del penal. En términos generales, significa engaño mediante artificio, astucia o maquinación, para conseguir una manifestación de voluntad que, conociéndose la verdadera realidad del acto, no sería realizado voluntariamente por el perjudicado¹⁶.

En materia penal se diferencia este en: 1) Dolo Directo, es cuando el sujeto actúa para provocar el daño; se observa que en opinión generalmente compartida que el dolo, relevante a los efectos de la responsabilidad extracontractual, se identifica con la noción penal del dolo genérico, que prescinde de elementos específicos de intencionalidad o fraude, resolviéndose en la voluntad de ocasionar daño; y, 2) Dolo Eventual, donde no se actúa para dañar, sino que el sujeto obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta.

Estas precisiones, en muchos casos, de difícil delimitación en la práctica, no varían la solución establecida por el Código Civil, vale decir, que se le atribuye Responsabilidad Subjetiva al que actúa con dolo o culpa. Respecto de la graduación de la responsabilidad por los factores de atribución subjetivos se advierte que “basta reflexionar que, también en la hipótesis de actos y hechos dolosos y culposos, la medida del resarcimiento no depende, del grado de reprobación de la conducta, o si se quiere o más genéricamente, de la gravedad de la

¹⁶ FLORES POLO, Pedro. *Op.Cit.* p. 56.

ofensa ocasionada, si no se mide de acuerdo a la cantidad de daño jurídicamente relevante; en efecto, si el daño se debió a dolo o culpa, ello no influye de manera alguna en la obligación resarcitoria.

3.3.2.- **Objetivos:** Responsabilidad Objetiva

Es aquella que se basa en factores de atribución objetivos, considerados como tales por el ordenamiento jurídico; sin embargo, existe un obstáculo de carácter histórico, la mayoría de supuestos de responsabilidad objetiva regulados por el Código Civil, han nacido siendo supuestos de la Responsabilidad Subjetiva, esto es, basados en la culpa y que ahora han cambiado de significado en el tiempo.

Al respecto es válida la afirmación que hace Bustamante Alsina al referirse que cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona; la aplicación de los factores objetivos, al contrario de lo que ocurre con la culpa, debe ser expresamente prevista en la ley, dado su carácter excepcional en el sistema de la Responsabilidad Civil.

Los factores objetivos de responsabilidad admitidos por la ley como fundamento del deber de indemnizar, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, son:

-*La garantía*, responsabilidad indirecta del principal por el daño causado por sus dependientes.

-*El riesgo*, tiene aplicación en los casos de daños causados por las cosas inanimadas.

-*La equidad*, este factor es suficiente para imponer el deber de responder del daño causado por un sujeto en razón de carecer de voluntad; es también de carácter objetivo, pues prescinde de la culpa para atribuir responsabilidad, desde que no puede considerarse

culpable a quien no es capaz de voluntad y por lo tanto es inepto para determinar su conducta.

-*El abuso del derecho*, este factor funciona independientemente de toda culpa de quien ejerce su derecho en forma abusiva que convierte en ilícito el acto, desde que el juez lo valora a la luz de una concepción abstracta de lo que es contrario a los fines para los cuales el derecho fue instituido, o de lo que ataca a la moral y a las buenas costumbres o excede los límites de la buena fe.

-*El exceso de la normal tolerancia entre vecinos*, muchas teorías se han expuesto para dar fundamento a las restricciones a la propiedad impuesta en el interés de los vecinos; algunos autores han visto en la responsabilidad que emerge de tales actos una aplicación pura y simple de la culpa. El propietario tiene derecho de usar libremente de su propiedad, pero si en el uso de ella causa un perjuicio, debe indemnizar el que resulta de su culpa; otras teorías fundan esta responsabilidad en el abuso del derecho.

3.4. EL NEXO CAUSAL O LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Según anota Fernando De Trazegnies¹⁷, toda relación de Responsabilidad Extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por ésta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige contra cualquier persona: no es posible cobrar una indemnización por un accidente de tránsito al primer transeúnte que asome por la esquina después de ocurrido el hecho, tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el derecho para estos efectos es la relación de *causa a efecto*; independientemente de que, una vez establecida ésta, el derecho exija todavía otros elementos más para convertir al causante en

¹⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**. Tomo I, Tercera Edición, Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988. p. 117.

efectivamente responsable (culpa, por ejemplo, en los casos de Responsabilidad Subjetiva).

Si tratamos de hallar la relación doctrinal de estas responsabilidades debemos afirmar, junto con Espinoza, que la Responsabilidad Civil Extracontractual o Aquiliana se emparenta con la Teoría de la Causa Adecuada (artículo 1985 del Código Civil¹⁸) y en la Inejecución de las Obligaciones se asoma con la Teoría de la Causa Próxima (artículo 1321 del Código Civil¹⁹). Con esto se puede entender que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia: 1) Para el aspecto del evento lesivo (causalidad de hecho o fáctica), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad; y, 2) Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir.

En consecuencia, la finalidad de la causa es doble ya que, por un lado, sirve para *imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible*. Hablamos, por supuesto de la Teoría de la Causa Adecuada y de la Causa Próxima, que es necesario explicar:

¹⁸ Código Civil

Artículo 1985.- Contenido de la indemnización

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

¹⁹ Código Civil

Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

3.4.1. Teoría de la Causa Adecuada.- Esta teoría desarrollada en 1888 por el filósofo J. Von Kries parte de una observación empírica: se trata de saber qué causas normalmente producen tal resultado. De esta manera, frente a un daño se trata de saber cual es la causa, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, que conduce usualmente al resultado dañino. Por consiguiente, no todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño: no todas estas causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Desde el punto de vista de la responsabilidad, se requiere que la causa sea adecuada, es decir, que sea idónea.

3.4.2 Teoría de la Causa Próxima.- Esta teoría fue utilizada por los operadores jurídicos como el producto de una *policy* tendiente a proteger los intereses económicos de los dueños de las fábricas o de las empresas ferroviarias, haciendo que sean responsables (únicamente) sus dependientes en tanto causantes directos o próximos del daño ocurrido, teniendo como consecuencia que la víctima terminaba con asumir los costos de sus daños. Según esta teoría, se le llamaba *causa* solamente a aquella que, distinguiéndose de las diversas condiciones necesarias de un resultado, se halla temporalmente más próxima a éste; las otras son simplemente condiciones. Esto se explica fácilmente, como se ha señalado reiteradamente, porque para el Derecho sería una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las unas sobre las otras, y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última sin remontar a un grado más lejano.

Es imprescindible señalar que el nexo causal siendo un elemento importante de la Responsabilidad contiene excepciones serias que se pueden presentar, a los que la doctrina ha dado en

llamar ruptura o fractura del nexo causal:

a) Ruptura o Fractura del Nexo Causal: se presenta en los siguientes supuestos:

a1) Caso Fortuito o Fuerza Mayor.- Tradicionalmente se distinguía el caso fortuito de la fuerza mayor; sin embargo, la doctrina mas reciente considera por demás superada la distinción entre estas figuras mientras se va afirmando la tendencia a diferenciar el caso fortuito de la causa no imputable, se considera que el primero debe entenderse como un límite de responsabilidad “agravado” respecto a aquel expresado en términos de “causa no imputable”. Sin embargo, nuestro Código Civil cuando trata sobre la Responsabilidad Extracontractual no aporta una definición propia del caso fortuito ni de la fuerza mayor; por consiguiente debemos pensar que, en términos generales, es aplicable la definición del Art.1315: “*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible...*”. Como puede verse no se distingue ninguno de los dos casos; pero, desde el punto de vista histórico-doctrinario, es posible hablar de caso fortuito como un hecho natural (acto de Dios), que impide el cumplimiento de la obligación o que, en el caso de la Responsabilidad Extracontractual, genera el daño; en cambio la fuerza mayor ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad. Dicho en otras palabras, fuerza mayor significa un obstáculo externo que una fuerza extraña al hombre opone al cumplimiento de una obligación o que lo impida; caso fortuito, al contrario, es un obstáculo interno, proveniente de las condiciones mismas en que la prestación debía ejecutarse, como sería un accidente imprevisto, la negligencia de un dependiente o auxiliar del deudor.

Por otro lado, la doctrina más generalizada precisa como condiciones para calificar un hecho como caso fortuito o fuerza mayor, las siguientes: a) Imprevisibilidad, que en la práctica es una cuestión de hecho librada al criterio judicial; b) Irresistibilidad, o sea, imposible de ser evitado por el deudor; y, c) Actualidad, es decir, no es suficiente la simple posibilidad de que un hecho ocurra, para dejar de cumplir la obligación. En consecuencia, dentro del orden jurídico peruano, en ambos casos lo esencial es lo mismo: se trata de una fuerza ajena, extraordinaria, imprevisible e irresistible; y para todo efecto práctico, nuestro Código Civil, los considera como conceptos análogos que tienen consecuencias similares, como es “*la exoneración de la responsabilidad*”.

a2) El Hecho de un Tercero.- En materia de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, se afirma que si bien la relación entre deudor y acreedor es poderosa, se ve afectada por los hechos de terceros. Por el hecho de un tercero, no solamente debe pensarse en las hipótesis de dolo o culpa del mismo, también podría encontrarse un supuesto de responsabilidad objetiva. Si bien es cierto que en materia de Responsabilidad Civil Extracontractual el hecho propio de un tercero sólo genera un supuesto de ruptura de nexo causal, en la Responsabilidad Civil por Inejecución de las Obligaciones, si bien extingue la obligación del deudor, se puede presentar la posibilidad que el acreedor se dirija directamente por vía extracontractual al tercero por haber lesionado su derecho de crédito.

La regla contenida en el artículo 1972 del Código Civil²⁰

²⁰ Código Civil, Artículo 1972.- *Irresponsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor*
En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

ha querido exonerar de responsabilidad a quien no fue autor de un daño; es decir, liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero. Lo cual indica, en nuestra opinión, que cualquier hecho de un tercero exime de responsabilidad ya que, si fuera así, no habría Responsabilidad Objetiva.

a3) El Hecho de la Propia Víctima.- En realidad, estamos ante un caso similar a los de las dos causales de exoneración que ya hemos reseñado: aquí también se trata de un daño que no ha sido producido por el presunto agente; un daño del cual el demandado no es autor, pero, a diferencia del caso fortuito en que el daño es atribuible a un suceso anónimo y del hecho determinante de tercero que es imputable a una tercera persona, la causa del daño se encuentra, total o parcialmente, en el hecho de la propia víctima. Dentro de una relación de responsabilidad, el “primero” es quien aparece como presunto responsable, el “segundo” es la víctima y el “tercero” es la persona ajena a esta relación *prima facie* agente-víctima; por consiguiente, la regla ahora comentada libera de responsabilidad al presunto agente cuando se trata de un “hecho de segundo” por las mismas razones que la frase anterior de la norma lo ha liberado de responsabilidad cuando se trata de un “hecho de tercero”.

3.5. EL DAÑO

Para el tratadista Pedro Flores Polo²¹ el daño es el perjuicio material o moral sufrido por una persona, el daño origina la reparación cuando resulta del incumplimiento de una obligación o de un hecho cuya responsabilidad es impuesta por la ley a una persona; esta responsabilidad es de orden civil cuando el causante del daño obró por accidente, sin culpa punible ni dolo; o

²¹ FLORES POLO, Pedro. Op.Cit. *DICCIONARIO DE TÉRMINOS* p. 82.

es de orden penal, cuando ha habido imprudencia o dolo en el agente. Inclusive esta responsabilidad puede imputarse a una persona sin que haya intervenido directa o indirectamente en el evento causante del daño, en consonancia con la Teoría de la Responsabilidad Objetiva, en cuya virtud se es responsable por los actos de terceros o de animales²².

Por otro lado, el daño no puede ser entendido como la lesión de interés protegido porque ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso, el daño incide más bien en las consecuencias, en aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En resumen, el interés lesionado y las consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre si, pero “autónomos conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza”; es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Este daño se puede clasificar de la siguiente manera:

3.5.1. Daño Patrimonial.- Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Este, a su vez, se clasifica en: a) Daño Emergente, que es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, en otras palabras es la disminución de la esfera patrimonial; y, b) Lucro Cesante, se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado; es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado.

3.5.2. Daño Extrapatrimonial.- Es el que lesiona a la persona en si misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Dentro de este se encuentra el daño moral (el ansia, la

²² Para obtener un enfoque completo de cómo se relaciona el Daño con la Responsabilidad puede verse: VISINTINI, Giovanna. *TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Tomo 2 El daño y otros criterios de imputación*. Segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos) padecidos por la víctima que tienen el carácter de efímeros y no duraderos. También se le conoce, bajo los nombres de “daño no patrimonial”, “daño extrapatrimonial”, “daño extraeconómico”, “daño biológico”, “daño a la integridad psicosomática”, “daño a la vida de relación”, “daño inmaterial”, y “daño a la persona”.

3.5.3. Daños Reflejos.- Son aquellos daños que se verifican en esferas jurídicas subjetivas diversas respecto a las del dañado, víctima directa o inicial del hecho ilícito, en consideración a la particular relación jurídica que vincula a ésta última a los sujetos que lamentan haber sufrido este tipo de daños; por ejemplo, el daño subjetivo por la muerte de un pariente.

3.5.4. Daño por Pérdida de una Ocasión Favorable.- También se le conoce como daño por pérdida de una *chance*. Inicialmente, la doctrina rechazaba su configuración como daño resarcible, pasando luego a ser aceptado por la jurisprudencia (sobre todo francesa), entendida como un lucro cesante. Contemporáneamente es asimilado a un daño actual que es resarcible si la ocasión favorable está funcionalmente vinculada a la cosa o al derecho lesionado; en el mismo sentido, se define a este daño como la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible. Algunos casos de pérdida de chance pueden ser los siguientes:

- Pérdida de futuras ocasiones laborales, de progresos en la carrera laboral o profesional.
- Perjuicio sufrido al artista por lesión ilegítima de su notoriedad.
- Perjuicio sufrido por el propietario de un caballo de carrera, debido a su muerte a causa de un infortunio.
- Daño por falta de ascensos en la carrera del dependiente

derivados de una irregular declaración de quiebra.

3.5.5. El Daño Futuro.- Puede ser definido como toda consecuencia con impacto negativo producida posteriormente del proceso judicial. Un sector de la doctrina entiende como daño futuro a este supuesto y también al daño que existe sólo en parte (en el momento de la decisión judicial): tal daño para ser resarcible debe haber externado elementos de los cuales se puede prever razonablemente que se producirá. Con razón, se observa que los daños futuros no son generalmente verificables en su preciso monto, ni en su misma ocurrencia, aunque sea razonablemente cierta y por ello, está basada en un cálculo de probabilidad; la evaluación de tales daños procede por regla general, en vía equitativa.

3.5.6. Daño Moral a la Persona Jurídica.- La persona jurídica también puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros. En efecto, se pueden lesionar estos derechos si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se hacen juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia. Por ello podría solicitar una indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

4. LA RESPONSABILIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN

Toda responsabilidad implica una indemnización y ésta, a su vez, adopta, en el ámbito del Derecho, el sentido de resarcimiento o reparación pecuniaria o material por un daño o perjuicio. Como sabemos el Derecho Civil, en tanto que Derecho Privado, cautela los intereses de las personas; por lo que, en materia de Responsabilidad Extracontractual, busca que la víctima no se encuentre desamparada: su preocupación central no está en el culpable ni en la falta sino en la víctima y en el daño causado.

Por otro lado, la reparación civil busca una satisfacción del interés lesionado; pero por equivalencia; por ello, es bueno tener en cuenta que el haber sufrido un daño no debe constituir una causa de enriquecimiento. Esta regla se funda en la determinación cuantitativa del daño por resarcir, donde se deducen las eventuales ventajas económicas que, para la víctima, se hayan derivado del hecho dañino. Al respecto se han planteado dos tipos de modelos resarcitorios:

4.1. RESARCIMIENTO DINERARIO O POR EQUIVALENTE.-

Consiste en la compensación económica a la víctima. Con razón, se afirma que “el binomio daño patrimonial-resarcimiento por equivalente mantiene el rol del modelo normativo y sistemático óptimo.

4.2. RESARCIMIENTO EN FORMA ESPECÍFICA O IN NATURA.-

Viene a ser la reparación de la cosa dañada o la entrega de una cosa similar cuando la reparación sea imposible, Algunos tratadistas manifiestan que la indemnización en especie es la mas perfecta, cuando se trata del daño de una cosa ya que cumple a cabalidad el principio de la *restitutio in integrum*. Sin embargo, a pesar de su mayor plenitud reparativa, presenta indudablemente problemas prácticos; piénsese simplemente en las dificultades para reponer de manera equitativa una cosa usada que ha sido inutilizada por el daño: o se reponer con una cosa nueva (lo que enriquecería indebidamente a la víctima) o se busca una cosa con desgaste equivalente (lo que es bastante subjetivo).

Una lectura de nuestro Código Civil puede hacer notar primariamente que se suprimió la referencia a la indemnización en especie por razones que desconocemos, el artículo 1985 de dicho código se refiere claramente al “monto” de la indemnización, lo cual parece abonar la tesis de que éste es siempre en dinero, Sin embargo, podría decirse también que esa última parte de la regla es aplicable sólo cuando la indemnización es en dinero, pero que ello no es óbice para que también pueda establecerse la indemnización en especie, si las partes están de acuerdo.

TITULO III

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.- EL ESTADO COMO ENTE JURÍDICO

El Estado como ente jurídico ha representado no solo una de las instituciones más importantes para el derecho en todos los tiempos, sino que es motivo de infinidad de debates. Queremos entender, por ello, para los efectos de nuestra investigación, el concepto y los elementos del Estado que nos llevarán a comprender su personalidad jurídica.

1.1. ACEPCIONES.- Existen varios sentidos en los que puede usarse el término Estado, entre los que tenemos, siguiendo la sistematización que hace J. C. Smith en la Enciclopedia Jurídica Omeba²³, las más generalizadas son las siguientes:

1.1.1. Con un criterio sociologista: con este criterio se usa corrientemente el vocablo “Estado” para designar al conjunto de todos los fenómenos sociales que se dan en una determinada comunidad humana. Identifícase así, el concepto Estado con el concepto “Sociedad” referido éste a una totalidad orgánica de la vida humana.

1.1.2. Con un sentido Historicista: se identifica, con este criterio, el significado de la voz “Estado” con el de acontecer histórico de la vida de un determinado pueblo. Estado equivale en esta concepción a la historia en reposo; al tiempo que historia significa el propio Estado en su desarrollo dinámico.

²³ SMITH, J. C., *ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA*.

1.1.3 Desde el punto de vista de las ciencias del espíritu:

criterio que, dicho sea de paso se arraiga en la corriente filosófica de Dilthey, postula que la voz Estado expresa una de las formas de manifestación del espíritu objetivo de una realidad social histórica. El término alude pues, a un sistema de vivencias y creaciones humanas incorporadas al punto de los sentidos valiosos.

1.2. TEORÍAS CONCEPTUALES.- De igual forma, también existen diversas Teorías que tratan de conceptualizar lo que es el Estado, entre ellas debemos destacar las siguientes:

1.2.1. Teoría Organicista: la que considera que el Estado es un ser de la naturaleza, es decir, constituye un organismo biológico semejante a los organismos animales, pero en el que el tejido epitelial, está conformado por las instituciones protectoras del patrimonio, de la salud, del orden, de la seguridad interna y externa, etc.

1.2.2. Teoría Sobre las Relaciones de Fuerza: los que apoyan esta teoría, afirman que el Estado es la consecuencia del sometimiento de los más débiles, por los más fuertes.

1.2.3. Teoría de la Doble Faz del Estado: para Jellinek el Estado es una realidad social en la cual se produce y se aplica el ordenamiento normativo del Derecho y que, por consiguiente, es necesario estudiar al Estado desde dos puntos de vista: real, que exige un estudio sociológico, e ideal, que debe ser considerado por la ciencia jurídica.

1.2.4. Teoría Normativista: en la que Kelsen afirma que el Estado es pura y simplemente un sistema normativo, a saber: el sistema del orden jurídico vigente y nada más. Es la personificación metafórica del ordenamiento jurídico positivo.

No está de más citar que en nuestra Constitución encontramos este punto tratado en el Título II Del Estado y la Nación, y en su Capítulo I que trata lo referente al Estado, La Nación y el Territorio (artículos 43 al 54).

2.- PERSONALIDAD DEL ESTADO

Para la existencia de una sociedad organizada es menester un Estado que garantice los derechos de ella y que haga cumplir las leyes, al conseguir ese logro el Estado debe gozar de plena soberanía, la que puede ser externa e interna. La primera es la afirmación de la existencia colectiva respecto a cada uno de los particulares, a tal efecto lo cual dicta leyes que rigen dentro del territorio, impidiendo que se cometan actos contra su independencia o la integridad territorial. En cuanto a la soberanía interna, es la facultad que tiene el Estado de situarse sobre sus miembros y de mandar y obligar²⁴.

El Estado Peruano, es único e indivisible, constituido en una república democrática, descentralizada, es decir con el poder de transferir a diversas dependencias o personas la autoridad, basada en la unidad de todos los peruanos; en ese entender, siendo el Estado una organización jurídica, es en consecuencia un sujeto de derecho, con su correspondiente personalidad establecida que pone de manifiesto en sus facultades de imperio, de control y coerción, con arreglo a la normatividad vigente; quiere decir, que la personalidad jurídica de Derecho Público Interno, supone derechos y obligaciones y cuando por acción u omisión, de sus funcionarios, se incurre en presunta responsabilidad en los actos que ellos realizan, se puede ejercer el derecho de impugnación. De otro lado, cuando se celebran contratos con personas naturales o jurídicas, en las que tiene que someterse al Derecho Privado, se respeta, asimismo, el principio de la juridicidad que nutre la existencia del Estado.

²⁴ FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ COMENTADA*. 7ma. Edición, Editorial M.V. Fenicio, Lima-2005, p. 22.

Reforzando la tesis de la personalidad jurídica del Estado, el jurista Roberto Dromí ha afirmado que conformado el Estado como una unidad compuesta de población, territorio, orden poder y fin, es innegable su calidad de sujeto con personalidad política y jurídica, con realidad accidental por sobre la realidad sustancial individual. Resulta así innegable reconocer en la personalidad jurídica del Estado la abstracción válida de una personalidad preexistente producto de la realidad social. El Estado, en ejercicio de su poder, crea el ordenamiento jurídico positivo y establece un orden normativo que otorga al ser político estatal el carácter de persona jurídica. Ella actúa y se desenvuelve en el orden existencial por medio de una estructura de órganos, representados por personas físicas (agentes), cuyos actos y hechos se imputan y atribuyen al Estado (persona pública mayor) o a sus entes descentralizados, entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, etc. (personas públicas menores)²⁵. Empero, como se ve, sobre esta cuestión se han postulado también varias teorías que asumen posiciones a veces muy divergentes y que será necesario describir:

2.1 TEORÍA NEGATIVA.- Sostiene que el hombre, y solamente él puede ser persona por ser el único que posee inteligencia y voluntad. La persona física es la única que tiene personalidad jurídica; para quienes apoyan esta idea, una asociación es un conjunto de personas que actúan colectivamente, pero que de esta unidad de interés no surge una nueva persona, distinta de quienes la conforman; en consecuencia, el Estado no puede ser persona.

2.2. TEORÍA DE LA IDENTIDAD DEL ORDEN JURÍDICO Y DEL ESTADO.- Es la teoría propuesta por Kelsen, en la que postula que Estado y Derecho son una misma cosa; el Estado es la totalidad del Derecho convertido en sujeto, y por tal circunstancia, son palabras que designan un mismo objeto.

²⁵ DROMÍ, Roberto. *DERECHO ADMINISTRATIVO*. Ediciones Ciudad Argentina, 4ta. Edición, Buenos Aires, 1995.

2.3. TEORÍAS QUE CONSIDERAN AL ESTADO COMO UNA PERSONA.- En la que se agrupan los doctrinarios que admiten la existencia del Estado como persona, debido a que los destinos de la comunidad no pueden ser regidos por las voluntades individuales de cualquiera de sus miembros, sino que deben serlo por aquellos que han recibido, por la misma organización estatal, potestad, y que están erigidos en órganos de una voluntad superior y única.

2.4. TEORÍA DE LA DOBLE PERSONALIDAD DEL ESTADO.- Algunos autores sostienen que el Estado tiene una doble personalidad, una de Derecho Público y otra de Derecho Privado, ejerciendo en una su soberanía y en otra siendo titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

2.5. TEORÍA DE LA PERSONALIDAD ÚNICA DEL ESTADO.- Considera que el Estado como persona es uno, sólo el ámbito en que actúa es plural; el Estado constituye un mismo sujeto de derecho que actúa, ya sea en su función de poder público, ya en defensa de sus intereses como persona de derecho privado.

3. ENTIDADES O INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PERSONAS JURÍDICAS

Para el Derecho las palabras Entidad o Institución Pública, son sinónimos, pues son creaciones del Estado para satisfacer necesidades de la colectividad; por tanto, tienen titularidad de personas jurídicas de Derecho Público. Es decir, al crearse estas entidades o instituciones, ya sea por iniciativa del propio Estado²⁶ o por iniciativa de particulares (sociedades, asociaciones, fundaciones, comités), necesaria y obligatoriamente se convierten en Personas Jurídicas, ya sean de Derecho Público Interno o de Derecho Privado, según corresponda el objeto de su creación.

²⁶ Según el segundo párrafo del artículo 76 del Código Civil *la persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.*

En ese sentido nosotros nos adscribimos a la posición que indica que el Estado es uno e indivisible, se organiza según el principio de la separación de poderes y de allí obtenemos la Estructura del Estado, que está claramente definida en nuestra Constitución. En ese entender, las Personas Jurídicas, cualquiera que sea su origen o naturaleza, son entidades abstractas a las cuales el Derecho les reconoce una personalidad, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones y, por ende, generadora de responsabilidades, su capacidad es limitada frente a los derechos que se le reconoce a las personas naturales, sin embargo, se caracterizan porque cumplen finalidades de mayor amplitud que éstas; aunque no esté regularizada su inscripción en los Registros Públicos, pudiendo ser este el caso de aquellas personas jurídicas que nacieron con una ley anterior a la obligatoriedad de dicha inscripción, por ejemplo la Universidad Nacional de San Agustín no está inscrita en Registros Públicos puesto que su creación se remonta históricamente a una ley del Siglo XIX.

4.- RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La esencia de la persona jurídica, que la jurisprudencia tradicional contrapone a la llamada persona física, puede mostrarse de la manera más intuitiva con la constitución de una asociación, sociedad o creación de una entidad pública, las cuales se convierten en Personas Jurídicas sujetas a obligaciones y derechos, entendiendo este *derecho* donde con “derecho”, conforme a los usos tradicionales del lenguaje, no se entiende únicamente un derecho subjetivo en el sentido técnico de la palabra, esto es, un poder jurídico, sino también una permisión positiva. Estas obligaciones y derechos de agrupación o entidad son, en parte, los *estatuidos por el orden jurídico Estatal*, y en parte los *establecidos por el Estatuto Social o por la Ley que creó a la entidad pública*, fundándose en una autorización otorgada por ese mismo orden estatal. Los primeros son obligaciones y derechos externos, los segundos son internos.

En el Derecho Romano se partía del concepto *universitas*, como cuerpo ideal y abstracto distinto a los particulares que la componen. De ahí que no era posible concebir la existencia de dolo o culpa por parte de los entes colectivos; sin embargo, cuando los glosadores y comentaristas comienzan a confundir e identificar la *universitas* con los *universi*, y a considerar la Corporación como el conjunto de los asociados, este principio romano se hizo ininteligible. El derecho corporativo fue reconocido sin discusión, arraigándose en la legislación y la práctica de la Edad Media. La teoría de la capacidad de delinquir y de la responsabilidad de las personas jurídicas se hace dominante y es aplicada también en el ámbito del derecho penal. Esta doctrina se mantiene hasta cerca de la mitad del siglo XVIII, en que comenzaron a plantearse objeciones a esta premisa general, surgiendo las siguientes teorías²⁷:

4.1. TEORÍA DE LA FICCIÓN.- Donde la doctrina de la personalidad ficticia considera que las personas jurídicas no son entidades orgánicas, sino simplemente ficciones de la ley, creaciones artificiales y abstractas del Derecho. Se sostiene que un sujeto artificial y sin voluntad no puede obrar ilícitamente y estar sujeto a responsabilidades y penas; si se realizan actos ilícitos son actos personales o de los administradores o representantes, esto es, individuos o personas singulares, pero estos actos no se pueden reflejar sobre la institución que la ley ha creado para un objeto lícito. El efecto de esta teoría era conceder un privilegio de irresponsabilidad a tales entes, y fácilmente se puede imaginar que éste resultado era contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

4.2. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.- Según esta teoría la limitación de considerar que la persona ficticia es un ser incapaz se subsana con el hecho de que este defecto de capacidad se suple artificialmente por el

²⁷ BIDART HERNÁNDEZ, José Pascal. *SUJETOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*. Editorial Jurídica de Chile, 1ra. Edición, Santiago de Chile-1985.

hecho de los representantes. Ahora bien, si el acto de los representantes vale como acto de la persona jurídica, debe valer también aún cuando el acto sea ilícito; sin embargo, los límites de la representación están determinados por el fin del ente, que es la protección de sus derechos; por consiguiente, las acciones ilícitas de los representantes son siempre una trasgresión de los poderes, en los cuales sus actos pueden valer como actos de la persona jurídica. Si las consecuencias del acto ilícito deben recaer sobre esta última, es por otra razón, no es el acto arbitrario y desautorizado de los representantes.

4.3. TEORÍA DE LA REALIDAD.- En la gama de las diversas interpretaciones de la naturaleza de las personas jurídicas tenemos el sistema de la realidad técnica o de la persona real, que en los últimos años se ha impuesto casi unánimemente en el campo del Derecho. Según ella, las personas jurídicas son realidades sociales evidentes, ya que el hombre, para realizar en la forma más completa y efectiva sus finalidades sociales, necesita de la asociación en todos los planos de su actividad. En otras palabras, afirma que, así como el hombre es por sí mismo una realidad objetiva, lo son también las personas jurídicas independientemente de los individuos que las componen. Mediante ellas, el individuo realiza las finalidades sociales de que no es capaz en el plano de su actividad o iniciativa particulares; por ello no cabe al legislador, en consecuencia, otra actitud que reconocer su existencia y reglamentar su potencialidad creadora en el plano de la vida social. En suma, la persona jurídica es un ser real, no porque sea persona en el sentido de la palabra, sino porque, jurídicamente, es un ser dotado de capacidad, acciones y derechos. El ente colectivo obra en el mundo externo por medio de órganos; los actos de estos en sus respectivas esferas de competencia se consideran de la misma institución, inmediata manifestación de su vida. Los órganos son artífices de la voluntad corporativa, instrumentos e intermediarios de su actividad; por lo tanto, es evidente que la persona jurídica puede ser responsable civilmente en el ámbito extracontractual.

