

**CONSTITUCIONALIZACIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO**

**Su importancia como garantía del Estado de Derecho y como
mecanismo efectivo de reparación de los derechos fundamentales***

LILY KU YANASUPO**

* Los puntos de vista expresados en este documento de trabajo corresponden a los de la autora y no reflejan necesariamente la posición de la entidad en la que actualmente labora.

** Abogada egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente se desempeña como Comisionada de la Defensoría del Pueblo.

SUMARIO:

● *A modo de introducción.* ● *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Su evolución en el Derecho Comparado.* ● *La Responsabilidad Patrimonial del Estado y la importancia de su constitucionalización. Casos emblemáticos: España, Colombia y México.* ● *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en el sistema jurídico peruano.* ● *Perspectiva y conclusión.* ● *Bibliografía.*

“Para nosotros, el fundamento de la responsabilidad del Estado es el bien común. Es decir, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o un grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la administración; por lo tanto, le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione”

Julio I. Altamira Gigena. *Responsabilidad del Estado*, p. 88.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado es considerada en diversos sistemas jurídicos como “una institución absolutamente trascendental” para el Estado Social y Democrático de Derecho, ya que la regulación de esta garantía implica el reconocimiento de que el Estado como cualquier otro sujeto de derecho puede causar daños y, por lo tanto – con mayor responsabilidad que cualquier otro sujeto –, tiene el ineludible deber de indemnizarlos.

Algunos Estados han llegado a considerar que sin esta garantía ningún sistema de protección de las libertades del hombre podría considerarse completo, o siquiera aspirar a referirse a sí mismo como un verdadero Estado de Derecho¹, ya que la reparación integral (incluyendo la respectiva indemnización) debe ser entendida como la culminación necesaria de un acto de justicia².

Para comprender la importancia de esta institución debemos empezar por repasar los aspectos generales de su evolución en el Derecho Comparado y en la jurisprudencia³, la problemática que ha suscitado la determinación de las normas que deben regular el derecho a la reparación por responsabilidad estatal, así como el proceso de reconocimiento constitucional que ha seguido en algunos Estados a partir del siglo XX.

1 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El juicio político y la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento mexicano*, p. 115. CASTRO ESTRADA, Álvaro. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, p. 65. ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección Constitucional del Ciudadano*, p. 254. MARTÍN REBOLLO, Luis. *Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, p. 309.

2 Para hablar en términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Art. 63.1.– Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

3 Digo principalmente en la jurisprudencia, porque los primeros impulsos para postular una teoría de la responsabilidad del Estado se dieron en este ámbito.

Por último, a través de un acercamiento abierto sobre el tema –por tanto, no definitivo–, el presente trabajo realiza un resumido análisis sobre los avances legislativos y jurisprudenciales que ha tenido nuestro sistema jurídico respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, para luego culminar con algunos aportes sobre el tema, los cuales se dirigen básicamente hacia una regulación mucho más efectiva y garantista de los derechos ciudadanos.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado se sustenta básicamente en el mandamiento jurídico romano *neminem laedere* “no debe causarse daño a nadie”. Como bien sabemos, con este principio jurídico se superó la idea primigenia de la venganza privada: “ojo por ojo, diente por diente”⁴, para luego pasar a un sistema de convivencia humana propio de una sociedad civilizada.

Efectivamente, la natural evolución de las civilizaciones dejó establecido que frente a la equiparidad del daño era mejor el establecimiento de un “sistema de responsabilidad constructivo”, adicionándose a este concepto la idea de “reparación”.

Inicialmente el concepto de responsabilidad copó las esferas del Derecho Penal con el propósito de defender los intereses de la sociedad aplicando un castigo al culpable, extendiéndose luego dicha noción al ámbito civil, cuyo objetivo fundamental era la reparación de la víctima o el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, surgiendo entonces lo que actualmente conocemos como la “responsabilidad patrimonial”.