Por ende hemos de decir que las personas jurídicas tienen siempre obligaciones y derechos, como contenido de la conducta de determinados hombres en su calidad de órgano-representante de la asociación o entidad pública; y cuando el orden jurídico estatal impone obligaciones y derechos que serán entendidos como propios de la persona jurídica y que serán asumidos por el individuo que los representa quien podrá cumplir o violar las obligaciones en cuestión o ejercer los derechos referidos. De ahí que sea el orden jurídico estatal, cuando impone obligaciones u otorga derechos el que determina únicamente el elemento material de la conducta que es contenido de la obligación o del derecho, dejando la determinación del elemento personal, es decir, del hombre que cumplirá la obligación o ejercerá el derecho correspondiente, teniendo como factor determinante la *atribución*.

Como es lógico, toda concesión de derechos y obligaciones, también genera una contrapartida que vendría a ser la Responsabilidad frente a sus propios agentes o terceros; pudiéndose establecer: una **Responsabilidad Positiva** cuando se actúa conforme a lo impuesto por la ley, sus propios estatutos o reglamentos; y **Negativa** cuando se vulnera estos, es decir, ello importa una responsabilidad social que enlaza una sanción. Es decir, la responsabilidad del incumplimiento de la obligación, el sufrir el mal en que la sanción consiste, puede ser atribuida a la persona jurídica, por ejemplo la imposición de una multa²⁸.

Por otro lado, la Responsabilidad de las Personas Jurídicas comprende, como sujetos pasivos, a todas las personas de existencia ideal o personas jurídicas mencionadas en el artículo 76 y ss. de nuestro Código Civil, lo cual también tendría concordancia con la nueva Ley General de Sociedades - Ley N° 26887 las cuales se hallan equiparadas, en principio, en sus relaciones con terceros, a las personas de existencia visible; por tanto, existe una Responsabilidad Contractual y Extracontractual, según sea

²⁸ KELSEN, Hans. Op.Cit. *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. p. 56.

el caso concreto. Las personas jurídicas están, pues, obligadas a indemnizar los daños que causen con dolo o culpa de las personas naturales que actúen en su nombre o representación, o que estén a su cuidado o servicio²⁹.

En cuanto a la Responsabilidad individual de las personas naturales que componen la persona jurídica, además de la responsabilidad extracontractual de ésta, existe la responsabilidad individual administrativa, penal, civil o política de las personas naturales, que como miembros (persona-órgano) del organismo, cometieron el hecho ilícito con dolo o culpa.



²⁹ BIDART HERNÁNDEZ, José Pascal. *Op. Cit.*

TITULO IV

EL ESTADO Y SU RESPONSABILIDAD

1.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La Responsabilidad del Estado es uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito estatal; ya que el Estado al actuar y moverse para cumplir los fines que se ha propuesto, colisiona inevitablemente con otros intereses que, por pertenecer a un individuo o a un grupo de ellos, debe ceder en beneficio de la colectividad que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses y por esa misma razón son mas dignos de tener en cuenta. Esa cesión de intereses por parte de la minoría no puede quedar desamparada, por lo que es necesaria su reparación; de esa tendencia a reparar las injusticias cometidas en aras de una justicia mayor, surgió el concepto de *Responsabilidad*, que en este caso, abarca un espectro bastante amplio, que va desde el Estado propiamente dicho, como una entidad con una personalidad jurídica independiente de los funcionarios que los representan, y también la de los mismos funcionarios por los actos que ellos mismos desempeñan en el ejercicio de sus funciones. Partiendo de la premisa que el Estado es considerado como una persona jurídica y que por ende, puede realizar una actividad productora de daños; al igual que las personas jurídicas privadas, si bien es cierto que el acto ilícito es ocasionado por los representantes, ello no libera, necesariamente, del concurso de responsabilidad por el mismo a la persona jurídica representada.

Por ello, se sostiene que la Responsabilidad del Estado tiene lugar cuando los actos y hechos emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones que les son propias causen un daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, agregando que dicha responsabilidad, es en suma, una consecuencia jurídica obligada de su personalidad. Los actos que se le atribuyen son los que realizan los llamados órganos individuos (agentes del Estado) que expresan su voluntad estatal³⁰.

³⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op Cit. *DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*.

Sobre este punto también debemos decir que existen varias Teorías de Responsabilidad del Estado que, siguiendo en este caso a Gustavo Bacacorzo³¹, citaremos a las más relevantes:

1.1. TEORÍA DEL CÚMULO DE RESPONSABILIDADES.- Enunciada por León Blum, quien considera que el Estado siempre responde, en razón de que proporciona los medios que permiten la comisión de faltas o de delitos, y sin los cuales no podría darse el hecho dañoso del que se reclama.

1.2. TEORÍA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO.- Gierke cree que no existe doble personalidad entre los órganos del Estado y sus representantes. Por consiguiente, concluye afirmando que el Estado responde por los actos de sus agentes.

1.3. TEORÍA DE LA DESIGUALDAD DE CARGAS.- Sostenida por Mier y Tissier, y se refiere a que si el Estado –de cualquier modo- causa daño, todos han de soportar los gastos, según su capacidad económica, a prorrata; es la teoría de la imposición.

1.4. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE Y NO DEL ESTADO.- El tratadista Mauricio Hauriou encuentra que el agente público es persona distinta que la de su representado: de modo tal que el incumplimiento de las leyes o de las órdenes superiores no pueden, en modo alguno, arrastrar al Estado a reparar un daño que –habiendo sido previsto- no lo ha evitado el agente. La razón de esta responsabilidad radica en la violación de las normas y órdenes recibidas, sea por exceso u omisión.

Respecto de esta cuestión, y como lo ha anotado el propio Fernando de Trazegnies³², en el Perú la línea jurisprudencial es bastante clara desde

³¹ BACACORZO, Gustavo. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Tomos I y II, 5ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2002.

³² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. Cit.* p. 532.

la dación del Código Civil de 1936 en el sentido de responsabilizar al Estado en forma amplia, sin distinguir entre la función pública o privada que cumple. No cabe duda que el Estado tiene una responsabilidad política o “nacional” por sus actos; tal responsabilidad está orientada a la sanción, también política de los actos inconvenientes del Gobierno. En ese sentido, la Responsabilidad del Estado, se encuentra contenida, dentro del actual Código Civil, fundamentalmente en los principios establecidos por el Art.1969 (responsabilidad por culpa), 1970 (responsabilidad objetiva por riesgo), 1979 (responsabilidad por daño causado por animal), 1980 (responsabilidad por daño causado por la caída de un edificio) y 1981 (responsabilidad vicaria del principal).

Entonces, podemos decir que la Responsabilidad del Estado queda resuelta con el resarcimiento pecuniario por el daño ocasionado; la del agente puede estar afectada administrativa, civil, penal o políticamente, según sea el caso.

2. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Así, como hablamos de tipos de Responsabilidad: individual y colectiva, en la primera parte del presente trabajo; también existen clasificaciones de Responsabilidad³³ según las normas aplicables, que pasamos a desarrollar seguidamente:

2.1. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.- Es la que surge de actos y omisiones de las autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones, cuando violan, quebrantan o desconocen las normas que regulan

³³ Sobre la Responsabilidad se han postulado, como hemos dicho, varias clasificaciones y se han escrito numerosos estudios. Sin embargo es recomendable, por su amplitud y siempre brillante erudición, la obra que los Mazeaud dedican a este tema. Véase: MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Leon y TUNC, Andre. *TRATADO TEORICO PRÁCTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, DELICTUAL Y CONTRACTUAL*. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1963.

su desempeño. Se aplican normas de procedimiento administrativo y los estatutos de los empleados públicos, que se diferencian en el ámbito nacional, provincial y municipal. Dentro de este tipo de Responsabilidad que le puede ser imputada tanto al Estado como a sus agentes, se presentan aspectos puntuales que deben descartarse, ellos se refieren a la responsabilidad disciplinaria, patrimonial, económica, de organización, etc.

En la actualidad, en nuestra normatividad, se regula esta Responsabilidad –aplicable *más al punto de vista disciplinario*-, por la Ley General de Responsabilidades de Funcionarios del 28 de septiembre de 1868 (aún vigente); la cual dispone en su Art.1, que los funcionarios públicos que en el ejercicio de su cargo hagan lo que la Ley les prohíbe u omitan lo que ella les manda, son responsables de sus actos u omisiones. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 41 de la Constitución, señala que la ley establece la Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. De otro lado, el artículo 25 del D. Leg. 276, concordante con su Reglamento D.S. 005-90-PCM, en su artículo 150, establece en forma expresa “*que los servidores, son responsables, civil, penal y administrativamente en el ejercicio del Servicio Público; sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario, por las faltas que cometan*”. Empero es de anotar que existe también otro tipo de *responsabilidad administrativa patrimonial*, que la analizaremos posteriormente.

Otra norma importante que contiene la Responsabilidad Administrativa es la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que en su glosario de definiciones básicas conceptúa a la Responsabilidad Administrativa Funcional como: “*aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el*

desarrollo de la acción de control. Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia”.

2.2. RESPONSABILIDAD PENAL.- Es la que se imputa al culpable de un acto contrario a la ley realizado con culpa o dolo; entraña la aplicación de sanciones públicas, penas o medidas de seguridad, para ello se aplica el Código Penal que prevé, califica y castiga los hechos delictuosos imputables a los funcionarios públicos, sea por su participación activa en los mismos o la mera pasividad ante el deber de intervenir, cuyas sanciones afectan a los derechos personales, en primer término, el de la libertad³⁴. Guillermo Bendezu define la Responsabilidad Penal como la acción que realiza el servidor o funcionario estatal en el desempeño del cargo o función incurriendo en acto, omisión o conducta tipificada como delito o falta, en nuestra legislación penal, en agravio del Estado, la sociedad o los particulares³⁵.

2.3. RESPONSABILIDAD POLÍTICA.- Es la responsabilidad por los actos de gobierno, donde se aplica a la clase gobernante, principalmente, la Constitución y de encontrárseles responsables, se trata de removerlos de

³⁴ No ha de olvidarse que la Responsabilidad Penal, pese a su importancia, no culmina siempre con la determinación judicial del autor del delito y su sanción a nivel punitivo, sino que está emparentada directamente con la Responsabilidad Civil. Al respecto puede verse el trabajo de Mariano Yzquierdo Tolsada quien, en una obra dedicada a analizar la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, estudia con seriedad los caracteres que emparentan la Responsabilidad Criminal y la Responsabilidad Civil. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL**. Editorial Dykinson, Madrid, 2001. pp. 25 - 56.

³⁵ Dicho autor también se dedica a analizar con didácticos ejemplos los pormenores de la infinidad de infracciones y delitos funcionales que existen en nuestra legislación y que constituyen Responsabilidad Penal. Véase: BENDEZU NEYRA, Guillermo. **LEGISLACIÓN LABORAL PARA LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**. Editorial FECAT, Lima, 2003. pp. 318 y ss.

sus cargos y, aún, inhabilitarlos para el futuro ejercicio de los mismos u otros cargos. En el régimen Presidencialista, la Responsabilidad política se ejerce mediante el procedimiento del *juicio político*, entendido como un procedimiento solemne, iniciado por los representantes directos de la Nación y por ellos promovido ante el Congreso, como un superior tribunal de justicia política, para verificar y hacer efectiva la responsabilidad constitucional de los funcionarios. Algunos sostienen que el Poder Legislativo ejerce funciones jurisdiccionales con motivo del juicio político, aunque otros consideran que sobre esta materia, se trata simplemente de la remoción de un funcionario público por mal desempeño o haber cometido delito en el ejercicio de sus funciones, acto eminentemente administrativo, sujeto a ciertas garantías que salvaguardan el derecho de defensa del acusado.

Debemos añadir que esta clase gobernante goza de ciertos privilegios e inmunidades que directamente se relacionan con este tipo de Responsabilidad; cuando hablamos de *privilegios* estamos haciendo referencia a los fueros que revisten a ciertos funcionarios del Estado, o mejor dicho al órgano institucional que trae aparejado a dichas personas los cuales son una constante del Derecho Constitucional del poder comparado. Estos se reputan establecidos, no en interés particular del legislador que con ellos se beneficia, sino del parlamento como órgano, y se alega que tiene como finalidad asegurar la independencia, el funcionamiento y la jerarquía del mismo; entre estos privilegios encontramos: los Colectivos y Personales, los primeros se refieren a aquellos que poseen los diputados o congresistas; y los segundos, son los que revisten a las personas, como por ejemplo, la inmunidad de opinión y de expresión, la inmunidad de arresto.

Estos privilegios, que revisten a ciertos funcionarios como Presidente, Vicepresidente, Congresistas de la República, etc., llevan a las mismas a una superficie jurídica más compleja, por cuanto cuando alguno de estos cometa algún acto ilícito o hecho que perjudique en esencia al interés general, para ser juzgado en su Responsabilidad como persona civil común,

primeramente deberá ser juzgada su responsabilidad política a través del mecanismo constitucional, como es el juicio político, y luego así poderlo someter a la justicia ordinaria. No implica necesariamente que una destitución de un funcionario a través del juicio político, lo lleve directamente a la justicia civil o penal, sino puede ocurrir que aquel haya cometido una serie de actos inmorales, que impliquen una desconfianza social, por cuanto sólo haya sido destituido del cargo.

2.4. RESPONSABILIDAD CIVIL.- Es la que nace como consecuencia de la obligatoriedad de responder pecuniariamente por los actos realizados con capacidad suficiente, y aún de los ejecutados por otra persona con lo cual se está en relación de dependencia. Se aplican algunas normas del Código Civil, y sus sanciones alcanzan al patrimonio del Estado y también de sus agentes. Se puede subdividir en:

2.4.1. Responsabilidad Precontractual.- Considerada aquella etapa anterior a la contractual, donde se tratan los pormenores de la relación futura; lo cual implica reuniones de trabajo, elaboración de proyectos de inversión, forma de ejecución y la contrapartida, que vendría a ser la retribución por el trabajo a realizar; en si, son todos los acontecimientos previos a la suscripción del contrato. Y que en caso, de no cumplirse lo previsto, se estaría generando una responsabilidad, que necesariamente debe ser resarcida.

2.4.2. Responsabilidad Contractual.- Que ya la hemos tratado ampliamente en la primera parte de la presente investigación; sin embargo, para resumir, diremos que esta responsabilidad emerge del quebrantamiento de un contrato o derivada de cláusulas penales insertas en el mismo.

2.4.3. Responsabilidad Poscontractual.- Es aquella responsabilidad que alcanzaría a las partes que intervienen en un

contrato una vez, que éste ha sido cumplido. El problema concreto para la doctrina es la aparente imposibilidad de sostener la existencia de derechos y obligaciones que nazcan “a posteriori” del contrato. Josserand, dice, que el periodo al cual damos el calificativo de postcontractual se inicia, no a partir de la formación y aún del cumplimiento aparente, aproximativo del contrato, sino sólo después de su plena consumación, de su agotamiento y aún de su disolución, ya sea por acción del tiempo o por el cumplimiento de todas las obligaciones, esenciales o accesorias, inmediatas o a plazo, que haya originado. Aunque, sin embargo, hemos de dejar sentada la opinión contraria que manifiesta que el día que el contrato desaparece deja de producir efectos; en consecuencia, niegan la posibilidad de invocar una responsabilidad postcontractual.

2.4.4. Responsabilidad Extracontractual.- También ha sido descrita en la primera parte del trabajo que nos ocupa; pero en resumen diremos que es aquella que resulta exigible, por daños y perjuicios, por acto de otro y sin nexos contractual; en su evolución teórica se va desplazando lo subjetivo, que implica culpa y dolo en el responsable, hacia lo objetivo que hace responsable por sí al titular o dueño de la cosa que ha originado el daño o lo que debe resarcirse. Este tipo de responsabilidad extracontractual, otorga mayor materia de análisis y, según el organismo que afecta, puede tratarse desde diversos aspectos³⁶, tales como:

a) El Estado como Sujeto Activo de la Acción de Responsabilidad Extracontractual.- Sin duda las personas de Derecho Público pueden demandar la indemnización pertinente por un perjuicio material o moral al verse afectadas por un daño personal; mayor complicación no se presenta respecto del daño material; sin embargo, en lo concerniente al perjuicio moral, es evidente que no

³⁶ BIDART HERNÁNDEZ, José Pascal. *Op. Cit.* p. 112

podría invocarse un menoscabo a los sentimientos afectivos, pues carecen de éstos, pero ello no les impediría demandar por un interés moral cualquiera, que se hubiere disminuido por la acción de un tercero. Por ejemplo, el Estado y demás entidades o instituciones públicas tienen un honor y una reputación que defender, por lo que no es posible negarles la posibilidad de que accionen cuando atenten contra éstos. Por otro lado, se sostiene, no obstante, que el Estado no podría defender un interés moral por vía de acción civil ante las Cortes de Justicia, puesto que su interés moral se confunde con el interés social y para cuya defensa éste posee la acción pública.

Empero, también podría existir un perjuicio colectivo, que ha sido cometido en contra de las colectividades de donde arranca el origen de la entidad o institución de Derecho Público, de ahí que todo perjuicio causado a las colectividades en sus diversas esferas de acción implica causarlos, a la vez, al Estado, Gobiernos Regionales, Municipalidades, etc., que son las personas públicas que las representan. Por lo tanto, al inferirse daño a la colectividad o a una determinada ciudad conformada por los ciudadanos peruanos se le causa igualmente perjuicio al Estado Peruano. Es ésta una expresión de la identificación jurídica del Estado con la colectividad de los habitantes de su territorio, o bien del Gobierno Regional o Municipalidad con la colectividad que habita su territorio; entonces, podríamos decir, que el único que puede demandar reparación por los perjuicios colectivos generales es el Estado, no así las demás personas jurídicas de Derecho Público, que sólo pueden accionar por sus intereses personales, porque no los representan.

b) El Estado como Sujeto Pasivo de la Acción de Reparación.- Es necesario anotar que la Administración y el Estado son entes jurídicos, por lo que no tienen existencia natural, sino normativa; tanto su capacidad como su voluntad sólo tienen

existencia en la medida que la Constitución y las Leyes hayan querido otorgárselas, teniendo como modelo la capacidad y voluntad de las persona natural,. Debido a esto, la capacidad de la persona jurídica de Derecho Público, tiene que llevarse a cabo con el concurso de seres humanos llamados agentes, funcionarios o empleados públicos; esta circunstancia produce, como consecuencia, que en todo perjuicio originado por el Estado u otra persona jurídica de Derecho Público, ya sea que él tenga su origen en una acción o en una omisión, va a vincular directamente con el hecho dañoso a una persona natural, pero sólo desde el punto de vista físico.

3. ESTADO DE DERECHO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SEGÚN SUS FUNCIONES

Como ha anotado José Bidart³⁷, con la Revolución Francesa, que marca el fin de las monarquías absolutas, el poder del gobernante ya no se consideraba emanado de Dios, sino que procede del pueblo que lo elige; la autoridad suprema no está radicada en el Rey o monarca, sino que “*la autoridad suprema es la ley*”, a la cual deben someterse tanto los gobernados como también los gobernantes y el propio Estado en su conjunto.

El establecimiento de distintos órganos destinados a diversas funciones, además del reconocimiento de ciertos derechos del hombre que no podían ser lesionados por los gobernantes y la obligación de indemnizar los perjuicios que causare el Estado a través de sus actos, vienen a conformar un esquema diametralmente opuesto al anterior, esto es, el Estado de Derecho moderno. En este sentido, *el Estado de Derecho es aquel que garantiza a los ciudadanos, frente a su propia acción, la inviolabilidad de sus derechos y que les otorga en caso de menoscabo o lesión, las herramientas o recursos necesarios para restablecer el derecho violado y obtener la indemnización del perjuicio recibido.*

³⁷ BIDART HERNÁNDEZ, José Pascal. *Op Cit.*

El reconocimiento del principio de la separación de poderes, con sus interrelaciones e interdependencias, nos lleva a determinar que la acción del Estado puede desarrollarse a nivel legislativo, a nivel de gobierno (ejecutivo) y administrativo, y a nivel jurisdiccional:

3.1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LEGISLATIVO.- Se concreta en la responsabilidad por el daño causado por una *ley o disposición legal* dada por el Congreso; y cualquier daño ocasionado por el Congreso o sus órganos por medio de conductas que no comporten específicamente una ley en sentido formal, encuadra en el campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa³⁸. Desde este punto de vista teórico, se postula la responsabilidad del Estado por acto legislativo, por las siguientes razones:

- La Ley, sin duda, puede violar los derechos adquiridos, debido a que los derechos subjetivos públicos o privados están contenidos en una norma constitucional que no puede ser alterada por una ley común.
- El hecho que la ley tenga como una de sus características básicas la generalidad en su aplicación, no significa que una ley, produciendo beneficios para unos, no sea lesiva para otros miembros de la sociedad.
- No puede aceptarse que el beneficio de muchos sea el producto del sacrificio de unos pocos.

De ahí se desprende que no es posible, en base a lo anterior, negar el derecho a la indemnización y sostener que con ello se podría frenar el desarrollo económico del país, al tener el Estado que hacer frente a desembolsos excesivos originados en el pago de las indemnizaciones causadas por las leyes.

³⁸ DROMI, Roberto. *Op. Cit.* p. 89.

3.1.1. Características del Perjuicio por la Actividad Legislativa.- Al respecto cabe anotar las siguientes³⁹:

a) El Perjuicio debe ser directo, es decir que debe emanar directamente de la ley; la acción indemnizatoria debe ser ejercida de inmediato después de la entrada en vigencia de dicha ley; si existieren factores entre la ley y el daño que hicieren desaparecer la relación de causa a efecto entre ellos, no se dará lugar a la indemnización.

b) Debe ser cierto, real y valuable en dinero, por exclusión, no son indemnizables los daños futuros que puedan o no producirse.

c) Debe ser anormal, el derecho a indemnizar nace sólo en los casos en que la ley impone pasivamente gravámenes en forma desmedida a los sujetos de derechos y obligaciones civiles. Si la actividad suprimida o la situación que motiva la dación de la ley es ilícita, peligrosa o inmoral, no habría lugar a indemnización alguna.

Por otro lado, el Poder Legislativo, al hacer funcionar su maquinaria, como hemos dicho, puede producir serios daños con su accionar, por ejemplo al declarar de utilidad pública una actividad privada, o cuando prohíbe otras que hasta ese momento eran lícitas. Ante una situación de este tipo existen tres posibilidades a considerar:

- Que el mismo legislador fije la indemnización en la ley respectiva.
- Que no haga mención acerca de la posibilidad de indemnizar.
- Que expresamente niegue la indemnización.

En el primer caso, no habría problema, puesto que la propia ley estaría fijando el monto de indemnización, siempre y cuando ésta sea

³⁹ BIDART HERNÁNDEZ, José Pascal. *Op Cit.* p. 97.

justa o equitativa. Los principales problemas surgen cuando se plantea alguno de los dos últimos casos: en el segundo, sería de competencia del juez, establecer está según el daño causado; y en el tercero, que sea la misma ley la que establece la negación del pago de una indemnización, algunos autores opinan que nada puede hacer el juez ante una ley que expresamente niega esa posibilidad. Sin embargo, son pocos los que sostienen esta posición. En síntesis, si bien existe discusión respecto de la idea de responsabilizar al Estado por sus actos legislativos, la tendencia apunta al reconocimiento de dicha responsabilidad. Ahora bien, para que surja esa responsabilidad y, en consecuencia, la indemnización, es fundamental probar dos cosas, la existencia del daño y la relación entre éste y la actividad legislativa.

3.1.2. Excepciones.- La jurisprudencia ha impuesto varias excepciones a las reglas generales, indicándose los siguientes casos en que se acepta la Responsabilidad del Estado por acto legislativo.

a) Perjuicio especial, cuando la actividad estatal se desenvuelve imponiéndole limitaciones a la actividad de los administrados. A los fines de cumplir su objetivo de bien común, el Estado exige aportes a los particulares a través de impuestos, tasas y contribuciones. Pero desde el momento en que esa limitación o contribución afecta a un individuo de manera desigual y desproporcionada, debe actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material debe indemnizarse. La ley que perjudica excepcionalmente a unos pocos, pero beneficia a la colectividad por las ventajas generales que procura, obliga al Estado a indemnizar a aquellos a fin de restablecer el equilibrio de las cargas públicas.

b) Enriquecimiento sin causa, que se sostiene porque si bien la ley no generaba Responsabilidad del Estado por el hecho de

causar un daño, existía de todos modos responsabilidad de éste si a consecuencia de ello se producía un enriquecimiento sin causa de la administración. El principio de justicia sobre el cual debe fundarse aquí el derecho a indemnizaciones es el del enriquecimiento sin causa. Dos condiciones serán exigidas para que el daño de lugar a reparación: 1) será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento administrativo; y 2) será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea sin causa.

c) Sustitución del derecho por una indemnización, puesto que la ley puede reglamentar válidamente un derecho sustituyéndolo por una indemnización, lo cual en verdad quiere decir que la lesión del derecho realizada por la ley quedará purgada, no con la declaración de la inconstitucionalidad de ella sino con la reparación pecuniaria del agravio.

d) Responsabilidad por ley inconstitucional, ya que si se sanciona una ley inconstitucional y con ella se ocasiona un daño, no hay duda que éste constituirá un daño jurídico necesariamente indemnizable.

3.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.- El problema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado se reduce a la imputación a éste o a las demás personas jurídicas de derecho público de los perjuicios ocasionados a los particulares a consecuencia de las actuaciones, omisiones, retardos y prestaciones parciales provenientes de aquél y de éstas y a la consiguiente condena judicial para la reparación de los perjuicios causados. El hecho o acto que cause perjuicio puede provenir de una decisión jurídica de carácter unilateral, es decir, de un acto administrativo, como también de una actuación simplemente material del Poder público.

Cabe recordar que hasta la primera mitad del Siglo XVIII, se sostuvo

la irresponsabilidad del Estado por acto de administración, limitándose a aceptar la Responsabilidad por la actividad administrativa estatal en las situaciones en que el Estado actuaba en la esfera del Derecho Privado. A mediados del Siglo XIX se comienza a distinguir entre actos de gestión – respecto de los cuales el Estado era responsable- y actos de poder público, respecto de los cuales el Estado sólo respondía cuando una ley lo estableciera expresamente.

3.2.1. Teorías sobre la Responsabilidad del Estado.- La posición antes descrita no ha sido lógica ni jurídicamente aceptada en su integridad, por lo que se ha recurrido a diversas teorías a fin de justificar que el Estado responda por un acto o hecho administrativo cuando ha causado daño a un particular⁴⁰:

a) Teoría de la Falta de Culpa Civil: Según los sostenedores de ésta teoría, el Estado es responsable por acto o hecho administrativo debido a que ésta responsabilidad es una consecuencia de las acciones negligentes o ilícitas de los funcionarios de la Administración.

b) Teoría de la Falta del Servicio Público: Esta teoría tiende a ampliar el campo de responsabilidad del Estado, debido a que éste debe responder por los daños que cause un acto o hecho administrativo, en los casos en que sea el servicio público y no el agente el que incurra en el hecho ilícito que origine perjuicios. Ello se produciría al funcionar mal el servicio, al no haber funcionado; o cuando ha funcionado bien, pero tardíamente.

c) Teoría del Riesgo: Establece que la administración debe adoptar ciertas actitudes, medidas o conductas, no obstante que está consciente de que, con su actuar, puede producirse un perjuicio. Sin

⁴⁰ BIDART HERNÁNDEZ, José Pascal. *Ibidem*. p. 76

embargo, si tales actos o hechos van a ser beneficiosos para la colectividad, la administración no puede desistir de ejecutarlos por el sólo hecho de que ellos causen efectos agraviantes a algunos particulares. Al producirse el daño, el Estado será responsable de los perjuicios, en atención a que fueron previstos en aras del bien superior.

3.2.2. La Responsabilidad del Estado en la Legislación Comparada por Hechos o Actos Administrativos: En la actualidad se proclama la Responsabilidad total del Estado. En el estudio de la legislación comparada, en Alemania, el Estado era responsable frente a terceros por un acto de gestión del órgano público, más cuando el acto frente a terceros es realizado por el funcionario "en ejercicio del poder público que se le confió" el Estado responde si una ley prohíbe dicho acto expresamente. Esto fue modificado posteriormente, así en la Constitución de Weimar en 1919, se estableció la responsabilidad exclusiva del Estado con derecho a repetir contra el funcionario. Por su parte, el Código Civil español dice que el Estado es responsable cuando obrase por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien corresponda la gestión; hasta que en 1957, al dictarse la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, se consagra la Responsabilidad directa del Estado por los daños ocasionados.

Por otra parte, la Constitución de Italia establece, en algunos, casos, la Responsabilidad directa del Estado, y en otros la Responsabilidad indirecta. Cuando el funcionario haya realizado un acto ilícito en el ejercicio de sus funciones, tiene una responsabilidad directa por el mismo, pero también hay una responsabilidad indirecta del Estado en virtud de lo dispuesto por el Código Civil. En cambio cuando sea el mismo ente el que comete el delito, la responsabilidad del Estado será directa, ya que existe un poder ejercido de forma

ilegal. Es decir, el Estado, en este caso, abusa de su poder para realizar un acto.

En Estados Unidos existe una fuerte tendencia a la consideración de la Responsabilidad directa del Estado. La *Federal Tort Claims Act* estableció en 1946, que el Estado será responsable por los actos que produzcan un daño en la misma forma que una persona privada. Sin embargo, la misma ley establecía que el Estado no es responsable, por los actos realizados en cumplimiento de una ley que con posterioridad fuera declarada inconstitucional, lo cual es un tanto incongruente. En Inglaterra regía la idea de que la corona estaba exenta de Responsabilidad por sus actos, hasta que se dicta la *Crown Proceedings* por la cual desaparece gran parte de los privilegios de la corona, instituyendo un procedimiento común para las demandas contra la misma. Francia es el país más avanzado en cuanto al reconocimiento de Responsabilidad por parte del Estado. Como sabemos, en los antecedentes históricos del derecho francés, el Estado era sólo responsable por los actos de autoridad, más no por los de gestión. Luego se comienza a distinguir entre falta personal y falta de servicio, haciéndose responsable al Estado solamente por éstos últimos, pero a partir de 1951 se consagra la Responsabilidad Extracontractual del Estado en forma amplia, y declara que el Estado se responsabiliza tanto cuando se trate de una falta personal como de servicio.

3.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS JURIS-DICCIONALES.- Esta es una de las responsabilidades que mayores debates y problemas suscita. Esta responsabilidad surge por errores judiciales, siendo el caso más grave y general cuando se priva de libertad o se condena a un inocente. Cuando se produce un hecho de éste tipo, son dos los aspectos que se deben considerar, por un lado el daño de índole patrimonial, (cesación del negocio, pérdida de empleo, etc.), pero por sobre

todas las cosas, el daño moral que sufre el damnificado como consecuencia del error judicial, en cuanto a la relación con su familia, la sociedad, y la posible privación efectiva de la libertad.

A lo largo de la historia se ha tratado esta posibilidad de resarcir al particular ante un error judicial. Ya Roma y Atenas lo aceptaban en ciertos casos. No fue así en la época monárquica, en la que debido a la creencia del origen divino del Rey, no se dudaba de su veredicto. Poco a poco, con los cambios producidos en los diversos Estados, fueron surgiendo ordenanzas que reconocían este derecho. Según Cretella, en el acto judicial, el error puede ser motivado por la factibilidad humana; este error puede ser reparado mediante actos de revisión, pero si ya produjo daño, el Estado tiene el deber de repararlo. Fundamenta, además, que la responsabilidad del Estado se presenta, ya sea en la culpa administrativa que comprende la responsabilidad personal del juez, en el accidente administrativo que excluye al juzgador pero compromete al Estado por falla técnica del aparato judicial, o por riesgo integral del Estado en razón de la igualdad ante las cargas públicas.

Según refiere Juan Espinoza⁴¹, en nuestro país la Ley 24973, Ley que regula la indemnización por errores judiciales en los procesos penales y detenciones arbitrarias y crea el Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias, reconoce el derecho de indemnización de las personas que puedan verse dañadas por éstas situaciones. Sin embargo, al crearse el Fondo, con la función de encargarse del pago de este tipo de indemnizaciones, se hace mención expresa sobre la individualización de los responsables. En este sentido, el artículo 20 de dicha ley establece como requisito de la demanda, al lado de las generales de ley del demandante (inciso a), la designación y domicilio del Fondo (inciso b), así como la indicación de los presuntos responsables y el concepto sobre que el juez debe pronunciarse (inciso c). Entonces, se puede desprender que nos

⁴¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 55.

encontramos frente a un caso de Responsabilidad Civil del Estado, si tenemos en cuenta que el artículo 7 establece que es justamente éste quien abona las indemnizaciones a través del Fondo creado.

Particular atención merece los criterios para determinar el *quantum* del daño ocasionado; para el caso de la detención arbitraria, pareciera que solo se tuvo en cuenta el daño de consecuencias económicas (el cual se determina por un criterio matemático); sin embargo, para el error judicial, se reconoce además del daño material, “el daño moral causado a la víctima” (cuya indemnización *será fijada al prudente arbitrio del juez*). Esta disparidad de tratamiento puede ser suplida por una interpretación sistemática de estos dispositivos. En efecto, si se puede acreditar el daño moral en el caso de la detención arbitraria, no se ve inconveniente para que se proceda a su reconocimiento judicial, con la correspondiente indemnización. No será justo reconocer la reparación por el daño moral en un caso de desconocerla en el otro.

Por otro lado, nuestro Código Procesal Civil regula, de manera más enfática que la Ley 24973, este tema en el sentido de afirmar claramente que el juez es civilmente responsable cuando en el ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca, como consta en el artículo 509 de dicho cuerpo normativo; esto tiene relación directa con el artículo 516 del mismo Código que establece que la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces⁴² colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio. De lo expuesto en estos dos artículos se desprende que estamos

⁴² Esta Responsabilidad solidaria entre el juez y el Estado creemos que debería extenderse a todo funcionario de la Administración Pública. El profesor Agustín A. Gordillo lo ha dicho en estos términos: “*La importancia de que el funcionario sufra también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva; pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas*”. Citado en: PENAGOS, Gustavo. **DERECHO ADMINISTRATIVO**. Tomo II, Ediciones Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, 1995. p. 714.

frente a un caso de Responsabilidad de la persona jurídica Estado a través de su órgano jurisdiccional Juez. En igual situación se encuentran los representantes del Ministerio Público, cuya responsabilidad en algunos casos se encuentra prevista en el Código Civil, como es el caso del artículo 595 que indica *contrario sensu* que si el fiscal no pide el nombramiento de curador para el penado, en el plazo establecido, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

Aquí, debemos distinguir la Responsabilidad Subjetiva del juez, de la Objetiva del Estado (o como prefieren algunos, del Estado-Juez); si bien como ya se advirtió en el artículo 509 del Código Procesal Civil, la Responsabilidad del juez está basada en el principio de la culpa (se entiende, en sentido lato), el criterio que se sigue es el de la culpa objetiva, por cuando la misma norma está fijando los parámetros de la conducta del juez. Sin embargo, se observa, con razón, que si bien se han objetivado las conductas dolosas o culposas, ello ha sido hecho en forma por demás confusa y equívoca, cuando lo sensato hubiera sido establecer claros títulos de imputación de responsabilidad.

Será pertinente indicar aquí que una de las conclusiones más importantes de la investigación que hizo José Alfredo Lovón, y que constan en su libro “Responsabilidad Civil de los Jueces”, es lo referente a que la Responsabilidad del Juez no debe necesariamente ampliarse sino que dicha responsabilidad no se debe hallar circunscrita solo a casos de excepcional gravedad como si el status jurídico de la magistratura les otorgara cierta inmunidad, que mas bien los jueces deben responder por sus actos conforme a los principios de la Responsabilidad común⁴³. Con esto el autor postula lo que bien podría significar otro aporte más a la reforma de la Administración de Justicia puesto que gran parte de los errores judiciales⁴⁴

⁴³ LOVON SÁNCHEZ, José Alfredo. *Op. Cit.* p. 263.

⁴⁴ Otro aporte interesante al analizar la responsabilidad proveniente de errores judiciales lo realiza Aida Kemelmajer de Carlucci quien al analizar varios casos especiales de

de los magistrados producidos por negligencia o ignorancia del Derecho y la ley ocasionan graves perjuicios a los litigantes que buscaban tutela jurisdiccional y que lejos de encontrarla ven que el daño o la lesión se les agrava como resultado de la decisión jurisdiccional, y a estos jueces pocas veces se les sanciona por dicha responsabilidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a la Responsabilidad del Estado, acertadamente se afirma que la “Responsabilidad del Estado-Juez es objetiva”; es decir, la existencia de dolo o culpa es irrelevante porque no se trata de valorar un determinado comportamiento, sino de verificar si se dan o faltan los presupuestos legales que hacen surgir el derecho a la indemnización. La antijuridicidad no reside en una actuación ilícita o contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva) sino en el hecho de que el sujeto no tiene el deber de soportar el daño que se le ha producido (antijuridicidad objetiva).

El artículo 514 del Código Procesal Civil establece un plazo de caducidad de tres meses para interponer la demanda, contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño; nótese que el auxiliar jurisdiccional puede incurrir en Responsabilidad, así por ejemplo lo prevé el segundo párrafo del artículo 376 del mismo cuerpo de leyes que indica que: “el Secretario de Juzgado enviará el Expediente al superior dentro de cinco días de concedida la apelación o adhesión, en su caso, bajo responsabilidad”. En este caso, se está haciendo alusión a la responsabilidad disciplinaria; sin embargo no se ve inconveniente alguno para que, respecto de este supuesto de hecho, también se responsabilice civilmente al auxiliar jurisdiccional, y al Estado.

Un sector de la doctrina afirma que en la medida de que el Estado pierda muchos procesos se incentivará a poner mayor interés en mejorar el

responsabilidad, analiza el tema de los daños causados en la actividad judicial. Véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *TEMAS MODERNOS DE RESPONSABILIDAD*. AsesorAndina Editores, Lima, s.a. 19 - 63, y ss.

funcionamiento de la Administración de Justicia. Ello será cierto en la medida de que el Estado no sólo pierda muchos procesos sino, como veremos, haga efectivo el pago de las pretensiones resarcitorias en los procesos perdidos. Punto que tocaremos a continuación en detalle:

3.3.1. Factibilidad del pago de las indemnizaciones por daños que causa el Estado.- En el caso que se ampare judicialmente una pretensión resarcitoria con cargo al Estado, uno se encuentra frente a un grave problema cuando se intenta ejecutar el mandato de resarcimiento por el daño causado. En efecto la Ley 26599 del 24 de abril de 1996, modificó el artículo 648 del Código Procesal Civil aumentando un inciso que establecía, a la par de la embargabilidad de los bienes del Estado, que *“las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del sector al que corresponda”*. Esta ley fue declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional, publicada el 07 de marzo de 1997, por cuanto, al no distinguir los bienes de dominio público de los bienes de dominio privado que corresponden al Estado, se confería a éstos últimos *“aquella inmunidad que la Constitución otorgó únicamente a los bienes de dominio público”*. Curiosamente el día que se publicó esta sentencia, también se publicó la Ley 26756, de la misma fecha, cuyo Art.1 ordena la constitución de una comisión encargada de proponer al Congreso un proyecto de ley de bienes del Estado, en la que se determine los que pueden ser materia de embargo y los procedimientos a seguir en el caso de embargos de bienes del Estado.

Asimismo debemos poner de relieve la Resolución Defensorial N° 062-98/DP, del 26 de octubre de 1998, en la que el Defensor del Pueblo aprobó el Informe Defensorial sobre “Incumplimiento de

Sentencias por parte de la Administración Estatal” y donde queda probado y comprobado que algunas entidades han vulnerado los artículos 2 inciso 2 y 139 inciso 3 de la Constitución, que consagran los derechos a la igualdad ante la Ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional; así como la prohibición establecida en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, según la cual ninguna autoridad puede retardar la ejecución de sentencias. Frente a la afirmación de que, en aplicación del principio de legalidad presupuestaria, no pueden efectuarse gastos no programados en el ejercicio, al no estar dotados de la respectiva asignación presupuestal, el citado informe contesta que *“este aparente conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva no es insalvable, ya que siendo deber primordial de toda entidad pública respetar los derechos constitucionales, resultaría incompatible con el Estado de Derecho que el cumplimiento de una sentencia quede supeditado a la voluntad discrecional del propio obligado; ello simplemente desnaturaliza la esencia y respeto que corresponde al Poder Judicial”*. Más aun si existen dispositivos como la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, que permite efectuar modificaciones presupuestarias a través de créditos suplementarios, habilitaciones o transferencias de partidas autorizadas por Ley; o mediante la anulación por el titular del pliego, al anterior titular del presupuesto de una determinada institución, de las actividades y proyectos no prioritarios, con el fin de satisfacer los montos ordenados por las sentencias.

Por otro lado, en una mala señal, el Ejecutivo, a través del Decreto de Urgencia N° 019-2001, del 09 de febrero del 2001, estableció en su artículo 1, que *“los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables”*. Frente a ello, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de marzo del 2001, se declara inconstitucional por razones de fondo, los Artículos 1 y 2 y la Primera

Disposición Final de la Ley N° 26597, así como la Disposición Transitoria Unica de la Ley N° 26756. Sin embargo, nuevamente la burla del Ejecutivo se consuma por cuanto, al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de esta sentencia, es decir el 12 de mayo del 2001, se publica el Decreto de Urgencia 055-2001, que en uno de los considerandos indica que: “la situación de necesidad de pago, puede generar el colapso de la economía nacional, al verse el Estado obligado al cumplimiento de obligaciones que no puede asumir en forma inmediata, por lo que se encuentra en una situación extraordinaria e imprevisible (*caso fortuito*) que pone en riesgo la economía del país y las finanzas públicas”, (la cursiva es nuestra).

Ello lleva a regular, en el artículo 1 de dicho dispositivo que: “*los recursos públicos no pueden ser destinados a fines distintos de los que establece la ley, incluyendo aquellos depositados en las cuentas de las entidades del Sistema Financiero Nacional, bajo responsabilidad*”. El artículo 2 precisa que las entidades del sector público pagarán sus obligaciones por concepto de indemnización y “siempre que hubiere disponibilidad presupuestaria para tal fin”. Con el objeto de paliar esta situación, se establece la previsión de fondos necesarios para la atención progresiva de la víctima o de sus deudos, en el artículo 3, y plantea la promesa (incumplida por segunda vez), de publicar el proyecto de ley que establezca los bienes que son de dominio público, esto en el artículo 4.

Finalmente, hemos de decir que el inciso 8 (derogado por el artículo 2 de la Ley 27684) de la Primera Disposición Derogatoria de la Ley 27584, Ley que regula el Procedimiento Contencioso Administrativo del 6 de diciembre del 2001, establecía que, a partir de la vigencia de dicha ley, quedaban derogados “La Ley N° 26756, el Decreto de Urgencia N° 019-2001 y los Artículos 2, 3 y 6 del Decreto de Urgencia N° 055-2001”. Asimismo la Tercera Disposición Final de

esta Ley establecía que ella entraría en vigor a los 30 días naturales siguientes a su publicación; sin embargo, con el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 136-2001 del 20 de diciembre del 2001, se amplió este plazo a 180 días más; posteriormente, el Art.5 de la Ley 27584, dispuso que la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo entrara en vigencia a los 30 días posteriores a su publicación, con lo cual al menos a nivel legislativo, el Estado a partir del 16 de abril del 2002, debería estar pagando las indemnizaciones por los daños causados y los que cause a futuro.

Pero este pago resulta, en la práctica, totalmente ridículo puesto que a los agraviados que han obtenido estas indemnizaciones están recibiendo del Estado sumas irrisorias a través de un largo período de tiempo. Esto se debe a que la comentada Ley 27584 estipula en su artículo 42.3 que cuando el requerimiento exceda las posibilidades de financiamiento de los pliegos presupuestarios, el titular del Pliego hará de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de cumplir la sentencia en el ejercicio presupuestario siguiente para lo que destinará el 3% de la asignación presupuestal por recursos ordinarios de dicho año. Esto es absurdo y otra burla para los administrados ya que todos los que tienen derecho a indemnización son colocados en un grupo a pagar de manera prorrateada respecto de ese 3%, lo cual significa que los montos que perciben son demasiado mínimos.

Esta postura arbitraria y obtusa concuerda con lo expresado en el artículo 70.1 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, que indica que para el pago de dinero por sentencia judicial firme se afectará hasta el 3% de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura. El numeral 70.4 de la misma ley indica, por su parte, de que si existen varios requerimientos estos se deberán cumplir en estricto orden de notificación *hasta el límite*

porcentual. Y, pero aún, el numeral 70.4 de la ley comentada establece que en caso de que estos requerimientos indemnizatorios superen el 3%, la Entidad debe cumplir con el pago en los próximos 5 años fiscales subsiguientes. Es decir, no hay salida viable para el administrado, solo una trampa que lo posterga indefinidamente ya que si es que hay dinero se lo darán a cuentagotas junto con los demás indemnizados y si es que el dinero no alcanza, en vez de ampliar el absurdo porcentaje del 3%, postergarán el pago que se efectuará en los próximos 5 años. Otra vez, el administrado resulta la parte más débil ante la voracidad y el abuso de la Administración Pública.



TITULO V

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO Y ANTECEDENTES

Siendo la esencia de nuestro tema de investigación la Responsabilidad de la Administración Pública, nos ha quedado claro que ella se enmarca dentro de las llamadas Responsabilidades Especiales; por ello ha sido necesario distinguir primeramente, la Responsabilidad del Estado (desarrollada previamente) con la Responsabilidad de la Administración Pública, propiamente dicha que revisaremos a continuación.

Administración, proviene del latín “ministrare”, que es sinónimo de servir o gobernar; para ello el Estado se vale de una organización adecuada y de procedimientos; teniendo como ambiente de aplicación el sector público nacional, de ahí su nombre de Administración Pública. Revisando nuestro Diccionario de Términos Jurídicos, encontramos que Pedro Flores Polo⁴⁵, llama Administración Pública a la actividad administrativa del Estado en general. Por otro lado, también se entiende por ella a la acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y la conservación y fomento de los intereses públicos, y el resolver las reclamaciones a que de lugar lo mandado a través del ejercicio de la función pública. Y para que el Estado pueda cumplir eficazmente sus fines y objetivos de lograr el bienestar integral de la colectividad, es preciso e indispensable la acción dinámica y permanente de un complejo de entidades con múltiples acciones, adecuada y técnicamente coordinadas entre sí; ese complejo, se denomina en términos generales “Administración Pública”.

Sin embargo, al tratar el tema de la Administración Pública entramos necesariamente al campo del Derecho Administrativo, que como recordamos es el conjunto de normas y principios de Derecho Público Interno que rigen

⁴⁵ FLORES POLO, Pedro. *Op.Cit.* p. 34.

la organización y actividad de la Administración Pública y de sus órganos, así como las relaciones de Derecho Público que esa actividad origina entre los distintos sujetos. Comprende, además, el estudio de la propia Administración Pública; entonces, podemos afirmar que, es una disciplina u orden jurídico de la actividad política encaminada a la perfección y formación de las instituciones del Estado, para la realización eficaz de los servicios públicos en beneficio de los administrados⁴⁶. Además, el Derecho Administrativo, tanto como el Derecho Constitucional, tiene una estrecha vinculación y se relaciona con el Derecho Civil, porque las diversas instituciones de ésta, tales como los asuntos de las personas naturales y jurídicas, los actos jurídicos, los contratos, el régimen legal de los bienes públicos y privados, las obligaciones, la prescripción; y, lógicamente el tema que nos ocupa: la Responsabilidad Civil, entre otros de importancia, están constantemente relacionados con las diversas actividades que corresponden al campo administrativo, por tanto debe ser siempre su fuente de inspiración en armonía con la Carta Magna.

También es necesario resaltar que, la organización operativa del Derecho Administrativo, se expresa en la Administración Pública, mediante cuatro elementos: 1) La organización y funciones; 2) las normas legales y de procedimiento; 3) el potencial humano; y, 4) su contexto histórico-social. A este esquema se le podría agregar las “circunstancias” que se tiene que afrontar como el factor no previsto o coyuntural, de orden legal, socio-económico o político, que induce al funcionario (responsable) a adoptar una actitud determinada, haciendo uso de capacidad discrecional. Así se ordena el Derecho Administrativo en Derecho Administrativo Sustantivo o Normativo y Procesal o de Trámite⁴⁷. Mientras que, el Derecho Administrativo regula y estructura; la Administración Pública, le da el marco de referencia dentro del que debe desenvolverse. El Derecho Administrativo orienta, crea normas; la

⁴⁶ URQUIZO PEREZ, Jorge. *DERECHO ADMINISTRATIVO: EMPLEADOS PÚBLICOS*. 1ra. Edición, Impresora Distribuidora Urquiza, Arequipa-Perú, 1983. p. 76.

⁴⁷ PATRON FAURA, Pedro. *NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ*. 4ta. Edición. Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, Lima,-1990. p. 12.

Administración Pública las ejecuta y exige su cumplimiento. Definitivamente ambas se complementan.

Por otro lado, existe un nivel plausible de consenso para concebir la Administración Pública en un doble sentido: *Objetivamente*, como el conjunto de actividades llevadas a cabo por los agentes públicos y que constituye el desarrollo, la dinámica de la función misma; y *Subjetivamente*, (o en una visión organicista), Administración Pública, es el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias. Por cierto que este consenso no siempre es compartido a nivel doctrinario; en tal orientación, por ejemplo, García de Enterría, para quien lo que define a la Administración Pública no son las actividades funcionales ni el complejo orgánico institucional, sino y sobre todo la consideración para el Derecho Administrativo de que es una persona jurídica; pero, para los fines del Derecho Penal es válida y útil la concepción Objetiva, que está basada en la división material de funciones estatales (legislativa, ejecutiva, judicial); y la Subjetiva, se fundamenta en la división de poderes, con prescindencia de sus funciones (poder legislativo, ejecutivo y judicial), cada uno con sus numerosos órganos y planos jerarquizados y con asignaciones propias de cargos y competencias, aunque aún desde una perspectiva genérica.

2.- UBICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

La Administración Pública, efectivamente se ejerce a través de la *Función Pública* entendida como todo empleo o cargo que significa para su titular tomar decisiones y a los servidores o trabajadores públicos les corresponde ejecutar tales decisiones, desde distintos niveles del Estado en beneficio de la colectividad o administrados. El campo de acción de la Administración Pública, tan estrechamente vinculada a las acciones que señala la Constitución del Estado, no desenvuelve estrictamente sus

funciones en el Área del Poder Ejecutivo, aunque desde luego es el poder administrador por excelencia; como el poder legislativo, es el poder que da las leyes y el poder judicial, es el poder jurisdiccional. Sin embargo, en la práctica se encuentran actividades administrativas en distintos ámbitos, como en los gobiernos regionales, locales y en los organismos autónomos y descentralizados. Ello quiere decir, que existe interrelación de acciones entre los poderes estatales aunque con predominio en cada uno de ellos de la función que esencialmente les compete, de acuerdo a ley.

En nuestra Constitución vigente encontramos el Capítulo IV (artículos 39 al 42) que tocan el tema “*De La Función Pública*”, donde se establecen los principios sobre los cuales se van a regir los funcionarios, trabajadores públicos y militares, forma de ingreso a la carrera administrativa, sus derechos, deberes y responsabilidad. Buscando una eficiente burocracia, revaluándose la semántica de ese vocablo, que con frecuencia se usa en sentido peyorativo; por ello, es indispensable que la función pública se cumpla en toda su amplitud con auténtica calidad moral, seleccionándose a los mejores únicamente por sus méritos, al margen de la politiquería⁴⁸.

Por otro lado, según la Comisión de Estudios de las Bases de Reforma Constitucional, establece que la Administración Pública sirve con objetividad a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. La Comisión considera importante que la Constitución incorpore un capítulo sobre la “Administración y la Función Pública” para garantizar el cumplimiento de sus cometidos. Asimismo, se propone señalar que la función pública tiene como objetivo la consecución del interés general, dentro del respeto a los derechos humanos y a todos aquellos derechos e intereses legítimamente protegidos de las personas y se desarrolla en los

⁴⁸ PATRON FAURA, Pedro. **DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ**, 8va. Edición ampliada y actualizada, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004. p. 50.

principios de igualdad, probidad, eficacia⁴⁹, economía, celeridad, imparcialidad y transparencia. Se sugiere precisar que los funcionarios y servidores públicos ejercen sus funciones sobre la base de diligencia y probidad, de manera coordinada, en relaciones de colaboración y propiciando el control de sus operaciones.

3.- LA FUNCIÓN PÚBLICA

Como anota Fidel Rojas⁵⁰, el Estado, sea éste policiaco, autoritario, liberal de derechos, social-democrático de derecho o socializante, para el logro de sus fines realiza a través de sus órganos numerosas actividades que por el destino de las mismas (sociedad) la fuente de la que emanan (poder estatal), su gran importancia e incidencia en la vida nacional y los órganos que la realizan, se han dado en denominar “*Función Pública*”.

Desde el punto de vista interpretativo, es necesario precisar la definición de Función Pública, por ello se le concibe como una institución de Derecho Público, cuya actividad está basada en el ordenamiento jurídico (constitucional y legal), reservada para los órganos-instituciones y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales (funcionarios públicos), donde toda función pública implica una esfera de atribuciones limitada por el derecho objetivo.

La idea de “función” implica necesariamente actividad y cuando ésta

⁴⁹ Nos interesa el concepto de *eficacia* en la Administración Pública porque, precisamente, en la percepción de los ciudadanos justamente la ineficacia es el defecto y la imputación más anunciada que se hace a las instituciones. Aunque las diferencias entre eficacia y eficiencia son evidentes, los medios de comunicación la usan indistintamente. Sin embargo, el término aplicable es eficacia, definida como: “*el cumplimiento adecuado y oportuno de los fines de una entidad, es asumida como orientada al logro eficiente de los objetivos sociales de Bienestar y Seguridad que se debe proponer toda acción gubernamental*”. PATRON FAURA, Pedro. **DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACION PÚBLICA...** Op. Cit. p. 155.

⁵⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**. 2da. Edición, Editora y Distribuidora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2001. p. 21.

es referida a los órganos del Estado, la función pública, desde el punto de vista sustancial, esto es, en relación con el contenido de la función, es ejercida por los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, de acuerdo con la atribución que preceptúe el ordenamiento jurídico constitucional.

Si por *función pública* ha de entenderse el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el Estado a través de personas jurídicas, el empleado público se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trascienden como voluntad o acción del Estado, lo que justifica la creación de normas específicas para su *responsabilidad*.

Dentro del marco de los cometidos estatales debemos distinguir entre: **a) Funciones Fines** (estatales), que conforman una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política: el bien común. Las funciones del Estado se identifican con los fines de la actividad estatal y traducen imperativa ejecución de actividades de carácter material (económico-social) para el logro de los objetivos de la comunidad política, tales como la paz, orden, prosperidad, seguridad, asistencia, solidaridad y justicia; y, **b) Funciones Medios** (del poder), son las funciones del poder como medio de la comunidad para alcanzar sus fines, lo cual se identifica con los medios propios de la actividad estatal y traducen la actuación del poder, de carácter formal (jurídica) como vías de actuación (gubernativa, legislativa, judicial, administrativa), por cuya conducta el Estado logra los fines que se le asigna.

4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La relación jurídica que existe entre Estado, los funcionarios y sus servidores públicos -según la normatividad vigente en el Perú- supone, en

principio, un vínculo laboral para la prestación de servicios públicos a la Nación, en la cual se establece una corriente recíproca de obligaciones y derechos entre las partes. No es un contrato común, pues posee características propias que lo distinguen de los demás contratos laborales. En efecto, en esta relación jurídica aparece la preexistencia de un estatuto o Ley de la Carrera Administrativa; en el que se especifican, por una parte la exigencia del Estado a sus servidores respecto a la prestación disciplinada de servicios, eficiencia, honestidad, lealtad, contracción al trabajo, etc., obligándose, en cambio, al pago de remuneraciones, a la estabilidad, ascensos, garantías, beneficios sociales, etc.

Quien ingresa al servicio estatal se supone que conoce la vigencia de esas normas estatutarias y, tácitamente, se “adhiera” y acepta sus condiciones y requisitos. Surge, entonces, la figura jurídica de adhesión, pero con la peculiaridad de que tal adhesión es al ordenamiento jurídico vigente, no es inconstitucional ni absoluta. Debe considerarse, además, que el artículo 42 de la Constitución reconoce el derecho a la sindicalización y a la huelga de los servidores públicos, lo que determina la presencia de otro elemento entre el Estado y su personal; ya que en base a un pliego de peticiones en demanda de mejoras económicas o de condiciones de trabajo, cabe la posibilidad de resolver un conflicto laboral en el sector público a través de la convención colectiva, en armonía con el convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por otro lado, los funcionarios y servidores públicos, están al servicio de la Nación, es decir, de la corporación políticamente organizada de peruanos; estos trabajadores deben servir a ese objetivo: la actividad del Estado, en orden a la atención de los intereses del país y de la población. Entre otras cosas, los servidores públicos no deben ser entendidos como trabajadores al servicio de un partido, de una facción, o si quiera de su jefe, sea éste Ministro, Presidente del Congreso, de la Corte Suprema o del propio Presidente de la República. Como indica Rafael Bielsa: *“la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido*

lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado” ⁵¹. Aquí debemos distinguir los conceptos de Funcionarios Públicos y Empleados o Trabajadores o Servidores Públicos.

4.1. FUNCIONARIOS PÚBLICOS.- Es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país; de acuerdo a las diversas legislaciones de los países asume distintos nombres o se encuentra confundido en una denominación común; en tal sentido, Funcionario Público, es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal. Así se ha dicho también que “funcionario público” es todo aquel que, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre y expresa o ejecuta la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público⁵².

El Funcionario Público, tiene una órbita de actuación propia del cargo que desempeña, y dentro de ella puede actuar con poder de decisión, con facultad de revisión, o como mero ejecutor de una orden superior. De allí, entonces, que la dependencia en que se encuentra este, en relación al Estado que le traza los límites de sus funciones, sea decisiva para juzgar su Responsabilidad cuando se trata de los daños que cause a otros, precisamente como funcionario público⁵³. En tal sentido, el Funcionario representa al Estado como ente público, y en esa representación puede ser: *de gestión* (cuando negocia o contrata en nombre del Estado) o *de autoridad*

⁵¹ Citado en: BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *LA CONSTITUCIÓN DE 1993, ANÁLISIS COMPARADO*. Editora RAO S.R.L., 5ta. Edición, Lima, 1999. p. 42.

⁵² ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. Cit.* p.102.

⁵³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. Cit.* p. 43.

(cuando decreta, ordena o manda); también puede ser ambos, dependiendo de la actividad que realice.

El ordenamiento legal peruano cuenta, también, con la siguiente definición a nivel de reglamento y/o de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (artículo 4 del D.S. N° 005-90-PCM) que indica: *“considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía”*. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley.

Sin embargo, la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, que ha entrado en vigencia a partir del 01 de enero del 2005, en forma didáctica define al “Funcionario Público”, en su artículo 4, como *el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representa al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas*. Pudiendo ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria; b) De nombramiento y remoción regulados; y, c) De libre nombramiento y remoción. Esta definición dada por la Ley Marco del Empleo Público, no es tan limitada como las anteriores, pues, al menos ha considerado o tomado en cuenta a los funcionarios de carrera que haciendo uso del derecho de “progresión en la carrera administrativa”, a través de los concursos de ascensos o cambios de grupos ocupacionales, llegan a cargos importantes, por los años de servicios, su trayectoria profesional o técnica, por su capacitación y experiencia al servicio de la Administración, entre otros factores de relevancia, lo cual consideramos que es muy positivo en el ámbito de la carrera administrativa puesto que se corresponde con los derechos fundamentales que estos trabajadores naturalmente poseen.

Sin embargo, se ha promulgado también la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, del 12 de agosto del 2002, que ha sido

recientemente modificada por la Ley 28496, del 16 de abril del 2005, donde se “...considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado”. Como se podrá apreciar esta nueva concepción, antes de ser coherente con la anterior ley comentada, confunde y distorsiona gravemente las diferencias que existen entre funcionarios de decisión con los empleados públicos de ejecución; al tratar de considerar que son iguales a efectos de imponerles sanciones leves o graves⁵⁴ por alguna irresponsabilidad cometida; cuando en realidad se debería definir y distinguir con mayor seriedad ambas condiciones, para que en forma justa y coherente se pueda medir el grado de responsabilidad de un funcionario que debe ser mayor al de un empleado o servidor público de ejecución.