Si bien no es tarea del presente trabajo analizar las diversas teorías que se desarrollaron en torno a la responsabilidad extracontractual⁵, debemos señalar que éstas se fueron determinando según la conducta del autor, sus motivaciones, las circunstancias en que se producía el daño y su gravedad. En ese sentido, se pasó de una idea subjetiva de la responsabilidad del autor según sus particulares circunstancias, hasta objetivar dicha responsabilidad según la peligrosidad intrínseca de la actividad realizada, y en esta etapa era lo que en resumidas cuentas señalaba Raymond Saleilles: “cuando se causa un daño no interesa averiguar si su autor incurrió en culpa, sino saber si el interés social exige su reparación”⁶.

Esta noción privada de responsabilidad marcó propiamente los inicios de una teoría general que en la segunda mitad del siglo XIX extendió sus alcances al Estado como sujeto de derecho, no obstante sus amplias potestades. Antes de esta primera etapa de la evolución de la responsabilidad estatal se podría decir que imperaba la regla de la *irresponsabilidad patrimonial del Estado*, el cual comprendió el Derecho Romano Clásico y la Edad Media. Efectivamente, en estos períodos no se concebía la posibilidad de que el Estado estuviese obligado a compensar los daños causados por su actividad, ello basado en una idea de infalibilidad, realidad que se acuñó

4 Como bien sabemos, la venganza privada se estableció como una regla en el Código de Hamurabi del siglo XVII a.C., también conocida como la Ley del Talión.

5 Para una revisión mucho más exhaustiva sobre el tema, se recomienda la obra de DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo I y II, Fondo Editorial de la PUCP, Perú 2003.

6 “Uno de los grandes méritos de Saleilles fue cambiar el concepto de “pena” por el de “riesgo”, no se trataba de buscar un culpable sino de determinar quién soportaría el daño, defiende la idea de falta objetiva para hacer recaer el riesgo sobre una de las partes”. ARAGONESES, Alfons. “Au-delà du code civil mais par le code civil. Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado”, p. 266.

con la frase de la Inglaterra Medieval *the king can do no wrong* “el rey no comete errores” y que se mantuvo hasta los inicios del siglo XIX⁷.

Respecto a los inicios de la responsabilidad patrimonial del Estado, diversos estudios de Derecho Comparado suelen considerar como una de sus primeras referencias históricas jurisprudenciales al Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia del 8 de febrero de 1873, en virtud de la demanda interpuesta por Juan Blanco contra una compañía estatal de tabaco, propietaria de una vagoneta que arrolló a su hija de 8 años, sufriendo la amputación de uno de sus miembros. Dicho fallo declaró lo siguiente:

*“(…) la responsabilidad, que puede incumbir al Estado, por los daños causados a los individuos como consecuencia de los hechos de las personas que emplea para los servicios públicos, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de individuo a individuo; (...) Que esta responsabilidad no es general, ni absoluta; que tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos particulares (...)”*⁸.

Sobre la base de esta sentencia, y de otras decisiones judiciales que se fueron dictando en el sistema jurídico continental europeo, se logró superar el postulado inglés *the king can do no wrong*, el cual –conjugado con el principio de soberanía– propugnaba la idea general de la irresponsabilidad del Estado, admitiendo únicamente la responsabilidad personal del funcionario que había provocado el daño.

Propiamente, dichos fallos sentaron las bases de un régimen de responsabilidad del Estado, el cual debía abarcar la reparación del daño ocasionado, los aspectos jurídicos de dicha responsabilidad derivadas de la especial condición y posición del Estado dentro del orden jurídico, y las implicancias políticas en juego, si se tiene en cuenta que las funciones desempeñadas por los funcionarios son las propias del Estado como ente unitario, por lo tanto, se cumplen en su representación y en su nombre, sin que ello exima de su cuota de responsabilidad a dichos funcionarios.

Con este importante comienzo pronto surgirían los inconvenientes de determinar los elementos constitutivos de este régimen, dándose la discusión sobre si éstos debían estructurarse según la noción abstracta de culpa y en un error de conducta imputable al aparato estatal (teoría subjetiva), o más bien en la simple demostración de la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta y el daño ocasionado (teoría objetiva).