4.1.1. Clases de Funcionarios: Fidel Rojas ha realizado una clasificación *sui generis* de los funcionarios públicos que nos llama a reflexión- se habla de *funcionarios de autoridad, de procuración, de administración y de gestión*⁵⁵. Se refiere a *funcionarios de autoridad* a los funcionarios de mayor nivel en la jerarquía del funcionariado público y que poseen facultades de “*imperium*” o mando sobre los demás. Son *funcionarios de procuración* los que representan al Estado y a sus diversos órganos en defensa de sus intereses. Los *funcionarios de administración* (la denominada clase o estructura burocrática) son aquellos que gerencian o dirigen técnicamente y se hallan repartidos en todas las instancias del Estado. Los *de gestión*, aquellos que contratan a nombre del Estado. A ésta clasificación de antigua impronta y de raigambre francesa, se suma otra que diferencia entre *funcionarios de iure* y *funcionarios de facto*, según se

⁵⁴ El Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, del 19 de abril del 2005, aprueba el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública (Ley 27815).

⁵⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. Cit.* p. 19.

hallen legítimamente investidos de tal calidad o adolezcan de deficiencias o irregularidades en el título que sustentan la calidad de funcionario público. Es *funcionario de facto* aquel que tiene irregular su investidura, irregularidad de nacimiento o sobrevinida; en el primer caso, debido a la no observancia de los requisitos legales exigidos para el cargo (uno o varios) suscitada en circunstancias de buena fe; en el segundo caso, a consecuencia de cese, destitución, terminación (funcionario con plazo fijo de ejercicio) o abandono. En esta segunda hipótesis el funcionario ha perdido su calidad de “*iure*”, donde el hecho de continuar ejerciendo funciones lo convierte en funcionario de facto, o en usurpador. Es *funcionario de facto*, según que existan causas de interés funcional que justifiquen la permanencia en el cargo o si dicha permanencia no obedece mas que al libre arbitrio del agente, en el segundo caso se es también funcionario de facto como cuando la normatividad en que se fundamentó la elección o nombramiento haya sido declarada ilegal o inconstitucional, o en el caso extremo de quien accidentalmente asume o se arroga una facultad funcional al detener al delincuente que comete un hecho delictivo (por decir un ejemplo), o que lo persigue al huir éste y lo detiene.

En el Perú ocurre usualmente, que los *funcionarios de facto* son los tolerados o propiciados por los gobiernos en situaciones difíciles o en estado de necesidad o por fines netamente políticos irregulares. Tanto el funcionario de *iure* que cumple todos los requisitos formales y sustanciales exigidos, como el de *facto* (funcionario formalmente disminuido), son responsables penalmente por sus actos lesivos a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Son casos típicos, entre otros, de funcionarios de *facto*, aquellos interinos, provisionales o accidentales, lo mismo cabe decir de los *funcionarios suplentes*, caracterizados o definidos por interinidad.

En el caso del usurpador, se trata de aquella persona particular, militar o también puede ser otro funcionario público que sin título o investidura asume de hecho el cargo o desarrolla actos propios de él sin que exista causa de justificación suficiente. Se puede ser usurpador de función pública por dos vías: a) cuando el funcionario ha cesado o terminado en sus funciones y sin que exista justificación legal, administrativa o de estado de necesidad continúa de hecho ejerciendo el cargo, ya sea firmando resoluciones, ejecutando actos, disponiendo de fondos públicos, etc.; aquí la diferencia con el funcionario *de facto* se halla en que éste prosigue actuando como funcionario justificado por circunstancias excepcionales o en todo caso con la complacencia comprobable de las entidades públicas en igualdad de circunstancias; y, b) cuando la persona accede al cargo violentando las formalidades, en situaciones de conmoción política o social (revoluciones, toma de poblados o ciudades, motines, etc.) o simplemente lo hace ante la ausencia de autoridad o funcionario. En ambos casos, los efectos derivados de los actos “funcionales” del usurpador carecen de validez jurídica; sin embargo, bajo circunstancias de transformaciones políticas por vía violenta, el poder triunfante, como órgano generador de Derecho, termina por lo común, legitimando los actos de usurpación.

Otra clasificación los considera como: mandatarios, funcionarios de carrera, de empleo, de confianza, honorarios, por nombramiento, elección, estatutarios y contractuales; alto medio y bajos funcionarios, etc.

Es necesario hacer notar que la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, refiere que el funcionario público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria; b) De nombramiento y remoción regulados; y, c) De libre nombramiento y remoción.

4.2. EMPLEADO, TRABAJADOR O SERVIDOR PÚBLICO.- Es aquella persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización, a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración; lo cual entraña una verdadera relación jurídica⁵⁶. En ese sentido, el empleado presta un servicio al Estado; es un mero ejecutor de las órdenes que recibe. Esta vendría a ser la principal diferencia con el funcionario público: el empleado no representa al Estado, no exterioriza la autoridad ni la voluntad del mismo, es el funcionario quien lo hace.

Nuestra normatividad actual, partiendo de la base del texto constitucional, en sus artículos 39 y 40, se refiere a los empleados públicos como trabajadores o servidores públicos, estableciendo una sinonimia al respecto que debemos ver si es exacta.

4.2.1. Clases de Empleados Públicos según la Ley 11377: Esta Ley y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo 522, del 26 de julio de 1952 que sigue vigente pero complementada y actualizada por el Decreto Legislativo 276, considera “empleado público a toda persona que desempeñe labores remuneradas en las reparticiones del Estado”; agrega, además, cuatro clases de empleados públicos:

a) Empleados de Carrera, son aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación esté expresamente indicada en el presente Estatuto; y a los que prestan servicios en alguna repartición del Estado con plazas específicamente señaladas en el presupuesto respectivo.

b) Empleados a Contrata, los que desempeñan cargos de carácter transitorio bajo contrato.

⁵⁶ CERVANTES ANAYA, Dante. *MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Editorial Rodhas, Edición 2003, Lima-Perú. p. 214.

c) Empleados Adscritos, los que desempeñan el cargo de Secretario Asesor u otro cargo de confianza, técnico o político, cerca de altos funcionarios públicos.

d) Personal de Servicio Interno, constituidos por los porteros, portapliegos, choferes, ascensoristas y demás servidores manuales que realicen labores de naturaleza análoga con plaza de presupuesto en una repartición del Estado.

4.2.2. Clases de Servidores Públicos según Decreto Legislativo

276: Dicho Decreto Legislativo y su Reglamento inicial D.S. N° 018-85-PCM, que modifican y actualizan la Ley 11377 y su Reglamento en lo que se no opongan, y que no los deroga en su totalidad; ya no emplea el término “empleado público” sino que lo reemplaza por el de *Servidor Público*, considerando a aquellos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública, creando grupos ocupacionales que son los siguientes:

a) El Grupo de Profesionales, que está constituido por servidores con título profesional o grado académico reconocido por la Ley Universitaria, Ley 23733.

b) El Grupo Técnico, lo constituyen los servidores con formación superior o universitaria incompleta o capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida.

c) El Grupo Auxiliares, está constituido por servidores que tienen instrucción secundaria y experiencia y calificación para realizar labores de apoyo.

De esta forma se destierra el término “*Repartición del Estado*”, y se excluye también de la Carrera Administrativa (artículo 2 del Decreto Legislativo 276), a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos de confianza, miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales.

4.2.3. Trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta: El Decreto Legislativo 276 y sus Reglamentos, reservan éste término para crear otra clase de trabajadores públicos, que laboran esencialmente en empresas del Estado o sociedades de economía mixta; pero que los desliga o los excluye de la carrera administrativa, seguramente porque se dieron cuenta un poco tarde de que no eran precisamente otros trabajadores públicos.

Estas situaciones novedosas en su momento han sido reforzadas, posteriormente, con la dación del D.S. 005-90-PCM, entendiéndose como *servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares.*

4.2.4. Clasificación del Empleado Público según Ley 28175: Esta Ley Marco del Empleo Público -vigente- en forma discreta retoma el término “Empleado Público” y los clasifica como:

a) Empleado de Confianza, es el que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad.

b) Servidor Público, que puede ser:

b.1. Directivo Superior, es el que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la

colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

b.2. Ejecutivo, el que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas.

b.3. Especialistas, es el que desempeña labores de ejecución de servicios públicos, no ejerce función administrativa.

b.4. De Apoyo, el que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento.

Todas estas nuevas designaciones que se está dando a los servidores públicos los va a obligar a conformar nuevos “grupos ocupacionales”, posiblemente distintos a los establecidos en el Decreto Legislativo 276.

De lo expuesto, podemos colegir que en la actualidad, en nuestro país *“empleado público es el trabajador o servidor público nombrado o contratado, profesional, técnico o auxiliar que presta sus servicios en forma permanente y estable a la Administración Pública, con plazas específicamente señaladas en el presupuesto respectivo, a cambio de una remuneración”*. Sin embargo, estas grandes diferencias en cuanto a conceptos y funciones entre Funcionario Público y Servidor Público o Empleado Público no han sido suficientes para el Derecho Penal puesto que en él no se presentan ninguna definición al respecto siendo que el artículo 425 del Código Penal ofrece solamente un listado genérico de niveles de funcionarios y de servidores dependientes a efectos de imputarles responsabilidad penal; y que a nuestro juicio no solo constituyen una legislación que parece favorecer los actos delictivos de los funcionarios públicos con

penalidades benignas sino que permite varias lagunas en su tipología que posibilita evadir cualquier responsabilidad.

5.- ACTUACIÓN POR FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS

Se dice que los funcionarios, por representar la voluntad del Estado, son órganos suyos, y los empleados, por realizar actividades materiales de ejecución, son sus dependientes. En efecto, habrá *Responsabilidad Directa* del Estado cuando actúe un funcionario, o sea un órgano suyo y habrá *Responsabilidad Indirecta* cuando actúe un dependiente suyo. Sin embargo, como hemos podido apreciar en las páginas precedentes, en nuestra legislación no existe distinción legalmente establecida entre funcionario y empleado (servidor público), esto es entre personas que decidan en representación de la voluntad estatal y personas que ejecuten esas decisiones en relación de dependencia. Todos los agentes del Estado, cualquiera fuere su naturaleza, jerarquía o función asumen el carácter de órganos del Estado, de lo que resulta que si todos los agentes del Estado son órganos suyos, entonces la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes será siempre directa no pudiéndose dar nunca la hipótesis de que por los hechos de tales personas pueda el Estado tener Responsabilidad Indirecta.

6. DEBERES ÉTICOS Y ADMINISTRATIVOS DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

Como sabemos el Derecho y la Ética siempre han marchado juntos y, como refiere Fidel Rojas⁵⁷, opinar en sentido contrario abonaría una concepción normativista referenciada en si misma y alejada de su base social y de los mensajes teleológicos de toda construcción normativa (en amplio sentido). Lo ético en cuanto a la serie de valores positivos fundante y nutriente de las actividades funcionales y de servicio de los agentes públicos

⁵⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. Cit.* p. 77.

está -y debe estar siempre- presente y actuante en el desempeño funcional en todos los planos y niveles de la Administración Pública, concebida de modo global, dinámica y estructural.

Por ello, Derecho y Ética son normas jurídicas y normas morales, definiendo así dos planos paralelos interactuantes que si bien marchan juntos no pueden sin embargo, llegar a mezclarse de modo que pierdan identidad y espectro propio de irradiación; el Derecho normado o positivo se funda en valores éticos que lo sustentan y lo legitiman históricamente, mas no se confunde con la moral; ambos toman el comportamiento humano como objeto de atención pero respetan sus ámbitos de competencia al establecer requisitos, contenidos pautados y regímenes sancionatorios propios. Los planos del dominio moral y del dominio de la norma jurídica, de sus mutuas y recíprocas influencias, adquieren en el Derecho Administrativo, dimensiones distintas: se vincula numerosos enunciados morales a intereses públicos que se hallan reglamentados y definen marcos de incompatibilidades para el desempeño funcional. Los valores éticos poseen una fuerza vinculante cubriendo todo el espectro de actividad funcional y de servicio directo en los Administrativo.

Los deberes éticos, tales como el respeto, la dignidad, honradez, el decoro profesional-personal, la imparcialidad no tienen una fuente definida positiva de producción, encontrándose en algunos casos positivizados o implícitos en la Constitución Política, en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa; en leyes orgánicas y reglamentaciones como también en preceptos *ius* naturales que informan el derecho mismo y la actuación humana; deberes que en el ejercicio público suponen prueba de valentía personal y entereza profesional. Sin embargo, los deberes administrativos de los agentes públicos sí observan en cambio un profundo tratamiento reglado a nivel de leyes y reglamentos de modo genérico y específico.

Por otro lado, en nuestro medio, como ya lo comentamos en su oportunidad, se dio la Ley 27815⁵⁸, Ley del Código de Ética de la Función Pública, donde se establecen los *principios, deberes y prohibiciones éticos*, que son el conjunto de preceptos que sirven para generar la confianza y credibilidad de la comunidad en la función pública y en quienes lo ejercen; por consiguiente, todos los empleados públicos: funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública, están obligados a observar tales preceptos:

Los *principios* a los cuales está sometido el funcionario o servidor público, son: el respeto, la probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, lealtad y obediencia, justicia y equidad; y, lealtad al Estado de Derecho, este último principio es interesante, pues, comprende al funcionario de confianza, quien debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho, sancionándolo con la causal de *cese automático e inmediato de la función pública*, cuando ocupe dicho cargo en regímenes de *facto*. En cuanto a los *deberes*, a que están sujetos los mismos personajes son: neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado del cargo, uso adecuado de los bienes del Estado; y, responsabilidad, pero ésta es una responsabilidad ideal, muy pocas veces desarrollada. Sobre las *prohibiciones*, tenemos las siguientes: mantener intereses de conflicto, obtener ventajas indebidas, realizar actividades de proselitismo político, hacer mal uso de información privilegiada; y, presionar, amenazar y/o acosar.

⁵⁸ La Ley N° 28496 del 16 de abril del 2005, modifica la Ley 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública; y mediante Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, del 19 de abril del 2005 se aprueba su Reglamento.

TÍTULO VI

RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. LA RESPONSABILIDAD EN LA FUNCION PUBLICA

Se ha establecido que el Estado tiene una doble personalidad jurídica: persona jurídica de Derecho Público, con facultades de imperio y de coacción; y también, es persona jurídica pública, pero vinculada al Derecho Privado. Por otra parte, sabemos que el Estado cumple con sus funciones por intermedio de sus funcionarios o servidores públicos; principalmente con los primeros que tienen capacidad de decisión⁵⁹.

Asimismo, el Estado de Derecho consiste en el reconocimiento ineludible de deberes y de obligaciones por parte del Estado, hacia la colectividad a través de los funcionarios o servidores públicos, quienes en algunas ocasiones incurren en faltas o irregularidades, sea por actos u omisiones, descuido, ignorancia, mala fe, etc., causando con su accionar serios daños y perjuicios a particulares o a sus propios agentes, quienes naturalmente se sienten afectados y exigen una reparación o una indemnización por ese daño causado.

En ese sentido, y como ya lo hemos mencionado, son cuatro las clases de Responsabilidad⁶⁰ por las que pueden los funcionarios o

⁵⁹ PATRON FAURA, Pedro. *Op. Cit. NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO...*, p.24.

⁶⁰ El tratadista Pedro Patrón Faura ha hecho una clasificación de la Responsabilidad que podría parecer más simple pero que abarca a la gran mayoría de funcionarios del Estado, por lo menos a los más representativos. Para el la Responsabilidad se clasifica en:

- 1) Responsabilidad Constitucional: aplicable al Presidente de la República.
- 2) Responsabilidad Funcional y Política: aplicable a Congresistas y Ministros de Estado.
- 3) Responsabilidad Funcional y Administrativa: que se subdivide en:
 - a) Responsabilidad Judicial, y
 - b) Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos.

servidores públicos, ser llamados a responder en distintos niveles: a) Administrativa, b) Penal, c) Política, y d) Civil, siendo ésta última la que más nos ha interesado en el desarrollo del presente trabajo.

En tal sentido, de lo expuesto podemos establecer que existe una coordinación de Responsabilidades entre el funcionario público y el Estado, esto es, cuando un funcionario público comete un daño en el ejercicio de sus funciones, pueden surgir distintas responsabilidades, según los siguientes casos: 1) El caso de que un funcionario actúa en el regular cumplimiento de sus obligaciones legales; si ello causa un daño, sólo el Estado es responsable; 2) Cuando un funcionario actúa irregularmente, pero ya fuera del ejercicio objetivo de la función, al no ejercer la función, no actúa como órgano del Estado, y sólo el funcionario será responsable; y 3) En el caso, en que el funcionario actúa irregularmente y todavía dentro del ejercicio objetivo de la función estatal; ambos son responsables concurrentes, el primero por haber actuado irregularmente, y el segundo, porque un órgano suyo cometió un daño ejerciendo la función a él encomendada⁶¹.

2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA CIVIL O PATRIMONIAL

Como bien lo ha señalado el ilustre administrativista Juan Carlos Cassagne⁶² “*si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado, por su actuación en el ámbito del Derecho Público, pertenece al Derecho Administrativo*”. Siguiendo esta corriente, algunos estudiosos opinan que la exclusión del Derecho Civil en el tema de la Responsabilidad del Estado no

4) Responsabilidad Penal: Por la comisión de Delitos contra los Deberes de Función y Delitos contra la Administración Pública.

5) Responsabilidad Civil o extracontractual: En aplicación del Código Civil.

Al respecto puede verse: PATRON FAURA, Pedro. **DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** ... *Op. Cit.* pp. 173 - 175.

⁶¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. Cit.* p. 98.

⁶² Citado en: RUIZ T. Samuel S. **LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**. Disponible en Internet: www.veneabogados.com

debe ser absoluta; pero de otra parte la carencia de una regulación específica para la regulación de dicha responsabilidad en el ámbito del Derecho Público, ha contribuido a que no exista un claro deslinde entre las áreas que a cada una de estas ramas del Derecho, civil y administrativo, corresponde normar.

El principio de la Responsabilidad Patrimonial del Estado a través de la Administración Pública, comporta una afectación del Poder Público, de allí que a los organismos a los que incumbe su ejercicio se han sustraído en muchas oportunidades a su exhaustiva y efectiva ejecución. En ese sentido, la Responsabilidad Administrativa cumple una función dual, pues además de erigirse como una garantía consagrada a favor del particular para lograr el resarcimiento del perjuicio causado por el Estado, se muestra también, en especial en los supuestos de responsabilidad con falta, como un medio de control de la propia administración; es decir, como señala Martín Rebollo “es un instrumento de control del Poder”. La Responsabilidad juega así un rol formativo o “pedagógico” sobre la actuación de la administración desde que impone las directrices que deberán regir su comportamiento.

Otra corriente establece que la Responsabilidad Patrimonial en las diferentes legislaciones de los países contemplan las formas más comunes que pueden revestir la Responsabilidad de los funcionarios públicos y los procedimientos para darle vigencia; por ejemplo las normas sobre la contabilidad pública, han ido avanzando en el sentido de encontrar solución adecuada para ambos aspectos. La Responsabilidad contable o patrimonial se traduce en la obligación de rendir cuentas, impuesta por las leyes de orden financiero a los funcionarios que por su cargo deben administrar bienes del Estado; por otro lado, no olvidemos que nuestra Constitución en su artículo 41 obliga a determinados funcionarios y servidores públicos que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión del cargo, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. Sin embargo, ello

no quiere decir que cualquier otro funcionario o servidor también puede ocasionar daño a la Administración Pública, aunque no sea recaudador ni agente pagador, ni administre bien alguna dependencia del Estado. En estos casos, salvo que el agente público pudiera reparar el daño, la Administración debe seguir vía judicial, el resarcimiento, con riesgo de actuar tardíamente.

2.1 CARACTERÍSTICAS.- El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, tiene las siguientes características:

2.1.1. Es general, pues abarca a todos sus organismos y toda su actividad en ejercicio de la función pública, y ello lo tenemos contemplado en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444, cuando se establece el ámbito de aplicación de dicha ley, siendo las siguientes: 1) Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2) Poder Legislativo; 3) Poder Judicial; 4) Los Gobiernos Regionales; 5) Los Gobiernos Locales; 6) Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes les confiere autonomía; 7) Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de la ley que las refiera a otro régimen; y, 8) Las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Sin embargo, en forma inexplicable la nueva Ley del Empleo Público, Ley 28175, vigente, establece su ámbito de aplicación, considerando sólo como entidades de la Administración Pública a las enumeradas anteriormente, del punto 1) al 6); dejando de lado las mencionadas en los numerales 7) y 8); lo cual nos parece una omisión peligrosa, pues aquellos funcionarios o servidores públicos que

laboran en tales entidades reconocidas por la Ley 27444 podrían dejar de ser pasibles de sanción administrativa, llevándolos a otros campos donde la justicia tiene un largo periodo para pronunciarse.

2.1.2. Es un sistema de responsabilidad directa y objetiva, en el que la noción de culpa no resulta determinante basta que se verifique el daño por actividad lícita o ilícita imputable a la administración, para que nazca en el particular el derecho a ser indemnizado. Sin embargo, está sujeta a la verificación de dos elementos, a saber: a) El daño imputable a la administración entendido como toda disminución sufrida en el patrimonio de un sujeto de derecho como consecuencia de una actuación administrativa; y, 2) un nexo causal que permita vincular ese daño con la gestión administrativa.

2.1.3. Es un sistema mixto, que comprende la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio y la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular.

2.1.4. Es un sistema que tiene fundamento en el principio de la integridad patrimonial, conforme al cual el particular tiene derecho a no soportar sin indemnización el daño sufrido.

3. SUSTENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA LEY 27444

Según Richard Martín Tirado⁶³, uno de los temas más novedosos contemplados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, publicada el 11 de abril del 2001 y vigente a partir del 11 de octubre del mismo año, es el Título V que se divide en dos Capítulos: el primero

⁶³ MARTÍN TIRADO, Richard. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. Editorial Gaceta Jurídica, 5ta. Edición, Lima, 2002. p. 47.

relativo al régimen de la Responsabilidad de la Administración Pública, y el segundo aborda en concreto el régimen de Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración Pública.

Como se puede apreciar nos encontramos frente a las dos caras de una misma moneda, dado que no es posible evaluar el régimen de Responsabilidad de la Administración en forma desligada de los agentes que expresan la voluntad de aquella; en tal sentido, la importancia del tema materia del presente artículo, no sólo se encuentra en el esfuerzo sistematizador de los autores de la norma, sino que a partir de ella, se sientan las bases para el reconocimiento formal de un conjunto de categorías propias del Derecho Administrativo, que ciertamente no se agotan con la dación de dicha Ley.

Por otro lado, para Christian Guzmán⁶⁴, la Ley bajo comentario estipula con meridiana claridad la existencia de una Responsabilidad Patrimonial imputable a la Administración Pública, señalando que ésta procede como resultado del funcionamiento de la misma y en el caso que se generen lesiones en los intereses o derechos de los administrados. Contrariamente, Juan Morón⁶⁵ considera que la Responsabilidad que nos ocupa es la Responsabilidad patrimonial, civil o económica que directamente le corresponde asumir a la Administración Pública frente a los administrados determinados por causa de un ejercicio indebido del poder público que se le ha confiado.

Sin embargo, hay algo que deslucen todavía más las buenas intenciones de los legisladores, y es que el texto del artículo 238 de la Ley

⁶⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *COMENTARIO A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL 27444*, Segunda Parte, 1ra. Edición, ARA Editores, Lima, 2003. p. 289.

⁶⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. *COMENTARIOS NUEVA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL*. Editado por Gaceta Jurídica S.A., 1ra. Edición, Lima, 2001. p. 11.

bajo comentario, es muy similar con la Ley N° 30/1992 que trata sobre “El Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” de España, la cual en su artículo 139: *“establece los siguientes principios de responsabilidad: 1) Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; 2) En todo caso, el daño alegado deberá ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; 3) Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos; 4) La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial”.*

Posteriormente, esta misma Ley es complementada por la Nro.4/1999, que modifica el Art.41 de la Ley 30/1992, y que trata sobre la Indemnización: *“1) Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes pueden establecer para estos casos; 2) La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; 3) La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que*

se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el instituto nacional de estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria; 4) La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

4. ANALISIS DEL ARTÍCULO 238 DE LA LEY 27444: DISPOSICIONES GENERALES

4.1. ANÁLISIS DEL NUMERAL 238.1 DE LA LEY 27444: “*Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración”.*

Entendemos por *los administrados*, a toda persona física o jurídica, pública o privada, concurrentes dentro de un procedimiento administrativo en ejercicio de un interés legítimo o un derecho propio que se relaciona con la administración con la finalidad de ser destinatarias de la decisión de la voluntad final del procedimiento, y a cuyo favor o cargo, por lo general, se ejecuta el acto administrativo. En similares términos lo sintetiza García Trevijano indicando que el concepto de “administrado” involucra a todo sujeto de derecho que se encuentre en relación de subordinación respecto de la Administración Pública. En ese sentido, también están involucrados los propios funcionarios o servidores públicos de una misma entidad a la cual le pueden reclamar un derecho indemnizatorio.

Cuando se habla de *entidades*, claramente la propia ley nos remite al Artículo I del Título Preliminar, donde nos hace una extensa relación de

todas las *entidades* de la Administración Pública en las cuales va a ser posible la aplicación de la reclamación de derechos.

En cuanto, a que *el administrado sufra una lesión resarcible en sus bienes o derechos*, desde el punto de vista administrativo se entiende por daño toda lesión que sufren los particulares, y la clave para identificar la activación de éste mecanismo se aprecia en que no basta la existencia del daño o perjuicio en el administrado, y que éste pueda ser contrario a derecho, sino que sea además, antijurídico para el particular. Los términos empleados de “*bienes o derechos*”, el primero se refiere a todos los bienes muebles o inmuebles que tienen una medida de valor y que pueden ser objeto de protección jurídica; sobre el segundo término, pueden ubicarse aquellos perjuicios físicos, mentales, daños morales a la personalidad, de modo que incluya todas las consecuencias directas producidas por el funcionamiento de las actividades en el ámbito de la personalidad afectada.

Que, exista una relación causal entre el *funcionamiento de la administración* y no sea consecuencia de *fuerza mayor*, la actuación de la administración es la causa suficiente, directa e idónea para que se haya producido la lesión, aún cuando pudiera mediar culpa del administrado o alguna participación colateral de terceros. Cualquier incumplimiento a ésta regla, implicaría que la administración no esté respondiendo por sus actos propios, sino por actos de terceros o de fuerza mayor, como si se tuviera que coberturar todos los riesgos en las relaciones de derecho público, lo cual distorsionaría el propósito de ésta norma. La fuerza mayor exime a la administración de cualquier responsabilidad, ya que se tratarían de lesiones consistentes en eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles (artículo 1315 del Código Civil) de origen externo tanto al administrado como a la propia administración.

4.2. ANÁLISIS DEL NUMERAL 238.2 DE LA LEY 27444: “*La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o*

por resolución judicial no presume necesariamente derecho a la indemnización”.

La premisa sobre la cual se parte en este precepto normativo, se encuentra vinculada a la posibilidad de que la declaratoria de nulidad en sí misma, conlleva la pérdida de un derecho o status pre-existente que operaba a favor del administrado. Sin embargo, resulta peligrosa la fórmula final que se contempla en el citado artículo, al indicarse que dicha declaratoria “no presume necesariamente el derecho a la indemnización”.

En el concepto de Richard Martín, si la declaratoria de nulidad ha sido efectuada dentro del marco de las potestades otorgadas a la administración para hacerlo, ello no debe implicar el pago de indemnización alguna a favor del administrado, por cuanto, la declaratoria implicaría el ejercicio de una potestad inherente a la administración; en el supuesto de que dicha declaratoria haya operado en exceso de las atribuciones otorgadas para la procedencia de la misma, dicho exceso no debe ser imputado a la administración sino a la persona o autoridad que efectuó el acto que sustenta la indicada declaratoria de nulidad.

En el fondo, la norma contempla una excepción de irresponsabilidad personal para el funcionario que efectuó la declaratoria de nulidad, transfiriendo un problema propio de un agente de la Administración, en una figura de responsabilidad de la Administración.

4.3. ANÁLISIS DEL NUMERAL 238.3 DE LA LEY 27444: “*El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos”.*

Tal como se puede apreciar del numeral antes indicado, la noción de daño administrativo que utiliza la Ley, si bien se nutre de categorías de orden civil, adopta un criterio restrictivo y objetivo en función de las

obligaciones que pudieran derivarse en contra de la administración. No se indica o exige en la Ley, la existencia de una relación causal entre el administrado y la entidad responsable, pero se infiere que en la pretensión a invocar por el administrado deberá acreditarse dicha circunstancia.

En tal sentido, para la viabilidad de la pretensión de ésta Responsabilidad es necesario probar que el daño sea real, efectivo y patrimonialmente apreciable; pueden ser reales, consumadas e incluso de futuro acaecimiento, siempre que sean de producción indudable y necesaria. No procede contra perjuicios probables, contingentes, ocasionales o aleatorios.

4.4. ANÁLISIS DEL NUMERAL 238.4 DE LA LEY 27444: *“Sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.*

En esta parte, se regula la posibilidad de exceptuar a la administración del pago del derecho indemnizatorio, en aquellos supuestos en los que la propia actividad de la administración contemple la afectación o la posibilidad de causar un daño en contra del administrado. Por la propia naturaleza de las actividades a cargo de la administración, es evidente que éstas se traduzcan en la afectación de los interesados; por ejemplo, el inicio de procedimientos de ejecución coactiva y la consiguiente aplicación de sanciones derivadas de aquel procedimiento, llevan implícita la posibilidad de causar daños en la esfera de los administrados y son típicas figuras en las que se expresa el ejercicio de potestades de autotutela administrativa por parte de la administración que necesariamente afectan derechos o intereses concretos de los administrados. En este orden de ideas, es evidente, que nos encontramos frente a daños tolerables por el ordenamiento jurídico nacional y que por consiguiente, no generan la obligación de indemnizar por parte de la administración.

4.5. ANÁLISIS DEL NUMERAL 238.5 DE LA LEY 27444: “*La cuantía de la indemnización incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo*”.

Como lo mencionáramos anteriormente, *la indemnización* importa una reparación pecuniaria “*quantum*” o material por un daño o perjuicio. En este caso, nuestra norma bajo comentario se ha inclinado por la primera forma, esto es, el pago en dinero, se entiende, que será el equivalente a lo perdido o *sufrido*; en este último caso, resultará extremadamente difícil establecer un monto adecuado, pues no existe una tabla de valores para determinar el daño moral, por ejemplo. Con lo cual, al parecer se habría descartado el resarcimiento en forma específica o *in natura*, que viene a ser la reparación de la cosa dañada o la entrega de una cosa similar cuando la reparación sea imposible.

Con sano criterio el legislador ha establecido, además el pago de *intereses legales*, los cuales sabemos que son los más bajos del mercado, pero al menos es algo, señalando que éstos serán efectivos *al día en que el perjuicio se produjo*, con el objeto de no perjudicar al administrado; ya que como sabemos un proceso de indemnización puede durar años en nuestro medio judicial. En ese sentido, la indemnización buscará una satisfacción del interés lesionado; pero por equivalencia; por ello, es bueno tener en cuenta que el haber sufrido un daño no debe constituir una causa de enriquecimiento; por ello entendemos que se establezca en forma tajante el interés legal a aplicar, en determinado caso.

De esta forma la norma administrativa es concordante con el último párrafo del artículo 1985 del Código Civil que se refiere al “*monto*” de indemnización, lo que pareciera abonar la tesis de que ésta es siempre en dinero. Sin embargo, podría decirse también que esa última parte de la regla es aplicable sólo cuando la indemnización es en dinero; pero, ello no es óbice para que también pueda establecerse la indemnización en especie

a través de una transacción, pues no lo prohíbe, y se refuerza esta posibilidad cuando en la última parte del siguiente numeral en comentario se establece que “...*la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución*”; lo cual obviamente, puede hacerlo también con el administrado perjudicado.

4.6. ANÁLISIS DEL NUMERAL 238.6 DE LA LEY 27444: “*Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente (en contra) de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución*”. Lo subrayado y entre paréntesis, es nuestro.

Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente (en contra) de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución”. El subrayado es nuestro. Hemos visto la necesidad de insertar las palabras “en contra” por razones didácticas pues no existe una conexión lógica en la oración y, por ende, en todo el contexto del numeral que pasaremos a exponer.

En este numeral, se establece un conjunto de supuestos de difícil aplicación en nuestro medio, la posibilidad de que la administración pueda repetir judicialmente en contra de su propio personal, o en el mejor de los casos llegar a un acuerdo sobre el reembolso de lo indemnizado, es de poca credibilidad, pues se prestaría, sobre todo ésta última parte a tomar un

acuerdo leonino o por el contrario, favorable a la persona-órgano, en perjuicio de la administración.

Por ello es importante destacar, la necesidad de que la repetición o reclamo de la indemnización, podría operar por decisión judicial, pues en caso contrario, la administración se convertiría en juez y parte al momento de determinar el nivel de responsabilidad de las autoridades y personal que eventualmente podrían encontrarse comprometidos a la devolución de aquello pagado por la administración. Ciertamente, deberá tratarse de un mandato judicial firme y definitivo en el que las personas-órgano comprometidas sean obligadas al pago de una suma indemnizatoria en vía de repetición y equitativa al daño causado.

5. PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR UNA INDEMNIZACIÓN EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Un tema importante para el administrado, es dilucidar por qué vía podrá reclamar sus derechos lesionados por alguna entidad de la Administración Pública; esto es, por vía Administrativa, agotando las instancias y los medios impugnatorios que nos franquea la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, es decir: reconsideración, apelación, revisión; y, en caso de obtener respuesta negativa, como es usual, irnos por el Proceso Contencioso-administrativo o formular directamente la demanda civil correspondiente ante el Poder Judicial.

Al respecto, Richard Martín Tirado⁶⁶ ha dicho que es importante destacar en el análisis de la norma en cuestión, vale decir el artículo 238 de la Ley 27444, lo relativo a la vía que será competente en materia de otorgamiento del derecho indemnizatorio. Ciertamente, del enunciado, induce dar la impresión que el citado derecho podría ser otorgado en sede administrativa. Sin embargo, debe descartarse dicha posibilidad por cuanto

⁶⁶ MARTÍN TIRADO, Richard. *Op. Cit.* p. 32.

el otorgamiento de un beneficio indemnizatorio, sólo es posible de ser otorgado en sede judicial. No será excesivo citar, al respecto, que en el numeral 238.2 de la Ley, se aclara que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, ya sea en sede administrativa o en sede judicial, no implica necesariamente el derecho a ser indemnizado.

Según Juan Morón Urbina⁶⁷, la acción de resarcimiento contra la Administración Pública se presenta en vía judicial, siguiendo las reglas de competencia ordinaria del Código Procesal ordinario; la demanda se entenderá con la entidad responsable de la actividad administrativa productora del daño indemnizable. Estamos frente a la doctrina según la cual el daño causado a un particular se imputa directamente al ente de cuya organización forma parte el funcionario causante del mismo, puesto que la actividad del funcionario es actividad propia del ente y, por consiguiente, deben de ser atribuidos a éste todas las consecuencias de la actividad. De igual forma considera que la acción de repetición necesariamente debe ser por vía judicial.

Para José Bartra⁶⁸, es uniforme la opinión doctrinaria sosteniendo que la responsabilidad del Estado *latu sensu* es del Estado, sin prescindencia del elemento dañoso, del daño causado. Representa la posibilidad de obtener la reparación de los daños causados por la administración, por constituirse en una pieza esencial del Estado de Derecho. Deberá reunir tres elementos esenciales: daño propiamente dicho, imputabilidad de ese daño al Estado y que se produzca por un hecho o acto lícito e ilícito, que son acogidos aproximadamente en el artículo 238 numerales 1), 3) y 4) de la Ley 27444, con el derecho consagrado a favor de la administración de repetir judicialmente la indemnización efectuada; y para evitar confusiones debe establecerse con toda precisión a que organismo corresponde el

⁶⁷ MORON URBINA, Juan Carlos. *Op. Cit.* p. 56.

⁶⁸ BARTRA CAVERO, José. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**. Editorial Huallaga, 7ma. Edición, Abril 2005, Lima. p. 16

otorgamiento de la indemnización. En su concepto, se planteará y obtendrá en la vía judicial, por estimar que beneficios de esa naturaleza no se dilucidan en sede administrativa.

A mayor abundamiento de lo que hemos expuesto, la Ley 27584, regula el Proceso Contencioso Administrativo, en su artículo 26, establece que: “*La pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil*”; pudiendo hacerse ello a través del proceso sumarísimo⁶⁹; y el artículo 25 establecía otro procedimiento abreviado, más largo y perjudicial para el administrado. Sin embargo, este defecto ha tratado de ser corregido recientemente con la dación de la Ley 28531, del 26 de mayo del 2005, que en lugar del proceso abreviado, modifica el artículo 25 de la Ley 27584 y crea uno nuevo denominándolo “Procedimiento Especial”, donde se tramitarán las pretensiones no previstas en el artículo 24, a saber: 1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos; y, 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.

En relación al artículo 26 de la Ley que estamos comentando, Dante Cervantes⁷⁰ ha manifestado que dicho artículo viola el principio de economía procesal al señalar que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal y no como accesorio, por lo que no se podrá dar en estos casos la acumulación originaria objetiva, ya que la pretensión indemnizatoria tendrá la vía procedimental que el Código

⁶⁹ *Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo*

Artículo 24.- Proceso sumarísimo

Se tramitan como proceso sumarísimo, conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil, las siguientes pretensiones:

1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.

2. Se ordene a la administración la realización de una determinada actuación a que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

En este proceso el dictamen fiscal se emitirá en el plazo de cinco días de remitido el expediente. Emitido el dictamen, se expedirá sentencia en el plazo de cinco días.

⁷⁰ CERVANTES ANAYA, Dante. *COMENTARIOS A LA LEY 27444*, Editorial UNSA, Arequipa, 2002. p. 24.

Procesal Civil determine, detalle que no es minúsculo y que parecería que ha habido una direccionalidad en la intención del legislador de proteger subalternamente los intereses del estado ideando sutiles trabas que tamizará el cometido de la justicia.

Es de ver, entonces, que el panorama ha cambiado sutil pero significativamente, por lo que corresponde preguntar el motivo por el cual el legislador no incluyó en el nuevo “Procedimiento Especial” a todas las pretensiones indicadas en el artículo 5 de la Ley 27584 y siguió manteniendo esa separación absurda que, mas bien, parecería motivada por cuestiones políticas. Si quedó claro que dichas cuestiones correspondían a un procedimiento especial pues se debió incluir dentro de su ámbito a todas las pretensiones. Esta situación se agrava al considerar que si seguimos los plazos que la Ley establece para dicho procedimiento especial (podemos ver el Flujograma del Anexo 1 de este trabajo) el tiempo que nos llevaría obtener resultados sobre esta acción tomaría, en el mejor de los casos y con mucha suerte, tres meses de proceso sin contar el resultado de la apelación, hablando teóricamente; lo que en la práctica judicial, claro esta, representaría, algunos años.

En fin, por otro lado y sin perjuicio de lo antes mencionado, debemos tener en cuenta que el Proceso de Conocimiento también estaría abierto para el reclamo de indemnizaciones, según la cuantía.

Todo ello nos invita a reflexionar, entonces, sobre el sentido que tenía introducir el artículo 238 en una norma administrativa como la Ley 27444, es decir si es que esto iba a ser capaz de resolver en sede administrativa este tipo de indemnizaciones. Al respecto consideramos que la intención del legislador administrativista pudo ser buena pero es obvio que la carga del Estado para cubrir el enorme forado que tiene pendiente, en cuanto al pago de indemnizaciones, lo obligó a eludir y postergar la vigencia de la Ley del Contencioso Administrativo varias veces, como lo hemos explicado

anteriormente, y a emitir diversos Decretos de Urgencia donde el propio Estado revelaba sus intenciones diciendo por ejemplo que: *“...es imprescindible cautelar los depósitos en las cuentas del Estado existentes en el sistema financiero nacional para que no estén expuestos a medidas de embargo judicial...”* (Decreto de Urgencia N° 019-2001, vigente)*; *“...Que, es preciso establecer un procedimiento para realizar el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial, debiendo contemplarse en el mismo que el impacto de cumplimiento de dicha obligación no genere grave perjuicio a la Hacienda Pública. Que, la situación de necesidad de pago, puede generar el colapso de la economía nacional, al verse el Estado obligado al cumplimiento de obligaciones que no puede asumir en forma inmediata, por lo que se encuentra en una situación extraordinaria e imprevisible que pone en riesgo la economía del país y las finanzas públicas...”* (Decreto de Urgencia N° 055-2001, vigente); *“...el Estado no ha cuantificado las deudas que pudiera mantener por procesos judiciales, pendientes o concluidos, a favor de los particulares y que las mismas no han sido incluidas dentro del presupuesto...Que, el procedimiento de pago por parte del Estado contemplado en la Ley 27584, resulta sumamente breve y su inminente entrada en vigencia no permite al estado tomar las previsiones del caso a fin de garantizar el cumplimiento del pago ordenado por las sentencias judiciales, sin desatender o poner en riesgo las obligaciones y objetivos programados por el Estado...”* (Decreto de Urgencia N° 136-2001, derogado séptimo y octavo considerandos). De igual forma, se demuestra ello con el hecho de nombrar una Comisión que pudiera determinar los bienes del Estado que pueden ser materia de embargo a través de la Ley 26756, que fue derogada.

Como las argucias del gobierno no daban resultados para proteger los bienes del Estado, por la intervención del Tribunal Constitucional; un mes antes de que entrara en vigencia la Ley 27584, se tuvo que dar otra norma: la Ley 27684, del 15 de marzo del 2002, que modifica a la anterior en su artículo 42 y siguientes, y lo cambia por un nuevo pseudo procedimiento bajo

el nombre de “Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero” dentro del Proceso Contencioso Administrativo, esto en aras de seguir protegiendo la inminente responsabilidad del Estado en honrar el pago de sus deudas a favor de los damnificados. Lo cual nos lleva a concretar la idea anterior, en el sentido, de que en un principio era factible hacer las reclamaciones indemnizatorias en sede administrativa; pero, sin darse cuenta los legisladores proteccionistas del Estado, y sin prohibirlo, encaminaron dichas reclamaciones hacia el fuero judicial, donde es mas lato, tedioso, costoso y hasta decepcionante seguir un juicio de esta naturaleza, para que al final se obtenga una sentencia que en forma por demás mayoritaria –por errores procedimentales- se declaran: Infundadas o Improcedentes, dejando en el limbo las supuestas aspiraciones “justas” de los administrados o litigantes.

Pese a todo lo expuesto anteriormente, consideramos que al no existir una norma expresa que prohíba solicitar el derecho indemnizatorio en sede administrativa, el administrado lo puede hacer, con el objeto de abreviar tiempo y dinero; en caso obtenga una respuesta negativa, no tendrá más remedio que someterse al procedimiento judicial establecido; sin dejar de vencer los plazos prescriptorios o de caducidad que estarían jugando en su contra.

6. RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A lo largo de lo tratado en el presente trabajo hemos expuesto sobre la Responsabilidad a que están sujetas todas las personas que laboran para alguna entidad del Estado; por ello, y para cerrar nuestro comentario a algunos aspectos de la Ley 27444, tocaremos someramente el tema relacionado con la Responsabilidad de autoridades y personal que, mas bien, está al servicio de la Administración Pública.

Como ha señalado Juan Morón al comentar la forma como fue

incluido este punto, por parte de la Comisión encargada de estudiar el anteproyecto de la Ley 27444⁷¹, que siguiendo las pautas de la legislación comparada y la doctrina administrativa dicha Comisión acordó incluir este tema que nos ocupa, por dos razones fundamentales: 1) El reconocimiento de que la responsabilidad de la autoridad administrativa es la cláusula de garantía de su real cumplimiento, para inducir a la efectividad de la ley de manera compulsiva. Sabido es que la consecuencia jurídica sancionadora en el ámbito administrativo es la más importante, en la medida que implica un forzamiento hacia el cumplimiento. No bastaba que a lo largo de la norma se hayan establecido cláusulas de control social sobre la administración y comparativos de actuación, si ello no pudiera trasuntarse en exigencias de responsabilidades concretas. 2) Una forma de llamar la atención sobre las excesivas distorsiones existentes en el ámbito de la responsabilidad pública, desmembrada por regímenes laborales, tipos de contratos, carreras independientes, mecanismos de control insuficientes, etc., podía servir de punto de inicio de reflexión el tema en cuestión.

De otro lado, Dante Cervantes comenta que las disposiciones contenidas en el artículo 239 de la Ley 27444, tienen relación directa con las establecidas en el artículo 28 del Decreto Legislativo 276, así como las del Decreto Legislativo 728 y el artículo 39 de la Constitución Política del Estado. En realidad la administración pública peruana incurre con cotidiana regularidad en diversos excesos y arbitrariedades no solamente por ignorancia sino muchas veces por subjetivismos de orden político que le quitan toda seriedad y rigor técnico a la función pública, y lo que es peor aún todo ello de forma impune ya que a nadie se le ocurre hacer una investigación o búsqueda de los responsables de haber incurrido en excesos o distorsiones e imponer las respectivas medidas correctivas. De manera que si aspiramos a tener una Administración Pública eficiente, eficaz y competitiva era necesario que sin ambages se emitiera la regulación jurídica expresa de la responsabilidad económica y administrativa, ya que es

⁷¹ MORON URBINA, Juan Carlos. *Op. Cit.* p. 107.

obligación de todos los servidores y funcionarios públicos el conocer las funciones inherentes a sus cargos, entendiéndose el argumento de desconocimiento como un agravante más que un atenuante.



TÍTULO VII

ANÁLISIS DE CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

1. COMPORTAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN AREQUIPA

En nuestro trabajo hemos considerado que, teóricamente hablando, la Responsabilidad de la Administración Pública se extiende a niveles que muy bien pueden abarcar un amplio margen de la conducta de los ciudadanos. Justamente por lo mismo, en la práctica sabemos que los administrados están sufriendo una ingente cantidad de lesiones a sus derechos e intereses que los están volcando a las instancias administrativas y judiciales a efecto de intentar su resarcimiento. Por ello nos ha interesado saber cuales son las instituciones pertenecientes al vasto complejo de la Administración Pública que son más quejadas y/o demandadas ante la Defensoría del Pueblo de Arequipa y la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Esto lo hemos logrado a través de la remisión de información oficial (estadística en bruto) de parte de estas instituciones que nosotros hemos tabulado para obtener los siguientes resultados:

1.1. ENTIDADES PÚBLICAS MÁS QUEJADAS ANTE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE AREQUIPA.- La información solicitada ante la Defensoría del Pueblo de Arequipa, respecto de cuáles han sido las instituciones que pertenecen a la Administración Pública y que han sido más quejadas desde la vigencia de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vale decir desde el 11 de octubre del 2001 hasta la fecha límite de nuestro tiempo de investigación que es el 11 de octubre del 2007; esto es, seis años, han dado los siguientes resultados:

**TABLA 1 - ESTADÍSTICA POR TIPO DE EXPEDIENTE INGRESADO
A LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO – AREQUIPA
(Periodo del 11/10/2001 al 11/10/2007)**

TIPO de EXPEDIENTE	CANTIDAD	PORCENTAJE
CONSULTA	8502	40.4 %
PETITORIO	7992	38.0 %
QUEJA	4536	21.6 %
TOTAL GENERAL	21030	100 %

Aquí apreciamos que en el periodo comprendido entre el 11 de octubre del 2001 hasta el 11 de octubre del 2007, exactamente seis años, se han presentado un total de 21030 expedientes ante la Defensoría del Pueblo de Arequipa. Es de recordar que la Defensoría llama expediente a todo caso ingresado a su institución y que se dividen, de acuerdo al total que tenemos en el periodo indicado, en 8502 consultas generales, 7992 petitorios diversos, y 4536 quejas en contra de diferentes instituciones. El mayor porcentaje corresponde al de las consultas en un orden del 40.4 % aunque, ciertamente, la diferencia no es significativa en relación a los petitorios que posee un 38.0 %. Las quejas tienen un porcentaje mucho menor, (21.6 %, no tanto porque no exista motivo para ellas entre los ciudadanos, sino, quizás, porque no existe una cultura cívica de reclamo ante los derechos conculcados.

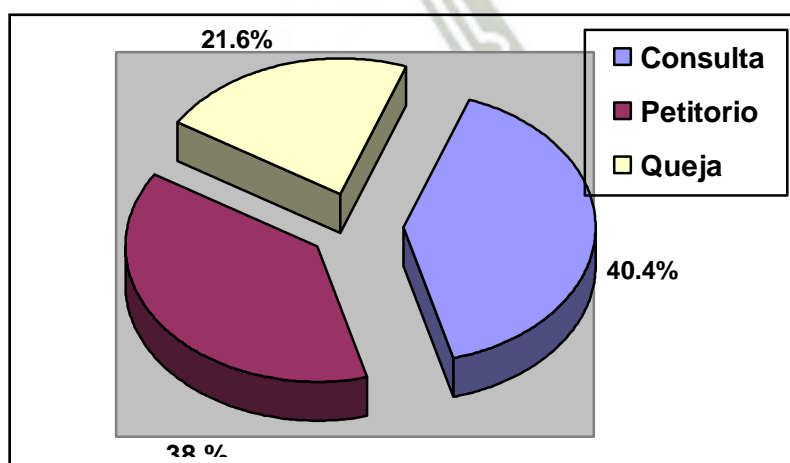


TABLA 2 - ESTADÍSTICA POR TIPO DE EXPEDIENTE Y SU ESTADO ACTUAL INGRESADO A LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO - AREQUIPA (Periodo del 11/10/2001 al 11/10/2007)

TIPO de EXPEDIENTE	CONCLUIDO	TRAMITE	TOTAL
CONSULTA	8502	0	8502
PETITORIO	7448	544	7992
QUEJA	3992	544	4536
TOTAL GENERAL	19942	1088	21030

En esta tabla apreciamos como se encuentra, a la fecha final del período indicado, el estado vigente de los diversos expedientes presentados por los administrados. Así tenemos, como resultados, que las 8502 consultas han sido atendidas; sin embargo de los 7448 petitorios actualmente se encuentran en trámite 544 y que de las 3992 quejas presentadas aun se encuentran en trámite 544 de ellas. Con dichos datos sabemos que el hecho de que estos expedientes estén en trámite implica que aún no están resueltos lo cual sugiere una responsabilidad de la propia Defensoría ya que hay un considerable tiempo transcurrido y, por lo mismo, debe existir una urgencia de los administrados en que su caso se resuelva.

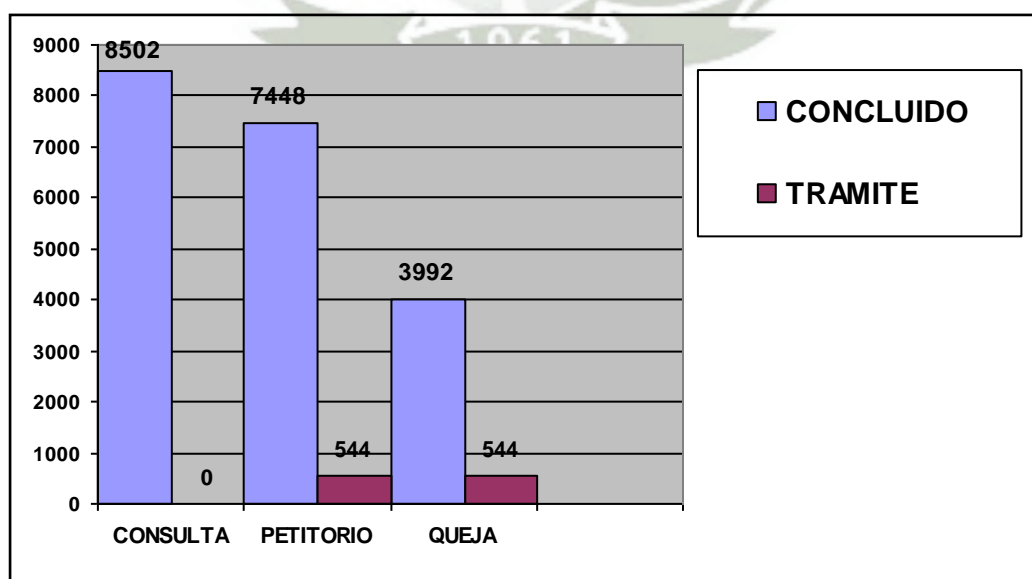
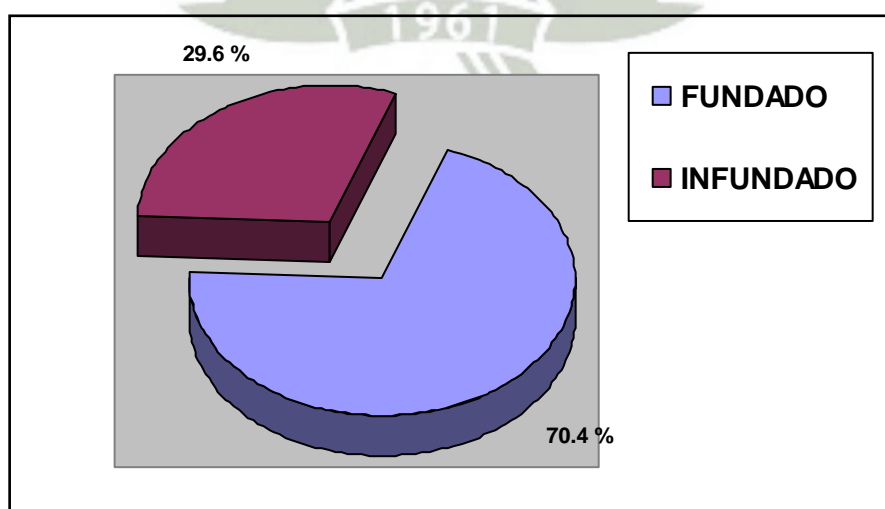


TABLA 3 - ESTADÍSTICA POR FORMA DE CONCLUSION
(Periodo del 11/10/2001 al 11/10/2007)

FORMA DE CONCLUSIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
FUNDADO	1968	70.4 %
INFUNDADO	828	29.6 %
TOTAL GENERAL	2796	100 %

La Defensoría del Pueblo ofrece también los siguientes datos que se refieren a la forma específica como concluyen los casos admitidos ante su institución. De la forma de conclusión que advertimos en esta tabla de un total de 2796 casos admitidos por la Defensoría del Pueblo, han sido declarados fundados 1968 y han sido declaradas infundadas 828. Podría decirse que es un resultado satisfactorio para los ciudadanos que reclaman ante la Defensoría y pésimo para la Administración Pública ya que la Defensoría concluye, en un 70.4% de los casos admitidos, que el administrado tuvo la razón y falla a su favor invocando a las instituciones agraviantes la cesación del hecho perturbatorio, lo cual muy bien puede constituir otra historia ya que, como se sabe, hay dificultad en que las instituciones del propio Estado obedezcan las disposiciones emanadas de la Defensoría.

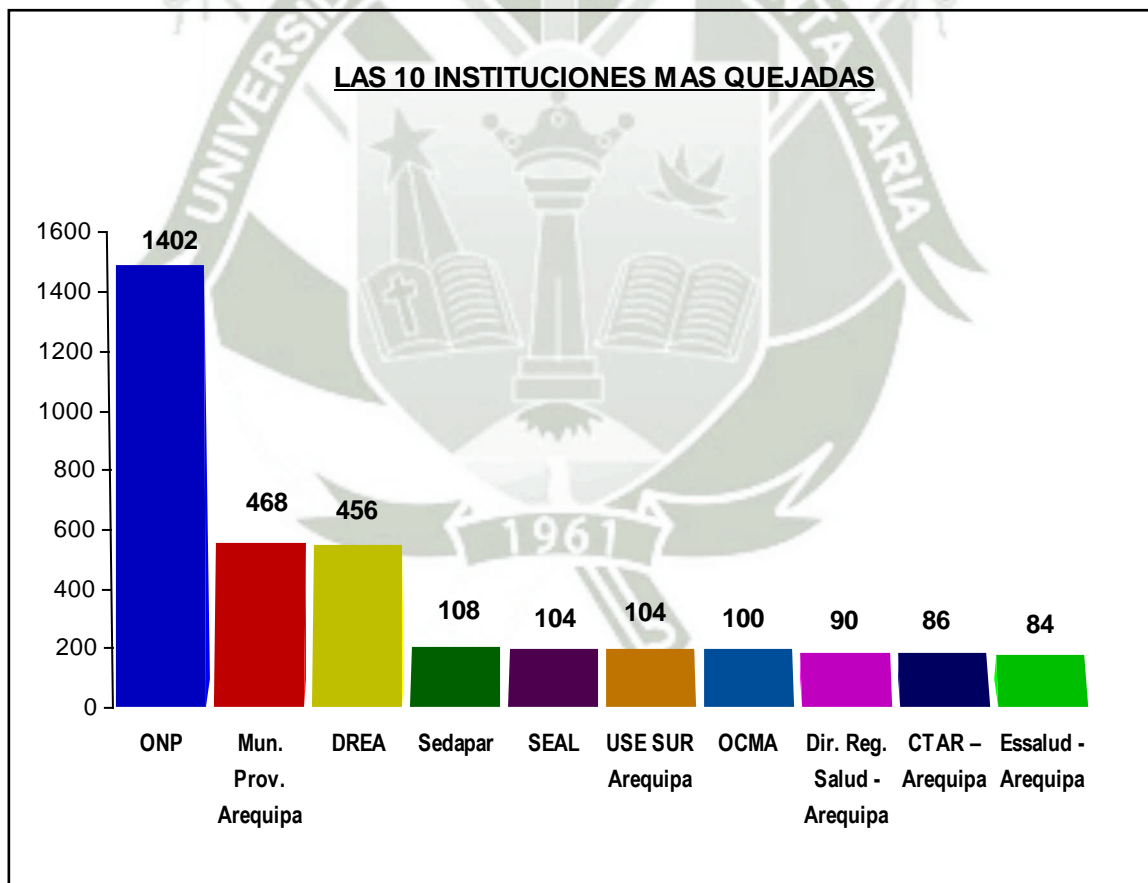


**TABLA 4 - LAS INSTITUCIONES MAS QUEJADAS, SEGÚN LA
ESTADISTICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO – AREQUIPA,
(Periodo del 11/10/2001 al 11/10/2007)**

Numero de Orden	INSTITUCIONES MAS QUEJADAS	Cantidad
1.	ONP – Oficina de Normalización Provisional	1402
2.	Municipalidad Provincial de Arequipa	468
3.	Dirección Regional de Educación de Arequipa	456
4.	SEDAPAR	108
5.	SEAL	104
6.	Unidad de Servicios Educativos del Sur de Arequipa	104
7.	OCMA – Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial	100
8.	Dirección Regional de Salud de Arequipa	90
9.	Gobierno Regional de Arequipa	86
10.	ESSALUD Metropolitano Arequipa	84
11.	Ministerio de Educación	82
12.	Dirección Regional de Agricultura de Arequipa	68
13.	Ministerio Público	66
14.	Municipalidad de Mariano Melgar	62
15.	Unidad de Servicios Educativos del Norte de Arequipa	60
16.	Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa	58
17.	Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero	56
18.	COFOPRI – Comisión de Formalización de la Propiedad Informal	54
19.	Municipalidad de Alto Selva Alegre	52
20.	Gobernatura de Arequipa	48
	TOTAL PARCIAL	3608

Con esta tabla de las instituciones más quejadas ante la Defensoría del Pueblo de Arequipa nos encontramos con una realidad apremiante que reúne a diferentes tipos de instituciones con el denominador común de

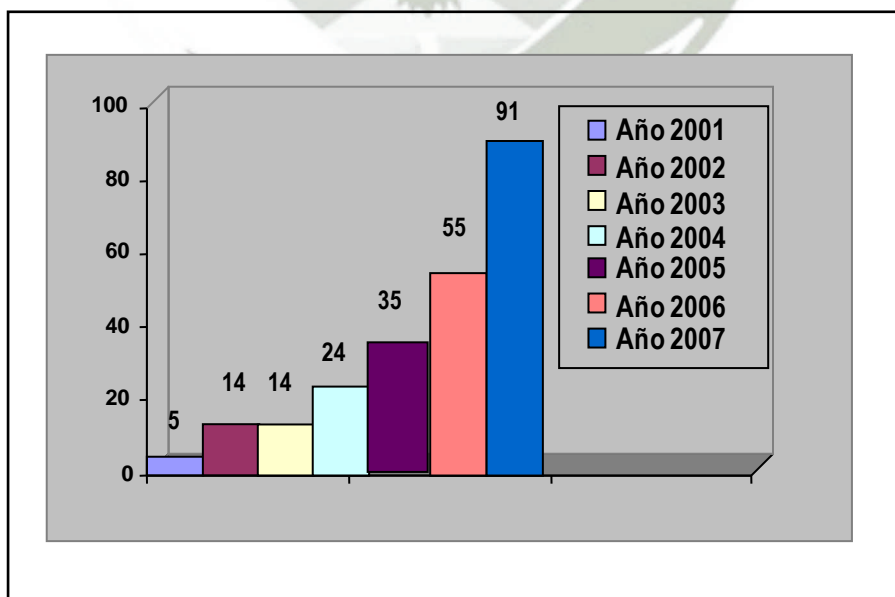
constituir una “lista negra” en donde, de lejos, la eficiencia no debe ser su mayor virtud. En primer lugar se encuentra la Oficina de Normalización Previsional con un total de 1402 quejas, en el período indicado y, como hemos señalado, solo en el ámbito de la provincia de Arequipa. En segundo lugar se encuentra la Municipalidad Provincial de Arequipa con 468 quejas presentadas y la Direccional Regional de Educación de Arequipa con 456 quejas, en el tercer lugar. Le siguen los servicios básicos, como SEDAPAR y SEAL con 108 y 104 quejas presentadas en su contra, respectivamente. Como vemos, los resultados obtenidos nos demuestran que existe un gran descontento en contra de la labor o servicios que prestan las Instituciones públicas quejadas administrativamente por citar solamente aquellas incluidas en el periodo materia de análisis.