Como bien sabemos, la culpa es un concepto personalísimo que difícilmente podría aplicarse al Estado como ente abstracto; por lo que, elegir la teoría subjetiva nos regresaba nuevamente a la responsabilidad personal del funcionario que había provocado el daño. Y por ello, esta segunda etapa se caracterizó por el predominio de la *responsabilidad indirecta y subsidiaria del Estado*, basado en la noción de culpa, obligándose a que la primera acción del ciudadano se dirigiese al funcionario por su conducta ilícita.

7 Este principio rigió en Inglaterra hasta 1947, año en el que se aprobó la *Crown Proceedings Act*, según la cual la corona tendría en lo sucesivo el mismo tratamiento que un particular.

8 *“Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; (...) Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés” – Arrêt Blanco du Tribunal des Conflits.*

Así también, en esta etapa se aplicaron las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, imputándose responsabilidad al Estado por los actos de los que se encontraban bajo su supervisión, es decir, por no cuidar o vigilar adecuadamente a sus empleados o dependientes⁹. Sin embargo, se hacía necesario el establecimiento de reglas propias para una teoría de la responsabilidad del Estado basado en normas de Derecho Público.

¿Y por qué este tipo de responsabilidad que vinculaba al Estado con el individuo no podía regirse simplemente por las normas de Derecho Privado? Como bien dijéramos, en una primera etapa el juez se servía del Derecho Común como fuente de interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta orientación fue reemplazada y superada por los principios propios del Derecho Público, pues resultaba inconveniente acudir a normas que rigen el Derecho Civil para declarar la responsabilidad del Estado por su actividad, en especial en lo que respecta a su responsabilidad extracontractual, en virtud de que la responsabilidad civil atiende a un sistema jurídico de relaciones intersubjetivas entre particulares; en ese sentido, sus reglas no pueden ser aplicadas a los sujetos de Derecho Público, los cuales además de gozar de potestades públicas, tienen obligaciones constitucionales y legales para con el interés general, tal es el caso por ejemplo, cuando la afectación tiene que ver con derechos fundamentales¹⁰.

El primer paso en fijar un nuevo esquema de *responsabilidad directa del Estado*, aunque todavía sobre el concepto tradicional de culpa, lo dio Alemania con el Art. 131 de la Constitución de Weimar:

“Si un funcionario, en el ejercicio del cargo que le está encomendado, infringiere su deber profesional con respecto a terceros, la responsabilidad recaerá primariamente sobre el Estado o la Corporación a cuyo servicio se halle el funcionario, quedando reservada la acción contra éste (...).”¹¹

Sin embargo, abriendo paso hacia una nueva etapa orientada a fijar las bases de una *responsabilidad objetiva del Estado*, fue Francia el país que rápidamente se apartó de las reglas del Código Civil y de la culpa como fundamento básico de la responsabilidad estatal, construyendo de esta manera un modelo autónomo de responsabilidad del Estado, propugnado incipientemente en el *Fallo Blanco*, y basado en principios y reglas de Derecho Público.

De esta manera, Francia introdujo el concepto de *responsabilidad por falla o falta del servicio* para diferenciar el daño ocasionado por actos puramente personales del funcionario público, de aquel daño producto de los actos directamente vinculados a las tareas oficiales del Estado; en otras palabras, se le dio relevancia al hecho de que el daño se originaba con ocasión de la prestación de un servicio público y del ejercicio de una función cuya competencia le corresponde al Estado:

9 Estas eran las llamadas culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*.

10 Sobre la naturaleza de los derechos fundamentales, me parece oportuno realizar la siguiente cita: “La naturaleza de los Grundrechte es doble (Doppelcharakter) pues, por un lado, presentan una dimensión individual, que les da la apariencia de derecho público subjetivo, y, por otro, una dimensión objetivo-institucional, que implica “la garantía jurídico-constitucional de ámbitos vitales regulados y conformados con arreglo a criterios de libertad que (...) no se dejan reducir a la relación unidimensional individuo-estado ni tampoco se dejan fundamentar únicamente en el individuo. (...) Tanto el aspecto subjetivo como el objetivo forman parte del derecho fundamental, fortaleciéndose recíprocamente. La significación individual es, por decirlo de algún modo, la primigenia, pues los derechos fundamentales son esencialmente derechos públicos subjetivos. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Peter Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, 2004, p. 557.