1.2.- ENTIDADES PÚBLICAS MÁS DEMANDADAS ANTE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. De la misma forma que en el caso anterior hemos obtenido la información oficial en resultados brutos proveniente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en igual período que va desde el 11 de octubre del 2001 hasta el 11 de octubre del 2007. En este período de tiempo tenemos los siguientes resultados:

TABLA 5 - EXPEDIENTES de INDEMNIZACION INGRESADOS A LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, (Periodo de Octubre del 2001 a Octubre del 2007)

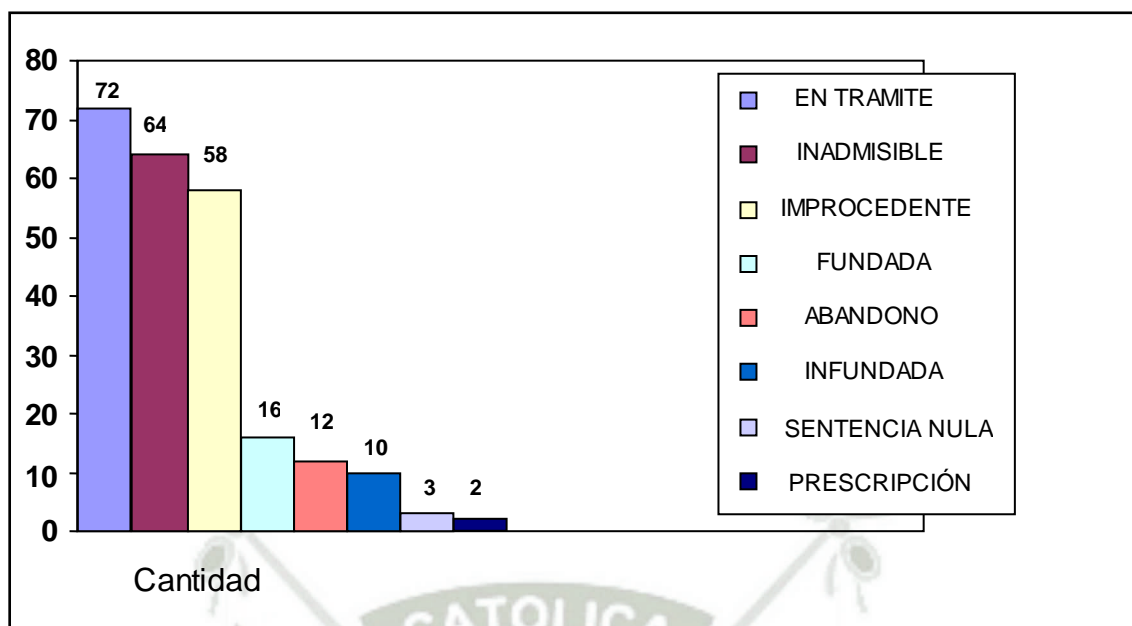
AÑO	CANTIDAD
Año 2001	5
Año 2002	14
Año 2003	14
Año 2004	23
Año 2005	35
Año 2006	55
Año 2007	91
TOTAL	237



Tenemos, en base a los resultados indicados en la tabla anterior y su respectivo gráfico, que aproximadamente son 237 las demandas de indemnización que se han seguido en contra de diferentes Instituciones Públicas. Lo que resulta evidente también es que, año a año, estas demandas han ido aumentando progresivamente, muy bien puede ser como resultado de la Ley 27444 que hemos venido comentando como de la difusión de una llamada “cultura del reclamo” que impele a los ciudadanos a hacer uso de la ley para buscar justicia, sin embargo es posible que estos resultados indiquen también que la deficiencia de la Administración Pública va en aumento de una manera igualmente progresiva. Aún así, en nuestra opinión, la cantidad de demandas ingresadas a la Corte Superior de Justicia de Arequipa en contra de estas instituciones nos parece aun muy mínima en comparación con la realidad demostrada y con el clamor de la población que, cotidianamente, es afectada por la actuación de las instituciones del Estado.

TABLA 6 – ESTADO ACTUAL de los EXPEDIENTES de INDEMNIZACION INGRESADOS A LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, (Periodo de Octubre del 2001 a Octubre del 2007)

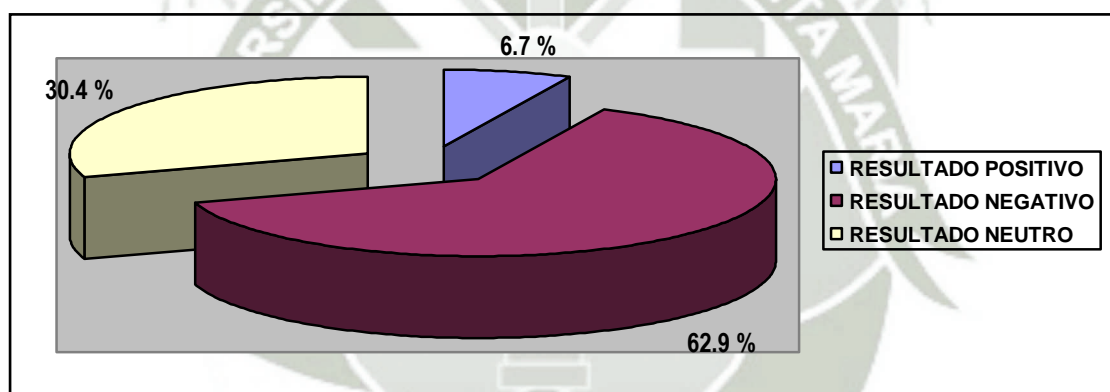
ESTADO DEL PROCESO	Cantidad
EN TRÁMITE	72
INADMISIBLE	64
IMPROCEDENTE	58
FUNDADA	16
ABANDONO	12
INFUNDADA	10
SENTENCIA NULA	3
PRESCRIPCIÓN	2
TOTAL	237



Los resultados que arroja este cuadro, y su gráfico respectivo, son más dramáticos aún en términos de lo que se esperaba que la Ley 27444 brinde a los administrados que invocan justicia. De las 237 demandas presentadas, 72 de ellas se encuentran en trámite; 64 de ellas han sido declaradas inadmisibles y como, de hecho, no fueron subsanadas, las rechazaron; 58 demandas han sido declaradas Improcedentes; sólo 16 han sido declaradas fundadas; 12 demandas en abandono; infundadas 10; en 3 casos la sentencia ha sido declarada nula para que el juzgado de origen se vuelva a pronunciar; y, por aplicación de los plazos prescriptivos 2 demandas han sido declaradas prescritas. En estos resultados queremos destacar que, de las 237 demandas, solo 16 han sido declaradas fundadas, lo cual puede demostrar que, como lo dijimos en el curso de la investigación, es posible que el Poder Judicial al pertenecer al propio sistema institucionalizado cuyos actos se impugna, sea reticente a admitir la Responsabilidad del sistema al que está adscrito. Por otro lado, 12 de estas demandas han sido declaradas en abandono y otras 2 han sido prescritas, con lo cual hemos de decir que no solo se trata de una deficiente actuación de la Administración Pública o del Poder Judicial sino que también son los justiciables los que hacen lento el proceso de obtener justicia con demandas que luego abandonan.

**TABLA 7 – ESTADÍSTICA POR RESULTADO FINAL de los
EXPEDIENTES de INDEMNIZACION INGRESADOS A LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
(Periodo de Octubre del 2001 a Octubre del 2007)**

RESULTADO FINAL	Cantidad	Porcentaje
RESULTADO POSITIVO (Sentencias Fundadas)	16	6.7 %
RESULTADO NEGATIVO (Inadmisibles, Improcedentes, Infundadas, Abandono, Prescripción, Sentencia Nula, etc.)	149	62.9 %
RESULTADO NEUTRO (En Trámite)	72	30.4 %
TOTAL	237	100 %



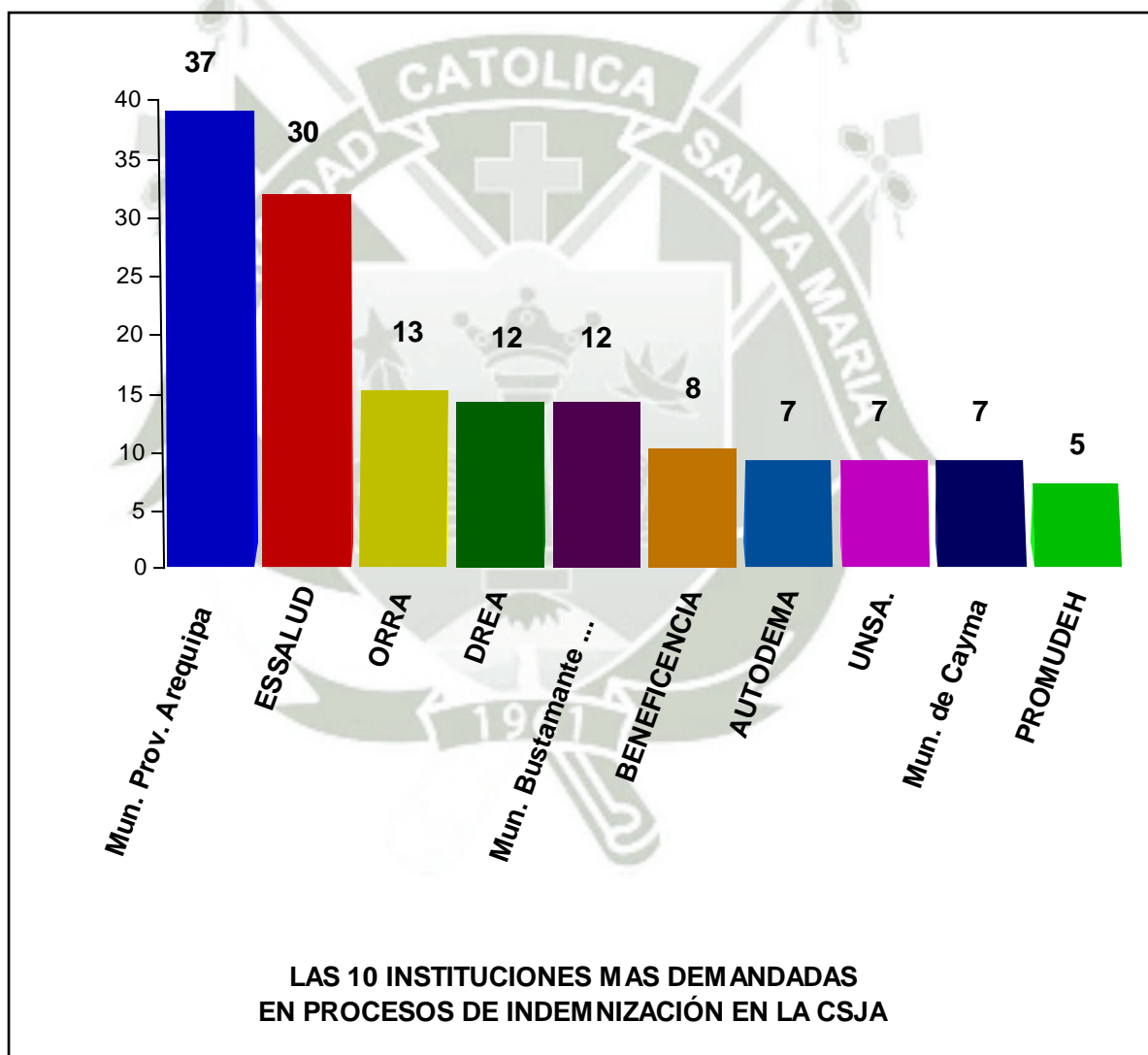
Si atendemos que los administrados acuden al Poder Judicial en la búsqueda de un resultado concreto que les permita acceder a la justicia, podríamos simplificar ello en un indicador de resultados que nos aproxime a la realidad final que ellos obtiene. Así tenemos que de los administrados que se convierten en demandantes ante el Poder Judicial de Arequipa solo un 6.7 % obtiene un resultado positivo con sentencias declaradas fundadas, de las cuales desconocemos si han podido hacer efectivo el mandato ya que, como sabemos, bajo el argumento de que “no está presupuestada” la indemnización el resarcimiento de los agraviados se posterga de manera indefinida; por otro lado un considerable porcentaje en el orden del 62.9 %

obtiene un resultado negativo constituyéndose esto en una aberración del sistema judicial que mas bien debería amparar la causa justa de los administrados, más aún si otro 30.4 % de ellos se encuentra a la espera porque sus demandas están en trámite pese del tiempo transcurrido.

TABLA 8 - LAS INSTITUCIONES MAS DEMANDADAS EN PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
(Periodo de Octubre del 2001 a Octubre del 2007)

N°	INSTITUCIONES	CANTIDAD
1.	Municipalidad Provincial de Arequipa	37
2.	ESSALUD Arequipa	30
3.	Oficina Regional Registral Arequipa – ORRA	13
4.	Dirección Regional de Educación de Arequipa	12
5.	Municipalidad de Jose Luis Bustamante y Rivero	12
6.	Sociedad de Beneficencia de Arequipa	8
7.	AUTODEMA	7
8.	Universidad Nacional de San Agustín	7
9.	Municipalidad de Cayma	5
10.	Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano	3
11.	Junta Liquidadora de la Empresa Nacional de Edificaciones ENACE	3
12.	Procurador del Ministerio de Justicia	3
13.	Procurador del Ministerio de Economía y Finanzas	3
14.	Procurador del Ministerio de Agricultura	3
15.	Municipalidad de Miraflores	3
16.	Municipalidad de Cerro Colorado	3
17.	Municipalidad de La Joya	3
18.	Policía Nacional del Perú – Arequipa	3
19.	Procurador del Ministerio del Interior	3
20.	Procurador del Ministerio de Salud	3
21.	Procurador del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo	2
22.	Gobierno Regional de Arequipa	2
	TOTAL	168

Este cuadro no hace más que reflejar, y en algunos casos coincidir con la Tabla 4 que ofrecía la información de las entidades más quejadas ante la Defensoría del Pueblo, cuales son las Instituciones Públicas más demandadas en nuestra región; lo cual puede estar demostrando su alto grado de abuso para con los administrados; echando por los suelos la teoría de que cuando la administración tiene muchas quejas o demandas, corregirá en forma oportuna sus actos; lo cual, como demostramos, no está sucediendo.



La información estadística precedente nos ha demostrado que, pese a la entrada en vigencia de la Ley 27444, y pese a la evidente

Responsabilidad en la que incurre la Administración Pública continuamente, las demandas de indemnización de los administrados no llegan a un final satisfactorio porque el camino es lento, engorroso y disuasivo. Por otro lado esta información nos sirve para determinar que, en muchos casos, los administrados no hacen uso de su derecho a recurrir ante el Poder Judicial, a efecto de solicitar las indemnizaciones ante los agravios cometidos por la Administración Pública debido a su desconocimiento o a las dificultades que ya hemos señalado, por lo que optan por recurrir a instituciones como la Defensoría del Pueblo a fin de poder agilizar sus trámites y corregir, por este medio, la conducta de la Administración Pública.



CONCLUSIONES

PRIMERA : Los Administrados, prefieren recurrir a la Defensoría del Pueblo, para presentar sus quejas en contra del comportamiento de la Administración Pública, antes que iniciar un procedimiento por Indemnización ante el Poder Judicial por lo costo y lato que significa este último.

SEGUNDA : El Título V de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que reconoce a los administrados el derecho de solicitar una indemnización por lesión causada por la Administración no es eficiente, toda vez que los administrados no podrían hacer uso de este procedimiento en sede administrativa, restándole sentido al artículo 238 de la Ley 27444.

TERCERA : En un Estado de Derecho, como el nuestro, es necesario que se incorpore a la Constitución y demás leyes pertinentes la norma que diferencie con claridad a los Funcionarios de decisión de los Servidores Públicos o Empleados Públicos de ejecución, y se establezcan sus respectivos grados de responsabilidades por jerarquía, ante el Estado y la de éste y aquellos en los casos en que causen perjuicios a terceros.

CUARTA : Los funcionarios electos, los designados, los de libre nombramiento y los funcionarios de carrera del máximo nivel jerárquico, en forma individual o colectiva, deben responder, además, por la administración correcta y transparente de la entidad a su cargo, así como por los resultados razonables de su gestión en términos de eficiencia, prontitud y economía, aunque hayan dejado de ser autoridades, hasta por el plazo de cinco años, interrumpiéndose los plazos prescriptivos que les serían favorables.

QUINTA : Reforzar el nuevo PROCEDIMIENTO ESPECIAL creado por la Ley 28531 que modifica el artículo 25 de la Ley 27584, con el objeto de que en este mismo procedimiento se vean y tramiten todas las actuaciones impugnables y pretensiones a las que se hace alusión en los artículos 4 y 5 de la Ley del Contencioso Administrativo, incluidos los procesos de indemnización.



SUGERENCIAS

PRIMERA : Se podría implementar un régimen exclusivo sobre la Responsabilidad del Estado, basado en normas de Derecho Público para que las Cortes de Justicia puedan dictar sus resoluciones con sujeción al principio de la legalidad de la función judicial que señala nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA : Puede existir un registro público actualizado de las deudas del Estado pendientes de ejecución en virtud a sentencias judiciales y que el registro de los bienes del Estado a nivel nacional estén claramente determinados ya sean de uso público o uso privado, conociéndose de esta manera el patrimonio de cada entidad pública y del mismo Estado; con el objeto de que los administrados-recurrentes puedan hacer valer los derechos de recuperación que les franquea la Ley.

TERCERA : Es posible establecer que quienes ejercen funciones públicas deben ser solidariamente responsables con el Estado por las acciones u omisiones practicadas en el ejercicio de sus funciones, de los que resulte violación de los derechos y garantías de los administrados o generen daños a la propia institución o a terceros.

CUARTA : Cuando el Estado, por necesidad de la población cree entidades de la Administración Pública, sólo lo podrá hacer con rango de Ley.

PROPUESTA

En vista de la ineficiencia y carencia de aplicación en sede administrativa del artículo 238 de la Ley 27444, junto con la confusa duplicidad del Proceso Administrativo regulado en el Decreto Legislativo 276 y su Reglamento D.S. 005-90-PCM, con el proceso sancionador establecido por la Ley 27444, se hace necesario: PROPONER la inminente dación de una Ley que permita regular en forma conjunta e independiente las materias sobre Responsabilidad Civil o Patrimonial del Estado, de la Administración Pública, de los llamados Funcionarios de decisión y Servidores o Empleados Públicos de ejecución, haciendo una clara distinción entre estos, con el objeto de graduar, según niveles, su grado de responsabilidad, siendo para los primeros, por lo menos el doble de sanción que se fije para los segundos; lo cual tendría repercusión, incluso en el Derecho Constitucional, Civil y Penal, y también en el Derecho Administrativo ya que se podría permitir, que el proceso a establecerse pueda ser accesible al administrado en cuanto a costos, prontitud y eficiencia en la solución de sus reclamos cuando haya sido objeto de daño en sus bienes y derechos; pues al igual que el Estado o la Administración Pública, ocasiona un daño con facilidad e inmediatez, así también este debe ser resarcido justa y prontamente, evitando su impunidad del agresor, que se ve protegido por la leyes actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BACACORZO, Gustavo. **TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, Tomos I y II, quinta edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- 2.- BARTRA CAVERO, José. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO –LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**. Séptima edición, Editorial Huallaga, Lima, 2005.
- 3.- BASADRE GROHMAN. Jorge. **HISTORIA DEL DERECHO PERUANO**. Segunda edición, Ediciones Gráficas Edigraf S.A., Lima, 1985.
- 4.- BENDEZÚ NEYRA, Guillermo. **LEGISLACIÓN LABORAL PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**. Segunda edición, Editora Fecal, Lima 2003.
- 5.- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. **LA CONSTITUCIÓN DE 1993 ANÁLISIS COMPARADO**. Quinta edición. Editora RAO, Lima, 1999.
- 6.- BIDART HERNÁNDEZ, José Pascal. **SUJETOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1985.
- 7.- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**. Novena edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997.
- 8.- CERVANTES ANAYA, Dante. **MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO**. Editorial Rodhas, Lima, 2003.
- 9.- CERVANTES ANAYA, Dante. **DERECHO ADMINISTRATIVO ADJETIVO**. Ediciones UNSA, Arequipa, 2002.
- 10.- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y otros. **COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - LEY 27444**. Ara Editores, Lima, 2003.
- 11.- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**. Tomos I y II, tercera edición, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988.
- 12.- **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OMEBA**.
- 13.- DIEZ-PICAZO, Luis. **DERECHO DE DAÑOS**. Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

- 14.- DROMI, Roberto. **DERECHO ADMINISTRATIVO**. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- 15.- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**. Primera edición, Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2002.
- 16.- FERNANDEZ BULTE, Julio. **HISTORIA DEL ESTADO Y DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD**. Tomos I y II. Edición Revolucionaria Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.
- 17.- FLORES POLO, Pedro. **DICCIONARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS**. Tomos I y II, Editorial Científica S.A., Lima, 1980.
- 18.- GUZMÁN NAPURÍ, Christian, **PREGUNTAS Y RESPUESTAS DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**. Ediciones Legales S.A.C., Lima, 2002.
- 19.- LOVÓN SÁNCHEZ, José, **LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES**. Legislación Peruana General, Arequipa, 2002.
- 20.- MARTÍN TIRADO, Richard. **LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL PERSONAL A SU SERVICIO**. En: VARIOS AUTORES. **TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**. Quinta edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- 21.- MAZEAUD, Henri y TUNC, André. **TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL**. Quinta edición, Ediciones Jurídicas Europa - America. Buenos Aires, 1963.
- 22.- MOSSET ITURRASPE, Jorge. **EL VALOR DE LA VIDA HUMANA**. Rubinzal y Culzoni S.C.C.C: Santa Fe, 1991.
- 23.- MORÓN URBINA, Juan Carlos. **COMENTARIOS A LA NUEVA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- 24.- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. **TEMAS MODERNOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**. Segunda edición, Asesorandina Editores. Lima, 1992.
- 25.- KELSEN, Hans. **TEORÍA PURA DEL DERECHO**. 3ra. reimpresión. Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- 26.- PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. **NUEVO**

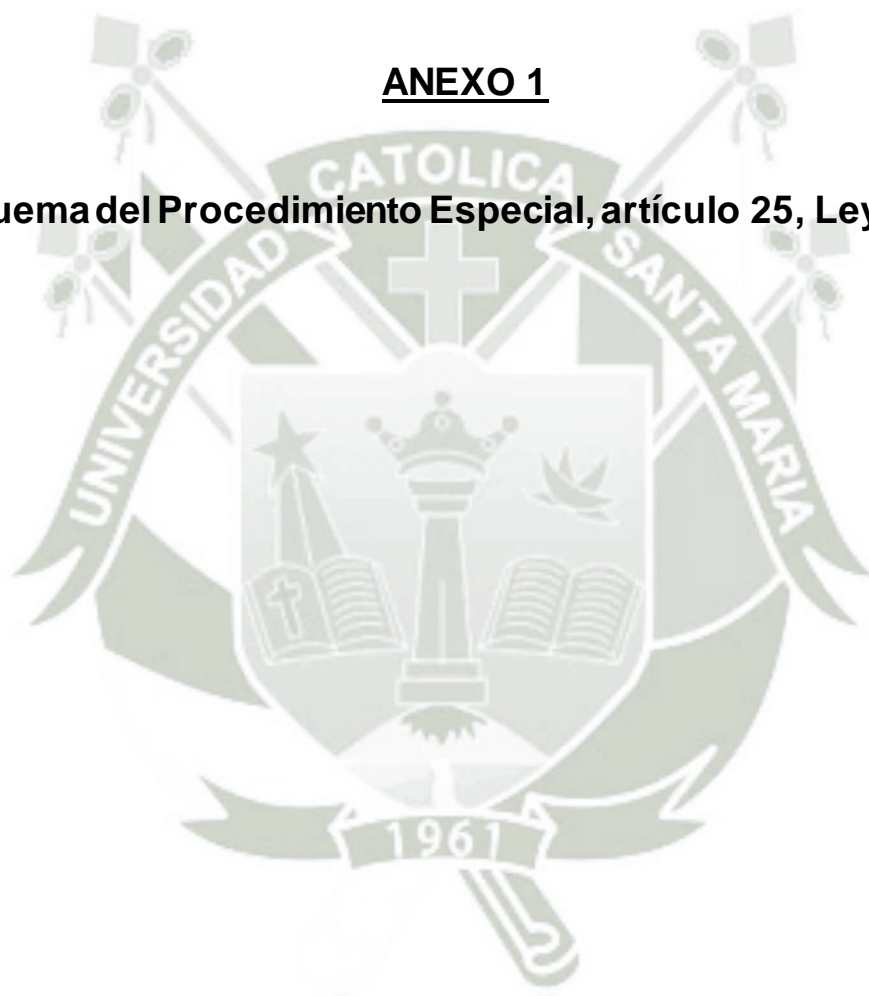
- DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ.** Cuarta edición, Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, Lima, 1990.
- 27.- PATRÓN FAURA, Pedro y Patrón Bedoya, Pedro. **DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ.** Octava edición, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- 28.- PEIRANO FACIO, Jorge. **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.** Tercera edición, Editorial Temis Librería. Bogotá, 1981.
- 29.- PENAGOS, Gustavo. **DERECHO ADMINISTRATIVO.** Tomos I y II, Ediciones Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, 1995.
- 30.- ROJAS VARGAS, Fidel. **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** Segunda edición, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- 31.- URQUIZO PÉREZ, Jorge. **DERECHO ADMINISTRATIVO: EMPLEADOS PÚBLICOS.** Impresora y Distribuidora Urquizo. Arequipa, 1983.
- 32.- VISINTINI, Giovanna. **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.** Ara Editores, Lima, 2002.
- 33.- VISINTINI, Giovanna. **TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, El daño y otros criterios de imputación.** Tomo 2, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- 34.- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.** Editorial Dykinson, Madrid, 2001.
- 35.- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M. **LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE.** Cuarta edición, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1978.

FUENTES DIGITALES

- 1.-RUIZ T. Samuel. **LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** Tomado de: www.veneabogados.com

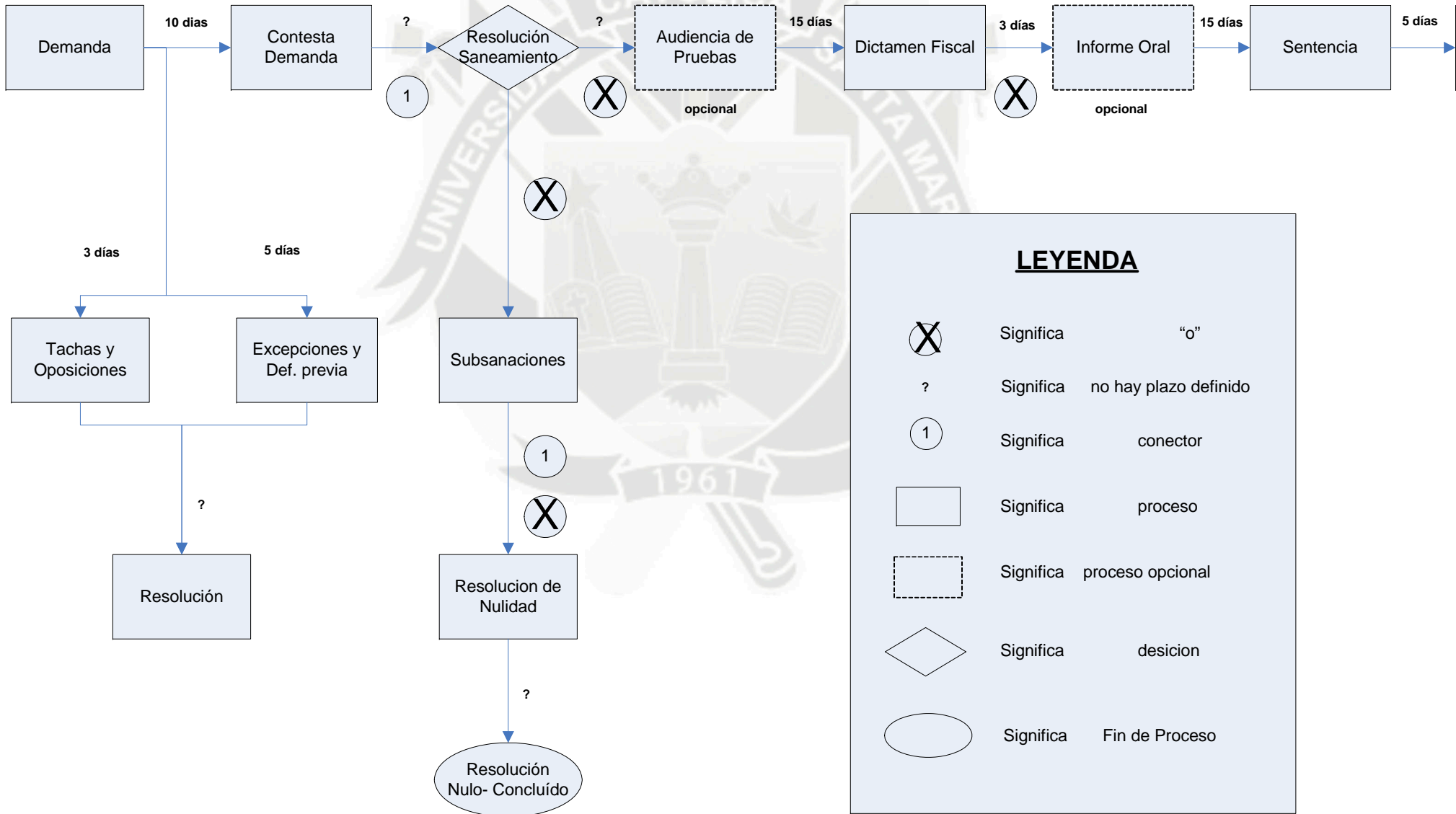
ANEXO 1

Esquema del Procedimiento Especial, artículo 25, Ley 27584.



ANEXO 1

PROCEDIMIENTO ESPECIAL Art. 25 de la LEY 27584, modificado por la LEY 28531



LEYENDA



Significa "o"

?

Significa no hay plazo definido

1

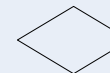
Significa conector



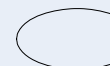
Significa proceso



Significa proceso opcional



Significa decision



Significa Fin de Proceso

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATOLICA SANTA MARIA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL



PLAN DE TESIS:

“RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA”

PRESENTADO POR:

MARCO ANTONIO CAMACHO ZARATE

MAYO DEL 2005

“RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS”

0 Preámbulo

En el ejercicio de mi profesión de abogado y como usuario de los servicios que brinda la administración pública, pude advertir el poco interés que muestran los empleados públicos y sobre todo los llamados Funcionarios Públicos para brindar los servicios por los cuales han sido nombrados, elegidos, designados o contratados; pues sigue siendo una realidad que el usuario tiene que acudir infinidad de veces a las instituciones públicas, formar numerosas colas e invertir gran cantidad de tiempo y dinero con el objeto de lograr un resultado positivo o negativo, que no siempre prospera.

Por ello, la Ley del Procedimiento Administrativo General Nro.27444, en paralelo con nuestro Código Civil ha establecido un procedimiento administrativo para determinar la “Responsabilidad de la Administración Pública y del Personal a su Servicio” e indemnizar a los administrados o usuarios cuando sufran perjuicios en sus bienes y derechos como consecuencia del ejercicio irregular o abusivo de la administración pública a través de sus entes u órganos correspondientes; bajo el condicionante de que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

Esta situación nos genera el deseo de indagar, si los administrados que sufren lesiones en sus bienes y derechos, están haciendo uso del derecho a solicitar una indemnización a la Administración Pública y de ser así, si están logrando dicha indemnización.

Planteamiento Teórico

1.- El Problema

1.1 Enunciado: ¿Los administrados que sufren lesiones en sus bienes y derechos, como resultado de un trámite administrativo deficiente, están haciendo uso de su derecho de solicitar una indemnización a la Administración Pública y de ser así están logrando dicha indemnización?

1.2 Descripción

Existen muchos casos en los cuales la Administración Pública a consecuencia de su mal funcionamiento, genera lesiones, daños y perjuicios a los administrados; por tanto, consideramos que resulta pertinente efectuar una evaluación si los administrados están solicitando que se les indemnice dichos daños y de ser así, si están logrando en su verdadera dimensión o en todo caso, cuales son las medidas u opciones que adoptan los administrados para hacer frente a las situaciones que los perjudican.

1.2.1 Área de Investigación del Problema

Ciencias Jurídicas: Derecho Civil y Derecho Administrativo

1.2.2 Variables e Indicadores

Variables Independientes.

- a) Funcionamiento de la Administración Pública. Daño estatal

Variable Dependiente

- a) Indemnizaciones solicitadas por los administrados - Acceso
- b) Indemnizaciones otorgadas por la administración pública – Tutela efectiva

Indicadores de la Variable Independiente

- a) Índice de quejas sobre el mal funcionamiento de la Administración Pública en Arequipa en la Defensoría del Pueblo de Arequipa desde que entró en vigencia la Ley 27444.
- b) Índice de demandas sobre indemnización por daños en bienes y derechos consecuencia del mal funcionamiento de la administración pública.

Indicadores de la Variable Dependiente

- a) Índice de casos denunciados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en los cuales el administrado imputa una lesión o daño a la administración pública, desde que entró en vigencia la Ley 27444.
- b) Índice de demandas por indemnización en contra de la Administración Pública declaradas fundadas, en la Corte Superior de Justicia de Arequipa desde la dación de la Ley 27444.

1.2.3 Interrogantes:

- a) ¿Existen quejas de los administrados, sobre el funcionamiento de la Administración Pública?.
- b) ¿Existen casos en los cuales los administrados, han demandado a la Administración Pública por haberles generado un daño en sus bienes o derechos, consecuencia del funcionamiento de la misma?
- c) ¿Existen casos en los cuales se han otorgado una indemnización a un administrado, por daño causado por la administración?
- d) ¿Resulta eficiente el Capítulo I, del Título V de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al reconocer el derecho que tiene los administrados de ser indemnizados?

1.2.4 Tipo y Nivel de la Investigación

Investigación Documental y de Campo, en un nivel Descriptivo Relacional

1.3 Justificación del Problema

El presente problema resulta de trascendencia sobre todo práctico, pues podemos considerar a priori que la Administración Pública no es del todo eficiente y sus comportamientos muchas veces puede generar lesión en los bienes y derechos de los administrados.

El Código Civil, reconoce el derecho que tiene toda persona a solicitar una indemnización contra todo aquel que le genere un daño o perjuicio, así también la Ley 27444, reconoce de manera expresa este derecho a los administrados y en contra de la Administración Pública, en este sentido hay que tener en cuenta que el ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General es bastante amplio, pues por disposición del Art. I del Título Preliminar es aplicable a: el Poder Ejecutivo, incluyendo ministerios y organismos públicos descentralizados; el Poder Legislativo; el Poder Judicial; los Gobiernos Regionales; los organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; las demás entidades y organismos, proyectos y programas del estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de la Ley que las refiera a otro régimen; y a las Personas Jurídicas bajo el régimen privado que prestan

servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a las normas de la materia.

Sin embargo, resulta importante determinar si e la práctica los administrados están haciendo uso de este derecho al solicitar una indemnización y sobre todo si la Administración Pública está cumpliendo con otorgar la misma y en que montos; pues, caso contrario la norma no ha sido adecuadamente proporcionada o no es eficiente.

2.- MARCO CONCEPTUAL

2.1 CONCEPTOS BASICOS

2.1.1 Empleados, Servidores Públicos y Funcionarios Públicos

Como dice Bielsa: "la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado".

Comúnmente se habla de función pública abarcando también al empleo público, pero sin embargo no es lo mismo.

En mi concepto, y coincidiendo con Bielsa y Diez, es funcionario al que le han designado (sea por decreto o por elección) y de manera continua la competencia de "expresar o ejecutar" la voluntad del Estado, cuando esa voluntad es para la realización de un fin público.

El empleado en cambio presta un servicio al Estado. Es un mero ejecutar de las órdenes que recibe.

Esta es la principal diferencia: el empleado no representa al Estado, no exterioriza la autoridad ni la voluntad del mismo.

El funcionario representa al Estado como ente público, y en esa representación puede ser funcionario de gestión (cuando negocia y contrata en nombre del Estado) o de autoridad (cuando decreta, ordena, manda). Puede ser ambos, depende de la actividad que realice.

2.1.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA COMISION DE ESTUDIO DE LAS BASES DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Se establece que la Administración Pública sirve con objetividad a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. La Comisión considera importante que la Constitución incorpore un capítulo sobre la Administración y la Función Pública para garantizar el cumplimiento de sus cometidos.

Asimismo, se propone señalar que la función pública tiene como objetivo la consecución del interés general, dentro del respeto a los derechos humanos y a todos aquellos derechos e intereses legítimamente protegidos de las personas y se desarrolla en los principios de igualdad, probidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y transparencia. Se sugiere precisar que los funcionarios y servidores públicos ejercen sus funciones sobre la base de diligencia y probidad, de manera coordinada, en relaciones de colaboración y propiciando el control de sus operaciones.

2.1.3 DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.- función pública. Principios.- Se debe incorporar una norma constitucional que precise que una ley regula el ingreso, permanencia y salida de la función pública, el sistema de incompatibilidades y prohibiciones derivadas de su naturaleza, así como los derechos del personal al servicio del Estado

2. Igualdad de acceso a la función pública en según méritos.- Los nombramientos y designaciones que no han sido calificados en la ley como de confianza, son cubiertos mediante concurso público. La carrera pública se rige por las características de méritos, flexibilidad y progresividad sujeta a su competencia y moralidad en el servicio.

3. Principio de la responsabilidad pública.- Se sugiere establecer una norma constitucional que precise que el personal al servicio del Estado no está exento de responsabilidad por sus actos u omisiones, y que las normas para establecer la responsabilidad civil, penal o administrativa se aplican a todas las personas al servicio del Estado sin distinciones.

4. Remuneración pública.- Se propone establecer que las remuneraciones que perciba el personal al servicio del Estado sean proporcionales a las funciones asignadas, eficiencia demostrada y responsabilidades asumidas.

Se propone que las remuneraciones que pague el Estado deberán ser de conocimiento público.

5. Equiparación. Un principio central a tomar en cuenta es el de establecer una similitud de condiciones entre las más altas personalidades del Gobierno, el Congreso y el Sistema de Impartición de Justicia. En esa línea de pensamiento, se recomienda explicitar un reconocimiento de similares prerrogativas, remuneraciones y demás condiciones de trabajo entre los congresistas, ministros, vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, miembros del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral y el Consejo Nacional de la Magistratura.

6. La corrupción como causal de cese e inhabilitación.- Se propone establecer que las causales de corrupción comprobadas judicialmente, sean consideradas como causales de cese e inhabilitación en el desempeño de los cargos de funcionarios, conforme a ley. Asimismo que dicho cese e inhabilitación alcance a los funcionarios que omitan la denuncia de hechos de corrupción.

7. Declaración jurada de bienes y rentas.- Se sugiere establecer que las personas al servicio del Estado deben presentar y publicar una declaración patrimonial juramentada al inicio, durante y al término de su gestión. Dicha declaración debe incluir el conjunto de sus bienes, rentas y obligaciones en el Perú y en el extranjero, conforme a ley. En caso contrario, dicha omisión debería constituir impedimento para ejercer el cargo o causal de cese en el mismo. Asimismo, ninguna persona puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

8. Responsabilidad civil solidaria.- Se propone establecer que quienes ejercen funciones públicas son solidariamente responsables con el Estado por las acciones u omisiones practicadas en el ejercicio de sus funciones, de los que resulte violación de los derechos y garantías o generen daños a terceros.

2.1.4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Nace como consecuencia de la obligatoriedad de responder pecuniariamente por los actos realizados con capacidad suficiente, y aún de los ejecutados por otra persona con la cual se está en relación de dependencia.

Se aplican algunas normas del C.C. y sus sanciones alcanzan al patrimonio.

La responsabilidad Civil se subdivide en:

- a) Responsabilidad precontractual.
- b) Responsabilidad contractual.
- c) Responsabilidad extracontractual.

Ésta última otorga mayor materia de análisis y, según al órgano que afecta, puede tratarse desde diversos aspectos:

- Responsabilidad extracontractual por acto judicial.
Responsabilidad extracontractual por acto legislativo.
Responsabilidad extracontractual por acto o hecho de la administración pública.

2.1.5 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL AGENTE

En el ámbito de la responsabilidad Administrativa fundamentalmente, pero también de la responsabilidad Civil, se puede distinguir entre aquella que es exclusiva del Estado, como ente orgánico tendiente a satisfacer las necesidades de los individuos que lo conforman, ya sea que sus funciones se desarrollen en el ámbito del Derecho Público o en el del Derecho Privado, y por otro la responsabilidad de los agentes públicos por actos o hechos que le sean imputables como consecuencia del desempeño en tareas asignadas por el Estado.

3.- RELACIONES ENTRE RESPONSABILIDADES

Hay que partir de la base que los distintos tipos de responsabilidades mencionadas, (civil, política, penal y administrativa) tienen las características de ser concurrentes en su aplicación.

Cabe aclarar que ante un mismo hecho o acto de un funcionario se le puede aplicar una, varias o todas las responsabilidades, según el hecho en cuestión.

Para poder comprender los conceptos antes enunciados, es bueno dar como ejemplo el de aquel funcionario que atropella una persona en un auto oficial en estado de ebriedad, en estas circunstancias le cabe: reparar pecuniariamente los daños físicos y morales causados a la víctima (responsabilidad civil); una sanción disciplinaria por el estado en que conducía (responsabilidad administrativa) y si este funcionario poseía fueros, es muy probable que para la continuidad del juicio civil, sea necesario la aplicabilidad del juicio político (responsabilidad política).

4.- ESTADO

A) Noción de "Estado"

Diversas son las teorías que tratan de conceptualizar lo que es el Estado.

Entre ellas es debemos destacar las siguientes:

A.1) Organicista: consideran que el Estado es un ser de la naturaleza, es decir, constituye un organismo biológico semejante a los organismos

animales, pero en el que el tejido epitelial, esta conformado por las instituciones protectoras del Patrimonio, de la salud, del orden, de la seguridad exterior, etc.

A.2) Relaciones de fuerza: Los que apoyan esta teoría, afirman que el Estado es la consecuencia del sometimiento de los más débiles, por los más fuertes.

A.3) Doble faz del Estado: Para Jellinek, el Estado es una realidad social en la cual se produce y se aplica el ordenamiento normativo del derecho, y que, por consiguiente, es necesario estudiar al Estado desde dos puntos de vista: real, que exige un estudio sociológico, e ideal, que debe ser considerada por la ciencia jurídica.

A.4) Normativista: Kelsen afirma que el Estado es pura y simplemente un sistema normativo, a saber: el sistema del orden jurídico vigente y nada más. Es la personificación metafórica del ordenamiento jurídico positivo.

Para este autor el territorio y el pueblo no son más que la esfera espacial y humana de validez del derecho.

5.- Personalidad jurídica del estado

También sobre este tema existen diversas teorías. La siguiente es una síntesis de las mismas.

B.1) Teoría negativa: Esta teoría sostiene que el hombre, y solamente él, puede ser persona, por ser el único que posee inteligencia y voluntad.

La persona física es la única que tiene personalidad jurídica. Para quienes apoyan ésta idea, una asociación es un conjunto de personas que actúan colectivamente, pero que de esta unidad de intereses no surge una nueva persona, distinta de quienes la conforman. En consecuencia, el Estado no puede ser persona.

B.2) Teoría de la identidad del orden jurídico y del Estado: Esta es la teoría propuesta por Kelsen, en la que postula que Estado y derecho son una misma cosa. El Estado es la totalidad del derecho convertido en sujeto, y por tal circunstancia, son palabras que designan un mismo objeto.

B.3) Teorías que consideran al Estado como una persona: Admiten la existencia del Estado como persona, debido a que los destinos de la comunidad no pueden ser regidos por las voluntades individuales de cualquiera de sus miembros, sino que deben serlo por aquellos que han

recibido, por la misma organización estatal, potestad, y que están erigidos en órganos de una voluntad superior y única.

B.4) Teoría de la doble personalidad del Estado: Algunos autores sostienen que el Estado tiene una doble personalidad, una de derecho público y otra de derecho privado, ejerciendo en una su soberanía y en otra siendo titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

B.5) Teoría de la personalidad única del Estado: El Estado como persona es uno, sólo el ámbito en que actúa es plural. El Estado constituye un mismo sujeto de derecho que actúa, ya sea en su función de poder público, ya en defensa de sus intereses como persona de derecho privado.

6) INDEMNIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD

La noción de responsabilidad implica siempre la idea de culpa, la idea de una regla violada. Habrá responsabilidad siempre que una norma sea violada por persona con voluntad. Surge como consecuencia de una actividad ilícita o contrario a derecho.

Sin embargo, el sacrificio del derecho particular - según expresa Garrido Falla- se realiza por la administración legítimamente, es decir que el perjuicio causado a ese particular, no es la consecuencia de una actividad ilegal por parte del Estado. Según el autor español, el fundamento de la indemnización es el principio de la igualdad, que hace odioso el sacrificio especial sin indemnización.

Para Gigena, en cambio el fundamento de dicha institución es el bien común. El derecho a indemnización surge independientemente de la licitud o ilicitud del acto que le da nacimiento, es decir sin necesidad de normas que expresamente la determinen.

Tampoco tiene relación la existencia de la indemnización con el enriquecimiento sin causa por parte del Estado, es decir, el traslado de un principio de derecho privado aplicado al derecho público. Aquí no se trata de que el Estado haya obtenido una ganancia como consecuencia de sus actos, sino del daño que estos pueden haber producido a los individuos.

Por último, hacemos notar que la teoría de la indemnización tiene lugar en el campo de la actividad lícita del Estado, la responsabilidad patrimonial de la Administración lo tiene en la actividad ilícita.

7) SISTEMATIZACIÓN DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA

7.A) Irresponsabilidad absoluta del Estado y de sus funcionarios

El absolutismo de los monarcas, en quienes se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos pudieran ejercer acciones tendientes al logro de indemnizaciones.

No debía presumirse jamás que los actos realizados por el soberano, podían producir un daño, por lo que el abuso debía reputarse, a lo sumo, como perjuicio causado por fuerza mayor o caso fortuito.

La idea de que pudieran existir derechos individuales privados, opuestos a la soberanía, era totalmente extraña a las legislaciones de la antigüedad.

En el Imperio romano no existían derechos privados contra el Estado, pues resultaba inconciliable con la idea de un Estado omnipotente. Se pensaba que el soberano no podía hacer daño o equivocarse, debido a su origen divino.

La situación no varió en el medioevo, el poder cimentado en el derecho divino era fuente de las mayores arbitrariedades.

Más tarde se admitió en el derecho romano, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios, y se reconocieron algunos derechos al individuo frente al Estado; así, por ejemplo, la propiedad no podía ser expropiada sino mediante indemnización, pero si bien el derecho existía en la teoría, su aplicación práctica era sumamente dificultosa debido a la falta de medios eficaces para llevarla a cabo.

La llamada **teoría del Fisco**, para la que el patrimonio público no pertenecía ni al príncipe, ni al Estado, sino a un sujeto ideal distinto de ambos, *el Fisco*, tuvo su origen en el derecho romano. Esta teoría, planteaba la idea de una entidad que se encargaba de la administración de los bienes destinados a lograr los fines del Estado. Dicha entidad, como ya hemos mencionado, era el Fisco, que representaba al Estado en todos los asuntos de derecho civil que tuvieran relación con el patrimonio público. Esta teoría, consideró al derecho patrimonial como parte integrante del derecho privado, y por lo tanto, no se encontraron dificultades para someter al Fisco, asimilado a un particular en lo que se refiere a sus derechos, a las normas del derecho civil.

Esta teoría fue un avance hacia el principio de responsabilidad del Estado.

En nuestro país, la jurisprudencia de la Corte Suprema, comienza con una serie de pronunciamientos en los que sienta la irresponsabilidad extracontractual del Estado, fundándose en la doctrina de la doble personalidad, por la cual cuando éste actúa como persona de derecho público, no está sujeto a ningún tipo de responsabilidad respecto de los administrados, pues lo hace en virtud de su soberanía.

7.B) Responsabilidad de los funcionarios e irresponsabilidad del Estado:

Pronto se empezó a comprender que el rey no tenía origen divino, sino que era un representante del pueblo, y que era éste el que se lo confería de acuerdo a la organización política imperante. Así fue como empezó a vislumbrarse la idea de responsabilidad fuera del hasta entonces único ámbito de aplicación, que era el privado.

En este sistema el Estado también carece de responsabilidad, pero la persona perjudicada por un acto dañoso de un funcionario tiene derecho a accionar contra aquel.

Ya en la República romana se llegó a declarar responsables a algunos magistrados, pero la idea de poseer un crédito contra el Estado no era concebible, pues era totalmente extraño a las políticas de la época.

En el sistema inglés, se entendía que todo lo que implicaba asignarle una responsabilidad al Estado, se debía a una extralimitación del funcionario, y por lo tanto, era éste quién debía afrontar las consecuencias.

Para evitar la actuación indebida de los funcionarios, se ideó una serie de penas muy graves y se sancionaba severamente al funcionario que incumplía.

Se pasó de la irresponsabilidad más absoluta a una amplia, cuando ha mediado por parte del funcionario mal desempeño, o ha perjudicado a alguien con su accionar.

Es que el Estado es un ente ideal creado para satisfacer necesidades políticas, y su accionar puede darse solamente a través de personas físicas, quienes por eso mismo deben asumir la responsabilidad que emana de sus actos. De ahí que se pusiera el acento sobre la responsabilidad personal del Funcionario (aunque muy limitada en los hechos).

Esta etapa fue un avance indiscutible hacia la concreción de la responsabilidad del Estado que lentamente fue tomada en consideración, llegándose en una tercera etapa a la responsabilidad del Estado por ciertos actos.

7.C) Responsabilidad del funcionario y responsabilidad parcial del estado:

La tesis que surgió fue la siguiente, los actos de gestión del Estado lo hacen responsable, no así los actos de autoridad.

Esta teoría nace de una idea anterior y es la que se refiere a la doble personalidad del Estado, una que actúa dentro del ámbito del derecho privado y otra en el del derecho público. A esta doble faz le corresponde una doble actuación, la de los

actos de gestión, que caen en la esfera del derecho privado, y la de los actos de autoridad, que se regulan por el derecho público.

De ello deriva, según Laferriere, que si los actos perjudiciales de los funcionarios son actos de gestión, el Estado sea responsable por los mismos, pues su interés en estos casos no difiere del de las demás personas en su vida ordinaria, y es lógico y equitativo que su accionar se rija por las normas del derecho privado. Si, por el contrario, el perjuicio resulta de un acto de autoridad, el Estado es irresponsable pues no ha actuado en defensa de sus intereses patrimoniales, sino que actúa en ejercicio de su derecho de soberanía, y por lo tanto, debe imponerse a los administrados sin dar lugar a estos a reclamación alguna.

Con el correr del tiempo, Francia dejó de lado la distinción entre acto de gestión y acto de autoridad para determinar la responsabilidad del Estado, y llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede generar responsabilidad del Estado, pero ello se subordina a la falta de servicio público.

Ahora bien ¿Cuándo hay falta de servicio? Cuando no se cumple, o cuando se cumple en forma deficiente o tardíamente. Si el funcionario ha puesto todo su empeño en prestar el servicio en forma eficiente y aún así se produce el daño, entonces el Estado es directamente responsable.

Si, en cambio, el funcionario se extralimita en sus funciones, hay falta personal. Cuando el agente realiza un acto con la intención de causar un daño, realiza un acto que sabe no le corresponde y lo mismo lo lleva a cabo, entonces la responsabilidad pasa a ser del funcionario y no del Estado.

Aquí se plantea la idea de una mejor defensa de los derechos particulares, exigiendo una reparación al Estado, cuando es el Estado el que perjudica al poner en movimiento su actividad.

El Estado es considerado, en este caso, como persona, la cual se hace responsable por sus actos.

La responsabilidad del Estado funciona en forma pura en caso de falta de servicio o por hecho lícito que exija obligación de indemnizar, mientras que la falta personal imputable a la persona o agente que la comete, da origen a la responsabilidad personal.

7.D) Responsabilidad directa del Estado:

En la actualidad, existe una corriente doctrinaria que afirma la responsabilidad directa del Estado, sin necesidad de conocer previamente, si el daño fue culpa del agente o de la administración.

El traspaso al Estado de las obligaciones emanadas de la responsabilidad de los funcionarios, tiene por fin poner al acreedor frente a un deudor cuya solvencia en cualquier caso es indiscutible.

El fundamento de esta teoría radica en que, en última instancia, es el Estado el que forma a los funcionarios, los coloca en su puesto, les indica las funciones y, en definitiva, se compromete a la adecuada prestación del servicio para lo cual se vale de dichos funcionarios.

En la Argentina, el criterio de la Corte Suprema fue variando y ya en 1933, a partir de la sentencia "Tomas Devoto y Cía. S.A. C. Gobierno Nacional, por daños y perjuicios", aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado, aún actuando como persona de derecho público, pero sólo en los casos en que los daños provocados resulten de la irregular actividad estatal.

Por fin, se llega a una tercera interpretación, en línea con la corriente jurisprudencial del resto del mundo, en la que se acepta la responsabilidad extracontractual del Estado, actuando como persona de derecho público, con prescindencia de si los perjuicios contra los administrados resultan de un obrar irregular, admitiéndola incluso, cuando el Estado actúa en el ejercicio legal de sus poderes, sentándose la responsabilidad amplia del Estado, por los actos realizados por él o por sus agentes.

8) FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

8.A) Teoría de la representación

Se basa en la idea de que el representado, (en este caso el Estado) responde por los actos de su representante (el funcionario). Esta responsabilidad se funda en la elección del representante por parte del representado. Esta teoría no es aceptable para la mayoría de la doctrina ya que no es la administración propiamente la que elige a los funcionarios, sino que éstos son elegidos, a su vez, por otros funcionarios, por lo que la responsabilidad terminaría recayendo sobre éstos últimos.

8.B) Teoría de la proporcionalidad de las cargas

Esta teoría formulada por Tessier, se fundamenta en el hecho de que ningún ciudadano debe sufrir más que otro las cargas impuestas en interés de todos. Cuando un acto produce un daño injusto a un ciudadano con respecto a los demás, debe ser indemnizado.

Entrena cuesta, partiendo de ésta teoría, fijó como principio para responsabilizar al Estado, el de igualdad ante la ley. Según este principio, cuando el Estado produce

un daño a una persona que no está obligada a soportar el mismo, debe ser recompensado mediante el pago de una indemnización "... pues sería injusto que un particular se sacrifique, sin tener que hacerlo, en beneficio de la comunidad y que ésta no compense dicho sacrificio".

8.C) Teoría de la responsabilidad por riesgo

La responsabilidad de la Administración Pública, existe por el hecho de haber ocasionado el funcionamiento del servicio público, un perjuicio particular a un individuo o a un grupo de personas. La posibilidad de ocasionar ese daño es un riesgo que corre el Estado al realizar cada uno de sus actos, por lo tanto hay responsabilidad por riesgo.

8.D) Teoría de la equidad

Propugnada por Mayer quien sostenía "La indemnización existirá siempre que el Estado haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado".

8.E) Fundamento constitucional y legal

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado debe encontrarse en la Constitución, a fin de constituir una verdadera garantía. Nuestra Constitución, sin embargo, no tiene una disposición expresa sobre dicha responsabilidad. Dicha responsabilidad puede desprenderse implícitamente del art. 16 que reconoce la igualdad ante la ley, el que establece la inviolabilidad de la propiedad, y el art. 100 que se refiere a la posibilidad de demandar al Estado sin ninguna prerrogativa.

Dice Fiorini acerca de la inexistencia de una norma expresa sobre la responsabilidad del Estado, "Es verdad que no hay un artículo que consagre la responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado, pero hay presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos. Toda la responsabilidad reparatoria se funda sobre la ofensa de los derechos adquiridos y reconocidos".³

Como consecuencia de la ausencia en la Constitución de una norma específica, los tribunales recurren al C. Civil para obtener el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado.

Sin embargo, es necesaria la incorporación de un artículo que fije expresamente la responsabilidad del Estado.

9) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SEGÚN SUS FUNCIONES

La responsabilidad del Estado según sus funciones puede derivar del ámbito administrativo, judicial o legislativo.

9.A) Hechos y actos administrativos

En la actualidad se proclama la responsabilidad total del Estado.

En el estudio de la legislación comparada, en Alemania, el Estado era responsable frente a terceros por un acto de gestión del órgano público, más cuando el acto frente a terceros es realizado por el funcionario "en ejercicio del poder público que se le confió" el Estado responde si una ley prohíbe dicho acto expresamente. Esto fue modificado posteriormente, así en la Constitución de Weimar en 1919, se estableció la responsabilidad exclusiva del Estado con derecho a repetir contra el funcionario.

El Código Civil español dice que el Estado es responsable cuando obrase por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien corresponda la gestión. En 1957, al dictarse la ley de régimen jurídico de la administración, se consagra la responsabilidad directa del Estado por los daños ocasionados.

La Constitución de Italia establece, en algunos, casos la responsabilidad directa del Estado, y en otros la responsabilidad indirecta. Cuando el funcionario haya realizado un acto ilícito en el ejercicio de sus funciones, tiene una responsabilidad directa por el mismo, pero también hay una responsabilidad indirecta del Estado en virtud de lo dispuesto por el Código Civil. En cambio cuando sea el mismo ente el que comete el delito, la responsabilidad del Estado será directa, ya que existe un poder ejercido de forma ilegal. Es decir, el Estado, en este caso, abusa de su poder para realizar un acto.

En Estados Unidos existe una fuerte tendencia a la consideración de la responsabilidad directa del Estado. La *Federal Tort Claims Act* estableció en 1946, que el Estado será responsable por los actos que produzcan un daño en la misma forma que una persona privada. Sin embargo, la misma ley establecía que el Estado no es responsable, por los actos realizados en cumplimiento de una ley que con posterioridad fuera declarada inconstitucional, lo cual es un tanto incongruente.

En Inglaterra regía la idea de que la corona estaba exenta de responsabilidad por sus actos, hasta que se dicta la *Crown Proceedings* por la cual desaparece gran parte de los privilegios de la corona, instituyendo un procedimiento común para las demandas contra la misma. Francia es el país más avanzado en cuanto al reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado. Como ya hemos visto al tratar la Sistematización de la evolución histórica, en el derecho francés, el Estado era sólo responsable por los actos de autoridad, más no por los de gestión. Luego

se comienza a distinguir entre falta personal y falta de servicio, haciéndose responsable el estado solamente por éstos últimos, pero a partir de 1951 se consagra la responsabilidad extracontractual del Estado en forma amplia, y declara que el Estado se responsabiliza tanto cuando se trate de una falta personal como de servicio.

En nuestro país se ha llegado a consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado materializándola en algunas leyes. Hasta 1933 se sostuvo la irresponsabilidad del Estado fundándose en la interpretación del art. 43 del Código Civil.

La Corte Suprema cambia el criterio, declarando responsable al Estado por los daños ocasionados al reparar una línea telegráfica, afirmando que, quien presta un servicio, lo debe hacer en condiciones adecuadas, como dispone el Código Civil, y que esta normativa es también aplicable al Estado.

Sin embargo, se mantenía la irresponsabilidad cuando el Estado actuaba como persona de derecho público, salvo que una ley expresamente determinase dicha responsabilidad.

En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia, consagran la responsabilidad total y amplia del Estado por los hechos y actos administrativos lícitos e ilícitos, y aún por los hechos ilícitos cometidos por sus agentes.

9.B) Actos legislativos

El Poder Legislativo también puede producir serios daños con su accionar, por ejemplo al declarar de utilidad pública una actividad privada, o cuando prohíbe otras que hasta ese momento eran lícitas.

Ante una situación de este tipo existen tres posibilidades a considerar:

- a) Que el mismo legislador fije la indemnización en la ley respectiva.
- b) Que no haga mención acerca de la posibilidad de indemnizar.
- c) Que expresamente niegue la indemnización.

Los principales problemas surgen cuando se plantea alguno de los dos últimos casos.

Acerca de la responsabilidad del Poder legislativo, existen aún grandes controversias.

Algunos consideran que ninguna responsabilidad puede derivar de la aplicación de una ley, aunque ocasione perjuicio, puesto que de la sola voluntad del legislador puede derivar una indemnización.

Autores como Duguit, apoyaron la tesis de la responsabilidad, basando su opinión en que si el Estado responde por los daños que le causa a sus administrados, no hay razón para creer que esta cobertura no alcance a los daños derivados de actos legislativos.

Actualmente la doctrina mayoritaria admite la responsabilidad del Estado por el acto legislativo.