11 “Artikel 131.- Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten” Die Verfassung des Deutschen Reichs [Weimarer Reichsverfassung] vom 11. August 1919.

“El Estado tiene el deber de responder por los daños que cualquier malfuncionamiento de las tareas administrativas a su cargo pueda causarle a una persona, abstracción hecha de que ese malfuncionamiento haya podido ser, o no, por una conducta culposa.”¹²

Sin embargo, la debilidad de este sistema fue la dificultad de demostrar que la falla del servicio consistía en una irregularidad propia del desempeño de una tarea pública y no en la culpa personal del funcionario. El criterio más común para deslindar dichas responsabilidades decía que existía falta personal cuando se actúa fuera del servicio, y existía falla del servicio cuando se provocaba el daño en el ejercicio de la función, ello sin perjuicio que, en algunos casos, dichas responsabilidades pudiesen acumularse. Por lo que no demoró en admitirse que para esta teoría la prueba de la falla del servicio o de la existencia del vínculo causal resultaba en la mayoría de los casos de imposible demostración.

Dadas estas complicaciones, no tardó en surgir un nuevo modelo de responsabilidad que al principio, y por excepción, admitía que el Estado debe asumir la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos alrededor del ejercicio de sus tareas, aún en los casos en los que el servicio se hubiese prestado de manera cabal. Esto se dio bajo el criterio de que la víctima no tenía por qué sufrir dichos daños¹³, y que la prestación oportuna y correcta del servicio no bastaba para exculpar al Estado. Este nuevo modelo de *responsabilidad sin falta* no tenía como fundamento la falla del servicio, sino el sólo hecho de un tercero perjudicado en el marco de la prestación de un servicio público.

Así, mientras que Francia se mantuvo en la teoría de la responsabilidad por falta o falla del servicio, admitiendo que por aplicación de la teoría objetiva del riesgo¹⁴ podía presentarse en algunos casos una *responsabilidad sin falta*, otros Estados como Italia, España, Colombia y México acogieron esta nueva teoría como regla general, enfocándose ya no en las circunstancias de la conducta del funcionario, sino en el daño sufrido por la víctima, consolidándose en estos ordenamientos jurídicos la *responsabilidad directa y objetiva del Estado*.

Finalmente, debemos anotar que en la actualidad la idea de reparación ha evolucionado hasta alcanzar una etapa en la cual la *responsabilidad internacional de los Estados* por la conducta de sus agentes ha adquirido relevancia en el ámbito de derecho interno, responsabilidad que se encuentra recogida en instrumentos internacionales, principalmente para los temas de violación de derechos humanos, previéndose mecanismos de reparación interna¹⁵.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y LA IMPORTANCIA DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN. CASOS EMBLEMÁTICOS: ESPAÑA, COLOMBIA Y MÉXICO

Como bien sabemos, el Estado Democrático de Derecho surge por convención de los gobernados para la protección de sus derechos fundamentales; con tal finalidad, cada individuo de la sociedad política delegó en el Estado el poder público. Sin embargo, si bien el Estado debe velar porque los derechos de los ciudadanos no sean transgredidos, ya sea en sus relaciones con

12 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Ob. cit. p. 266.

13 Esta idea surge de la teoría de la igualdad, equidad o proporcionalidad de las cargas públicas, basada en el Art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

14 Según esta teoría, la fuente de la responsabilidad es el riesgo que en determinadas actividades el Estado coloca a los particulares.

15 FIX-ZAMUDIO, Héctor. Ob. cit. p. 116. Tal es el caso de los Arts. 10 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

otros particulares o con el propio Estado, no deja de ser cierto que éste desde siempre ha sido una amenaza para los derechos de los gobernados. En realidad, como en alguna oportunidad se dijera: “el Estado es la mayor amenaza en tanto que ningún miembro de la sociedad ostenta tanto poder como éste”¹⁶.