En el caso que sea la misma ley la que establece la negación del pago de una indemnización, algunos autores opinan que nada puede hacer el juez ante una ley que expresamente niega esa posibilidad. Sin embargo son pocos los que sostienen esta posición, ya que todo juez tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

En síntesis, si bien existe discusión respecto de la idea de responsabilizar al Estado por sus actos legislativos, la tendencia apunta al reconocimiento de dicha responsabilidad. Ahora bien, para que surja esa responsabilidad y, en consecuencia, la indemnización, es fundamental probar dos cosas, la existencia del daño y la relación entre éste y la actividad legislativa.

9.C) Actos judiciales

La responsabilidad del Estado por el acto judicial, es uno de los problemas que más se ha discutido. Esta responsabilidad surge por errores judiciales, el caso más común es cuando se condena a un inocente.

Cuando se produce un hecho de éste tipo, son dos los aspectos que se deben considerar, por un lado el daño de índole patrimonial, (cesación del negocio, pérdida de empleo, etc.)pero por sobre todas las cosas, el daño moral que sufre el damnificado como consecuencia del error judicial, en cuanto a su relación con su familia, la sociedad, y la posible privación de la libertad.

A lo largo de la historia se ha tratado esta posibilidad de resarcir al particular ante un error judicial. Ya Roma y Atenas lo aceptaban en ciertos casos. No fue así en la época monárquica, en la que debido a la creencia del origen divino del Rey, no se dudaba de su veredicto. Poco a poco, con los cambios producidos en los diversos Estados, fueron surgiendo ordenanzas que reconocían este derecho.

Según Cretella, en el acto judicial, el error puede ser motivado por la factibilidad humana.

Este error puede ser reparado mediante actos de revisión, pero si ya produjo daño, el Estado tiene el deber de repararlo.

Cretella fundamenta la responsabilidad del Estado, ya sea, en la culpa administrativa, que comprende la responsabilidad personal del juez, en el accidente administrativo, que excluye al juzgador, pero compromete al Estado por falla técnica del aparato judicial, o por riesgo integral del Estado, en razón de la igualdad ante las cargas públicas.

10.-RESPONSABILIDAD CIVIL

10.A) PERSONALIDAD Y RESPONSABILIDAD ESTATAL

El reconocimiento de la personalidad jurídica del estado, permite las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra él y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones del poder.

10.B) DERECHO APLICABLE

No existen normas jurídicas específicas que determinen cuales son las condiciones legales para que se opere esa responsabilidad. En algunos casos se exige que la conducta dañosa sea culpable (responsabilidad subjetiva), y en otros se prescinde de ese dato subjetivo (responsabilidad objetiva). En algunos supuesto el daño debe ser físico y apreciable en dinero (responsabilidad material), mientras que en otros es indemnizable el daño moral (responsabilidad moral).

En principio no son aplicables en materia de responsabilidad del estado los principios del derecho civil. El derecho público - en su defecto - y por iniciativa jurisprudencial, ha elaborado una serie de reglas específicas para regularla. Aún se la llama, responsabilidad civil del estado, pero es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco civil en el sentido de regirse por las normas de dicho código. A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.

FUNDAMENTOS

El fundamento jurídico de la responsabilidad del estado se encuentra en la constitución nacional, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos causa un perjuicio especial a un habitante de la nación. Esa responsabilidad existe, sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo.

Si bien es verdad que en la constitución no hay un artículo que atribuya responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado, hay presupuestos

fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos, en los arts. 14 a 20 y 28 de la constitución nacional.

CLASES

La responsabilidad del estado puede surgir previo a la celebración de un contrato (responsabilidad precontractual), en la ejecución y extinción de un contrato (responsabilidad contractual), o sin que medie vínculo contractual (Responsabilidad extracontractual).

En los dos primeros tipos de responsabilidad, se aplican los principios que rigen los contratos administrativos, y se han dejado fuera de un análisis más profundo, por no estar directamente relacionado con la finalidad de éste trabajo.

A) Responsabilidad extracontractual

Surge de una conducta de los órganos del Estado. Puede originarse en un acto o hecho de órgano legislativo, judicial o administrativo. No cualquier acto o hecho del órgano judicial o legislativo comporta responsabilidad judicial o administrativa, así en el congreso cualquier daño ocasionado por él o sus órganos debido a conductas que no comporten específicamente una ley en sentido formal, encuadran en la responsabilidad administrativa y no en la legislativa. En igual sentido, la responsabilidad judicial sólo opera por actos judiciales concretos.

Responsabilidad Extracontractual por acto judicial

La solución clásica ha sido la irresponsabilidad estatal, basada en que el acto jurisdiccional se caracteriza por su fuerza de verdad legal (cosa juzgada). Si se considera que la sentencia declara el derecho, no puede surgir responsabilidad de ella, pues el acto es conforme a derecho.

Pero este principio cesa cuando, por un acto jurisdiccional posterior (revisión), se reconoce que hubo **error judicial** en la sentencia impugnada.

La responsabilidad del estado por actos judiciales se da, por ejemplo, en el derecho comparado cuando una persona es condenada en primera instancia y absuelta en última instancia, o procesada y detenida, siendo después sobreseída definitivamente. El daño y la responsabilidad consecuente pueden emerger de conductas judiciales ilegítimas o, como en la generalidad de los casos, legítimas, razón por la cual alguna doctrina clásica se resiste ha aceptar la responsabilidad estatal.

Las víctimas del error judicial, tienen derecho indemnizatorio, si no fuese así, dicha persona quedaría en inferioridad de condiciones en cuanto al principio de igualdad

de cargas públicas y también se habría violado el derecho de propiedad, entendido en el sentido amplio.

Los daños no sólo son provocados por sentencias erróneas, sino también por actos procesales que no son sentencias, o por la irregularidad o deficiencia con que se ejecutan dichos actos (decretos de embargo o el levantamiento de medidas precautorias, secuestros, extracciones de fondos depositados judicialmente, etc.).

Se sostiene la irresponsabilidad del estado-juez, en primer lugar, basándose en el principio de la autoridad de cosa juzgada y, en segundo lugar, porque la actividad jurisdiccional, generalmente y pese a la existencia de un daño y de una víctima, es legítima y no culpable. No obstante, el estado debe garantizar la integridad y plenitud de la justicia, por ello se propugna la sanción de leyes que expresamente establezcan la obligación de indemnizar a las víctimas en caso de error judicial.

Los requisitos exigidos por los códigos procesales penales de las provincias son:

- 1- supuesto de revisión judicial, es decir segunda sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado;
- 2- procede la indemnización sólo a petición de partes, no de oficio;
- 3- la condena debe ser privativa de la libertad y por más de 3 meses es decir, no procede cuando la condena es de multa, inhabilitación o privación de la libertad por menos de 3 meses;
- 4- la víctima no debe haber contribuido al error judicial con su dolo o con su culpa.

Cuando no se den los supuestos establecidos por las normas procesales procederá a la acción civil o criminal contra el juez y, en principio, su responsabilidad se regirá por el artículo 1112 del Código Civil, pero no sería responsable el estado – juez.

Responsabilidad Extracontractual por Acto Legislativo

a) Principio

Si el acto legislativo se ajusta a la Constitución, aunque su aplicación ocasione daños a los particulares, no implica responsabilidad para el estado.

La jurisprudencia al respecto ha fijado tres pautas:

- 1- partiendo en principio de que el estado no debe indemnización alguna por la privación de propiedad que realiza a través del cobro de impuestos, siempre que estos sean válidos, ha dicho que: " el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos o modificar los anteriores, puede ciertamente producir perjuicio en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una

garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión.";

2- También se expresa que el ejercicio de los poderes de guerra no puede dar lugar a responsabilidad del estado, cuando se lo ejerce "con fundamento en disposiciones legales expresas." ;

3- La misma fuente del derecho ha dicho que el estado no es responsable por las leyes que organizan o regulen un servicio público, aunque de ellas se sigan daños a terceros.

En suma, no existe en principio y en el estado actual de la jurisprudencia argentina, responsabilidad del estado por leyes legítimas, aunque ocasionen daños.

Sin embargo se señalan las pautas interpretativas para los casos de excepción en que la viabilidad de la responsabilidad legislativa parece ser indiscutible, cuando el perjuicio sea especial, la ley inconstitucional o el estado se enriquezca sin causa.

b) Excepciones: La jurisprudencia ha señalado las excepciones a las reglas generales, indicándose los siguientes casos en que se acepta la responsabilidad del estado por acto legislativo.

- Perjuicio especial: la actividad estatal se desenvuelve imponiéndole limitaciones a la actividad de los administrados. A los fines de cumplir su objetivo de bien común, el estado exige aportes a los particulares a través de impuestos, tasas y contribuciones. Pero desde el momento en que esa limitación o contribución afecta a un individuo de manera desigual y desproporcionada, debe actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material debe indemnizarse. La ley que perjudica excepcionalmente a unos pocos, pero beneficia a la colectividad por las ventajas generales que procura, obliga al estado a indemnizar a aquellos a fin de restablecer el equilibrio de las cargas públicas.
- Enriquecimiento sin causa: Se sostuvo que si bien la ley no generaba responsabilidad del estado por el hecho de causar un daño, existía de todos modos responsabilidad del estado si a consecuencia de ello se producía un enriquecimiento sin causa de la administración. El principio de justicia sobre el cual debe fundarse aquí el derecho a indemnizaciones es el del enriquecimiento sin causa. Dos condiciones serán exigidas para que el daño de lugar a reparación:

1- Será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento administrativo.

2- Será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea sin causa.

- Sustitución del derecho por una indemnización. La ley puede reglamentar válidamente un derecho sustituyéndolo por una indemnización, lo cual en verdad quiere decir que la lesión del derecho realizada por la ley quedará purgada, no con la declaración de la inconstitucionalidad de ella sino con la reparación pecuniaria del agravio.
- Responsabilidad por ley inconstitucional. Si se sanciona una ley inconstitucional y con ella se ocasiona un daño, no hay duda que éste constituirá un daño jurídico necesariamente indemnizable.

En el supuesto de las leyes inconstitucionales, como causa estatal generadora de responsabilidad, solo mencionaremos que existe una distinción entre inconstitucionalidad formal u orgánica e inconstitucionalidad material o sustancial.

Responsabilidad Extracontractual por Hechos o actos de la Administración Pública

Los casos referentes a la responsabilidad por acto o hechos emanados de la administración pública constituyen los más frecuentes y los más importantes en esta materia.

Las características propias de la actividad administrativa, el contacto frecuente y directo que la administración mantiene con los administrados, y la amplia gama de esas actividades, son las que inducen ese resultado, pues de tales relaciones se producen frecuentes roces, choques y, como consecuencia, perjuicios en detrimento de los derechos e intereses de los administrados.

Conviene aclarar que al hablar de administración pública se entiende hacer referencia a la actividad administrativa de Estado, con independencia de si esa actividad es cumplida por el Poder Ejecutivo, que es lo más frecuente o por los poderes Legislativo o Judicial, por lo que no habrá de hacerse ningún distingo en este aspecto.

En el ejercicio de la función administrativa es cuando los órganos públicos entran más fácilmente en conflicto con los intereses particulares, originando perjuicios que motivan reclamaciones de las partes afectadas. Es necesario, pues, determinar cuando surge responsabilidad de la administración y en qué medida.

Entonces:

"La responsabilidad extracontractual por actos o hechos administrativos es, desde el punto de vista práctico, cuantitativamente la causa más frecuente de daños, dado el carácter inmediato, permanente y continuo de la actividad administrativa exteriorizada a través de los tres órganos del poder".

Dicho estudio debe abarcar todos los eventos dañosos derivados de la ejecución de la actividad administrativa. Es responsabilidad por actos jurídicos y por hechos. Esto es lógico, porque ese es el contenido de la función administrativa.

Se excluye la responsabilidad de origen convencional, es decir, la que deriva del incumplimiento de vínculos jurídicos convencionales. Esa responsabilidad se rige por otros principios y de ahí que se estudie separadamente.

En cambio, se estudia conjuntamente la responsabilidad personal de los funcionarios públicos. La estrecha vinculación entre ambas responsabilidades hace indispensable la adopción de ese criterio.

La responsabilidad por acto o hecho administrativo es la que primero aparece en derecho público con caracteres propios y definidos. Pero a ese resultado se llega sólo después de una larga y lenta evolución, todavía en proceso en muchos países. El sentido general de esa transformación en el derecho moderno es siempre más o menos el mismo; el viejo dogma de la irresponsabilidad estatal, predominante hace siglo y medio, fue cediendo paulatinamente para dar paso a los principios de la responsabilidad civil aplicados a la actividad administrativa; luego, a su vez, éstos fueron desplazados por conceptos más perfeccionados, propios del derecho público.

Finalmente, corresponde destacar que la doctrina de la responsabilidad por acto o hecho administrativo, si bien guarda cierto paralelismo con la teoría de las irregularidades de los actos administrativos, no mantiene una coincidencia total. En efecto, no siempre que media ilegalidad surge obligación de reparar y a veces existe obligación de indemnizar sin que pueda reputarse a la administración ilegalidad alguna.

Derivados en su mayor parte de la aplicación de las normas del código civil en materia de responsabilidad extracontractual, en este tipo de responsabilidad se han planteado varios problemas interpretativos:

- Distinción entre "responsabilidad directa y responsabilidad indirecta"

Responsabilidad directa es la que corresponde a una persona por hecho propio, (art. 1109 del Cód. Civil).

Responsabilidad indirecta es la que corresponde a un patrón o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo (art. 1113 Cód. Civil).

En el derecho público, y dado el criterio del órgano, se aplica responsabilidad directa del Estado por el hecho de sus agentes, e indirecta por el hecho de sus entes.

- La distinción entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.

En el Código Civil se exige, en principio, que el daño sea producido por una conducta negligente o culposa para que pueda dar lugar a responsabilidad. Algunos autores y fallos han pensado en ocasiones que el Estado como persona jurídica que es, no actúa con culpa por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas. Sin embargo, para el derecho público el Estado actúa a través de órganos que son desempeñados por personas físicas cuya voluntad, manifestada dentro del ámbito de sus funciones, se imputa al Estado considerándose como suya propia; o sea que el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.

Responsabilidad Directa y Responsabilidad indirecta

Distintos criterios de diferenciación:

a) Actuación por funcionarios y empleados

Se dice que los funcionarios, por representar la voluntad del Estado, son órganos suyos, y los empleados, por no realizar sino actividades materiales de ejecución, son sus dependientes.

En efecto, habrá responsabilidad directa del estado cuando actúe un funcionario, o sea un órgano suyo y habrá responsabilidad indirecta cuando actúe un dependiente suyo.

Pero en la legislación argentina no existe distinción entre funcionario y empleado, esto es entre personas que decidan en representación de la voluntad estatal y personas que ejecuten esas decisiones en relación de dependencia. Todos los agentes del Estado, cualquiera fuere su naturaleza, jerarquía o función asumen el carácter de órganos del Estado, de lo que resulta que si todos los agentes del Estado son órganos suyos como ocurre en el derecho argentino, entonces la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes será siempre directa no pudiéndose dar nunca la hipótesis de que por los hechos de tales personas pueda el Estado tener responsabilidad indirecta.

b) Actuación por actos y por Hechos

Se ha pretendido también encontrar la diferencia entre responsabilidad directa e indirecta del Estado según que se trate de actos o de hechos de la Administración. Los primeros configurarían la hipótesis de responsabilidad directa, los segundos los de la indirecta.

Esta distinción carece de fundamento lógico y jurídico, por cuanto está claramente demostrado que ciertos hechos pueden ser directamente imputables a la Administración, comprometiendo precisamente esa clase de responsabilidad.

Ello ocurre en materia de:

- afectación y desafectación de bienes de dominio público que puede producirse por hechos administrativos.
- daños causados por trabajos públicos, respecto de los cuales la Corte Suprema ha dicho "cuando la obra pública desmejora o desvaloriza en cualquier sentido o en cualquier medida los inmuebles linderos, puede decirse que hay por parte de la autoridad una injerencia, y hasta cierto modo, una ocupación de esos inmuebles" es decir se admite que es un hecho de la autoridad, un hecho de la propia administración.
- restricciones administrativas a la propiedad privada, en las que se reconoce que pueden constituirse a través de hechos administrativos, es decir actuaciones materiales directamente imputables a la Administración como propias de ella.
- El empleo de la fuerza pública o sea, de la coerción directa e inmediata a cargo de los órganos policiales administrativos, configura también hechos administrativos, etc.

En definitiva, el hecho administrativo procede directa y naturalmente de los órganos de la Administración y se caracteriza por ser un comportamiento material que representa actividades u operaciones físicas de estos órganos, por medio de los cuales el Estado realiza una actividad administrativa que le es atribuible directamente.

En la práctica administrativa un hecho administrativo puede ser seguido de un acto administrativo que lo ratifica, o viceversa.

El hecho ejecuta operacionalmente al acto; por ello la distinción entre acto y hecho administrativo depende únicamente de la forma en que la voluntad administrativa se exteriorice (intelectualmente o materialmente).

Debe concluirse que tanto los actos como los hechos son directamente imputables al Estado y ambos generan su responsabilidad directa.

c) Actuación legítima y actuación ilegítima

De acuerdo al art. 36 del C. Civil se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, solo producirán efectos respecto de sus mandatarios. En consecuencia, serán actos y hechos propios del Estado los que realicen sus agentes dentro de sus atribuciones (la actuación legítima genera responsabilidad directa), en lo que excedan de ellas, sus actos o hechos no son imputables directamente al Estado. Darán lugar a la aplicación de la responsabilidad indirecta si se dan las condiciones pertinentes: relación de dependencia, culpa, etc. (la actuación ilegítima genera responsabilidad indirecta).

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han desestimado este criterio. La jurisprudencia sostiene con acierto que " la irresponsabilidad de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, más allá de sus atribuciones, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes han obrado dentro de sus propias funciones", sentado así el principio de que un acto es imputable directamente al Estado y lo hace responsable, en su caso, cuando es ejecutado por el órgano dentro de sus funciones, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales.

La doctrina administrativa por su parte niega la aplicabilidad en el campo del derecho público al art. 36 aumentando en esta forma.

-Si por principio un acto administrativo, incluso viciado, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente, obviamente afirmar que el acto ilegítimo, dispuesto en extralimitación de las atribuciones del órgano que lo produjo, mantiene su condición de acto administrativo y no se transforma en acto personal del agente que lo ordena, es repudiar lisa y llanamente aquella norma del Código Civil.

-Si los actos viciados deben impugnarse ante los tribunales llamados "de lo contencioso administrativo" en un juicio contra el estado, se admite con ello que el acto viciado es o puede ser del Estado, propio de él, y no un acto personal del funcionario.

-En materia de funcionarios de hecho (aquellos que tienen un nombramiento irregular), se admite también que sus actos son administrativos, válidos o anulables según los casos, pero administrativos al fin.

En el derecho público es un error pensar que sólo los actos legítimos son propios del Estado y comprometen por tanto su responsabilidad directa, en criterio similar al art. 36 del C. Civil, por el contrario también los actos ilegítimos pueden ser propios del Estado y comprometer su responsabilidad directa cuando han sido realizados dentro del ejercicio aparente de la función encomendada al agente del Estado, sea función regular o irregularmente ejercida, legítima o ilegítimamente manifestada. Mas aún, nunca podría hablarse de nulidad de un acto administrativo si se aplicara el art. 36 del C. Civil, porque todo vicio determinante de nulidad implicaría una extralimitación legal y por lo tanto vendría a ser acto personal del funcionario, no un acto del Estado. En tal criterio, solo serían actos administrativos los actos válidos emanados de una autoridad pública lo cual es un absurdo en derecho público.

d) Actuación de órganos y entes estatales

Las personas que el Estado designa para que se desempeñen en funciones por él encomendadas son agentes suyos y por lo tanto órganos de él. Por ello, no son dependientes en el sentido del art. 1113 del C. Civil. Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, actúan como órganos del Estado, o sea, el Estado actúa directamente a través de ellos.

La responsabilidad del Estado es en consecuencia siempre directa pues no tiene el Estado agentes, esto es personas humanas que no sean órganos suyos.

De ello se infiere que la tesis sostenida por alguna jurisprudencia y alguna doctrina, de acuerdo con la cual el Estado puede ser responsable indirectamente (o sea como empleador por el hecho de sus dependientes) por los actos o hechos de sus agentes es insostenible desde el punto de vista conceptual: la responsabilidad existe pero no es indirecta sino directa.

Tampoco puede afirmarse que cuando el agente actúa dentro de sus funciones es órgano y origina responsabilidad directa, pero que cuando se excede de ellas es dependiente y origina responsabilidad indirecta, puesto que uno de los requisitos fundamentales para que sea procedente la responsabilidad indirecta es que el dependiente haya actuado en el ejercicio de las tareas a él encomendadas por el superior. Luego si el agente actúa en ejercicio de las tareas a él encomendadas actúa como órgano; cuando se excede de ese ejercicio no actúa ni como órgano ni como dependiente, en el sentido de la responsabilidad indirecta.

La responsabilidad directa es la que corresponde al Estado por la actuación de sus órganos. Por otra parte los entes descentralizados del Estado, como dependientes que son del Estado central, comprometen su responsabilidad indirecta. La actividad de los órganos se imputa directamente al Estado, al paso que la actividad de los entes con personalidad jurídica propia se imputa al ente y luego al Estado Central.

SUJETOS RESPONSABLES

El primer gran interrogante consiste en determinar sobre quien recaerá la responsabilidad derivada de la acción administrativa: si debe responder el funcionario con su patrimonio propio, la administración directamente o coexistir ambas responsabilidades.

No hay uniformidad a ese respecto en el derecho moderno, pues persiste una gran variedad de sistemas, no siendo previsible, por el momento, la adopción de soluciones uniformes.

Dentro de esa variedad de sistemas pueden señalarse las principales orientaciones:

- En algunos países predomina la responsabilidad proyectada directamente sobre el funcionario, el cual responde con sus bienes propios frente al particular lesionado. Es la solución que prevalece en España, Perú, etc. Era también, hasta hace pocos años, la que predominaba en Estados Unidos e Inglaterra. Determinadas legislaciones mantienen esa solución, pero extendiendo subsidiariamente a la administración la obligación de reparar. Así ocurre en México.
- Otros regímenes consagran en primer plano la responsabilidad directa de la administración. En la generalidad de los casos, la reparación de los perjuicios ocasionados por la actividad administrativa debe reclamarse a la administración, no a sus funcionarios. Es el sistema que predomina en Alemania e Italia, y actualmente rige en Brasil.

El Alemania la constitución en su art. 131 dice lo siguiente:

Art. 131 de la Constitución de 1919: "Si un empleado, en ejercicio del poder público que se le haya conferido, falta a los deberes que con respecto a un tercero ha debido observar en su cargo, la responsabilidad por el hecho corresponde por principio a la corporación a cuyo servicio estaba el empleado. Esto no excluye una acción posterior contra él. La vía judicial ordinaria no quedará excluida en este caso. Lo demás respecto de este punto corresponde a la legislación".

En Argentina:

Los agentes estatales son también responsables civilmente por los daños inferidos en el ejercicio de la función; pero en la práctica su responsabilidad no se hace efectiva:

- por cuanto los interesados demandan directamente al Estado, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños
- porque el Estado no siempre reclama de sus agentes por los daños cometidos por ellos respecto de terceros y que eventualmente lo obligan a indemnizar.

Entonces no se puede por un lado proponer la responsabilidad absoluta del funcionario, porque este será por lo común insolvente, ni a la inversa, proponer la supresión de la responsabilidad del funcionario. La responsabilidad del funcionario y del Estado es conjunta, correspondiendo en consecuencia demandar a ambos en forma mancomunada; si, pronunciada la sentencia que condena al funcionario y al Estado, no se la puede satisfacer por los bienes del primero por ser ellos insuficientes, entonces corresponderá que el Estado en forma subsidiaria, responda por la totalidad.

11.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Como antecedentes investigativos hemos encontrado diversos trabajos o libros que tratan sobre la responsabilidad contractual y extracontractual dentro de los cuales destacan el escrito por Luis Alcalá-Zamora y Castillo sobre “Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”, abordando temas de convenciones y responsabilidad, cláusulas de no responsabilidad, y de no responsabilidad contractual, sus efectos, su validez, su atenuación y las cláusulas delictuales y penales.

También tenemos la obra de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien ha escrito el libro titulado “Temas Modernos de Responsabilidad Civil” donde trata sobre los daños causados en la actividad judicial, en las huelgas, en los establecimientos educacionales, en la actividad deportiva, y cláusulas referidas a la limitación y a la exclusión de la responsabilidad.

Asimismo, el libro escrito por Matilde M. Zavala de González que trata sobre la “Responsabilidad del Principal por el hecho del dependiente”, donde aborda asuntos de responsabilidad extracontractual, sus alcances y hace un deslinde y análisis comparativo de la responsabilidad del patrón con los demás supuestos de responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno; además, escribe sobre la

naturaleza y fundamento de la responsabilidad del principal; condiciones de la responsabilidad; de la acción de indemnización y de repetición.

De igual forma hemos consultado legislación vigente y el libro de Guillermo Bendezú Neyra quien ha escrito su obra “Legislación Laboral Para los Funcionarios y Empleados Públicos”, donde hace una recopilación de normas sobre el tema y trata en forma práctica la reincorporación al empleo; deberes, obligaciones, impedimentos y prohibiciones, derechos y beneficios de los servidores públicos y por ende de los funcionarios; y, resalta el nombramiento y designación de funcionarios públicos.

12.- OBJETIVOS

12.1. Determinar el índice de quejas sobre el funcionamiento de la administración pública en la defensoría del pueblo desde la dación de la ley 27444.

12.2. Determinar el índice de casos denunciados en la CSJA, en los cuales el administrado imputa una lesión o daño a la administración pública, desde que entró en vigencia la Ley 27444.

12.3. Determinar el índice de demandas por indemnización en contra de la Administración declaradas fundadas en la CSJA desde que entró en vigencia la ley 27444.

12.4. Determinar el índice de casos en los cuales se ha otorgado una indemnización a los administrados en Arequipa desde que entró en vigencia la ley 27444, así como el monto de la misma.

12.5. Determinar si existen criterios establecidos por la Corte Suprema, respecto a la indemnización por la Administración Pública desde que entró en vigencia la ley 27444.

5.- LA HIPÓTESIS

Fundamentación.

Evaluar como se vienen presentando y resolviendo los casos en los cuales los administrados demandan a la administración pública, para que indemnice el daño efectivo, valuable económicamente e individualizado, ocasionado en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de la administración.

“Dado que la entrada en vigencia de la Ley 27444 ha reconocido expresamente el derecho de demandar una indemnización, a los administrados, ES PROBABLE que se hayan generado mayor número de demandas por dicho concepto”.

PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas, Instrumentos y Material de Verificación

- a) Descripción de la Técnica: para el presente trabajo de investigación se empleará fichas de recolección de datos, que permitan recoger la información estadística de las quejas presentadas en la Defensoría del Pueblo en Arequipa, contra la Administración Pública, desde la entrada en vigencia de la Ley 27444.
- b) Asimismo se emplearán fichas de datos para recoger la información estadística de las demandas iniciadas en Arequipa, sobre indemnización por daños en bienes y derechos, consecuencia del mal funcionamiento de la administración pública y el índice de los casos en los cuales se ha otorgado una indemnización a los administrados en Arequipa, desde la entrada en vigencia de la Ley 27444.
- c) Finalmente, se emplearán fichas de datos que permitan recoger los diferentes criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema, para resolver las controversias suscitadas entre la Administración Pública y los administrados, respecto a las indemnizaciones solicitadas por estos últimos, desde la entrada en vigencia de la Ley 27444.

MODELO DE FICHAS

FICHA 1

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS
ESTADISTICOS

ENTIDAD: DEFENSORIA DEL PUEBLO DE
AREQUIPA

FECHA:

QUEJA: _____

FICHA 2

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS
ESTADISTICOS

ENTIDAD: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE AREQUIPA

FECHA:

DEMANDA: _____

FICHA 3

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS
ESTADISTICOS

ENTIDAD: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE AREQUIPA

FECHA:

DEMANDA: _____

Por separado también haremos empleo de las fichas bibliográficas:

Nombre Del Autor:

Título del Libro:

Indicador:

Editorial, Lugar, año

Página Nro.:

Nombre de la biblioteca:

Códigos:

2.- Campo de Verificación

2.1 Ubicación Espacial: La investigación se realizará en la Defensoría del Pueblo, la Corte Superior de Justicia de Arequipa y la Corte Suprema de la República.

2.2 Ubicación Temporal: La investigación se realizará sobre las quejas y demandas interpuestas y resueltas, sobre indemnización de la administración pública desde la entrada en vigencia de la ley 27444, en la Defensoría del Pueblo y la Corte Superior de Justicia de Arequipa y la Corte Suprema de la República, respectivamente.

2.3 Unidades de Estudio: Universo de las quejas presentadas en la Defensoría de Pueblo de Arequipa y las demandas presentadas y resueltas en la CSJA y Suprema de la República, sobre indemnización de la Administración Pública desde la entrada en vigencia de la Ley 27444.

3.- Estrategia de Recolección de Datos

Los datos estadísticos serán consignados en fichas que permitan organizar la información de acuerdo a los objetivos planteados y de ese modo determinar como se vienen presentando y resolviendo las quejas contra la administración pública y las demandas sobre indemnización de la administración pública por hechos que lesionen los bienes y derechos de los administrados.

IV CRONOGRAMA DE TRABAJO

- | | |
|-------------------------------|----------------|
| 1.- Elaboración del Plan | : Mayo |
| 2.- Aprobación del Plan | : Junio |
| 3.- Recolección de los Datos | : Julio-Agosto |
| 4.- Ordenamiento de los Datos | : Septiembre |
| 5.- Análisis y estudio | : Octubre |
| 6.- Informe | : Noviembre |

V BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª.ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997.

- 2.- Bidart Hernández, José Pascal. Sujetos de la Acción de Responsabilidad Extracontractual Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1985.
- 3.- Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños. Civitas Ediciones S.L Madrid 1999.
- 4.- Mosset Iturraspe, Jorge. El Valor de la Vida Humana. Rubinzal y Culzoni S.C.C.C: Santa Fe 1991.
- 5.- Kemelmajer de Carlucci, Aida. Temas modernos de Responsabilidad Civil. 2ª ed. Asesorandina editores. Lima 1992.
- 6.- Bendezú Neyra, Guillermo. Legislación Laboral para los Funcionarios Públicos. 2ª ed. Editora Fecat Lima 2003
- 7.- Bernaldes Ballesteros, Enrique. La Constitución de 1993 Análisis Comparado. 5ª ed Editora RAO S.R.L Lima 1999.
- 8.- Mazeud, Henri y Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. 5ª.ed. Ediciones Jurídicas Europa- America. Buenos Aires 1963.
- 9.- Zavala de Gonzalez, Matilde. La responsabilidad del principal por el hecho del dependientes. 4ª.ed. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L. Buenos Aires 1978.