En ese sentido, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado como un instituto central del Estado de Derecho da surgimiento al derecho de los ciudadanos a ser indemnizados directamente por el Estado, cuando éste produzca daños que los ciudadanos no estén en la obligación de soportar.

Es así que en la segunda mitad del siglo XX, los Estados que admitieron dicha institución fueron marcando sus tendencias hacia alguna de las teorías sobre la responsabilidad del Estado, las cuales –tal como hemos reseñado párrafos arriba– se fueron desarrollando a partir de la expedición del Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia.

Asimismo, la confirmación de la responsabilidad estatal como uno de los bastiones del Estado de Derecho, para algunos Estados corrió en paralelo con la necesidad de que ésta fuese incluida en la Constitución y alcanzara la calidad de principio y derecho constitucional. Específicamente, esta exigencia respondía a la siguiente lógica: así como la Constitución consagra los principios que deben inspirar al Estado para la debida protección de los derechos fundamentales y constitucionales del ciudadano, deberes que se encuentran íntimamente relacionados con la razón de ser del Estado, con igual énfasis la Constitución también debe prever el principio de responsabilidad para los casos en los que el Estado quebrante dichos deberes, ocasionando perjuicios al ciudadano.

Por lo tanto, este deber de reparación e indemnización por parte del Estado tiene su propio fundamento en el deber constitucional de defensa de la persona humana y del respeto de su dignidad, como obligaciones primarias:

*“(…) finalmente, también era por eso por lo que debía buscarse la oportunidad de entronizar en la Constitución una regla clara y precisa sobre el particular que no requiriera de un proceso más o menos complejo de inducción o deducción. Una regla de derecho que hiciera expreso reconocimiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado como una de la garantías sociales de carácter fundamental”.*¹⁷

Ahora bien, el proceso de aceptación, desarrollo y reconocimiento de esta garantía se ha dado, aunque no en la mayoría de países, en algunos Estados cuyos sistemas jurídicos han servido como referentes importantes para el desarrollo de instituciones trascendentales en el ordenamiento jurídico nacional. Por lo que de manera muy concisa, dada la naturaleza del presente trabajo, se reseñará el proceso de reconocimiento constitucional que ha seguido la responsabilidad patrimonial del Estado en España, México y Colombia.

España

El problema que se suscitó para la doctrina española fue determinar si la responsabilidad patrimonial del Estado se generaba solamente bajo el supuesto de la acción irregular o anormal de los servicios públicos.

16 BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando. *Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Sistema Español*, p. 2.

17 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional*, 2008, p. 883.

Posteriormente, se llegó al entendimiento que dicha responsabilidad también se puede generar aún cuando los servicios públicos han sido prestados con diligencia y dentro del marco de la ley. Para esto se argumentó que, aún bajo el supuesto del funcionamiento cabal y correcto del servicio, ningún ciudadano debe soportar una carga injustificada –atendiendo principalmente a la gravedad del daño–, que se vulnera el postulado jurídico de la igualdad frente a las cargas públicas, y que la sociedad a través de sus contribuciones al Estado mantiene un seguro que lo protege aun en estas situaciones¹⁸.

De esta manera, a partir del año 1954, con la Ley de Expropiación Forzosa en España, el sistema jurídico español basó su régimen de indemnizaciones por parte del Estado en el principio de responsabilidad directa objetiva de las entidades públicas por el daño generado a los ciudadanos, tanto por el funcionamiento normal como anormal de los servicios.

Aunque inicialmente hubo resistencia de los tribunales españoles para poner fin al “injustificado privilegio de exoneración” del cual gozaba el Estado para responder por los daños que ocasionaba, toda una generación de autores españoles, entre los que destaca Eduardo García de Enterría¹⁹, se encargaron de estudiar y perfilar este nuevo sistema de responsabilidad que no sólo generó conciencia en los propios tribunales, sino también en la propia ciudadanía española que para 1970 reclamaba con mayor ímpetu, ante la administración o ante los tribunales, su derecho a la indemnización por los daños que le provocase el Estado.

Efectivamente, para la doctrina española “un Estado de Derecho debe comprender un sistema de garantía efectiva patrimonial, no sólo frente a los despojos expropiatorios que legítimamente el poder público puede realizar para llevar a cabo sus tareas en pos de la satisfacción eficaz de las necesidades colectivas, sino que dicha garantía debe también extenderse, sin la menor duda, a aquellos daños que voluntaria y, la mayor parte de las veces involuntariamente en el desenvolvimiento de sus quehaceres, el poder público causa a los ciudadanos (...)”²⁰.

Sin embargo, no bastaba con que el principio de responsabilidad directa objetiva de las entidades públicas fuese regulado por la ley ordinaria, pues entonces corría el riesgo que este principio pudiese ser eliminado, modificado o alterado por la simple decisión del poder legislativo; por lo tanto, su incorporación al texto constitucional era de importancia relevante. Es así que la Constitución Española de 1978 le otorga a este principio el reconocimiento como derecho constitucional:

“Artículo 106.2.– Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos.”

18 TEISSIER, Jorge. *La responsabilité de la Puissance Publique*, p. 147: “Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el poder público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad (...). Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes”. Citado por CASTRO ESTRADA, Álvaro. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo*, p. 536.

19 Sus estudios dogmáticos se consideran los más importantes sobre responsabilidad patrimonial de la administración: *Propiedad expropiatoria y garantía patrimonial en la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1955. *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956. *La Responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho Español*, 1964.

20 LEGUINA VILLA, Jesús. *Origen y Evolución de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, p. 2.

Actualmente este derecho de carácter constitucional se encuentra desarrollado por las leyes ordinarias y por la jurisprudencia española, ámbitos que han delimitado la responsabilidad que le corresponde a cada uno de los poderes del Estado de conformidad con las potestades que ostentan. Es decir, existe una responsabilidad patrimonial del Estado por la acción del gobierno y la administración pública regulada en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992); existe una responsabilidad patrimonial del Estado por la acción de los órganos jurisdiccionales, regulada en el Art. 121 de la Constitución española y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985); y, existe una responsabilidad patrimonial del Estado por la acción de los órganos legislativos, o lo que también se ha denominado la “responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, aspecto que ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español²¹ al declarar la nulidad de una ley por vicios de constitucionalidad y determinar que se debe restituir a los gobernados en el goce de sus derechos²².

También, es preciso señalar que actualmente en el ámbito de toda la Unión Europea rige el principio de responsabilidad directa de los Estados, según el cual todo Estado miembro tiene que responder directamente de los daños que cause a cualquier ciudadano de la Unión Europea, a sus propios ciudadanos, o a cualquier otro de la Unión por el incumplimiento del Derecho Comunitario²³.

Colombia

La evolución jurisprudencial que tuvo el Estado colombiano a partir de la segunda mitad del Siglo XIX para resolver los casos sobre responsabilidad estatal, se encuentra marcada por una dualidad de jurisdicciones a cargo de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Esta división también supuso la aplicación de normatividades distintas para dirimir los conflictos, aunque en términos generales ambas etapas reflejaron el influjo del modelo francés, para luego adoptarse en el año 1991 una fórmula normativa muy parecida al actual modelo español.

Respecto a la primera etapa, para algunos autores los inicios de la materia se sustentan en la Sentencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia del 7 de diciembre de 1864 (casi 10 años antes del Fallo Blanco), la cual declaró la responsabilidad del Estado por la ocupación del Ejército colombiano en el inmueble de un ciudadano para usarlo

21 Lo cual no quita que el tema sea controversial y que sigan postulándose tesis doctrinales positivas y negativas al respecto, como las de: LEGUINA VILLA, Jesús. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1993. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional*, 2008. Así también, AHUMADA RUIZ, María Ángeles. *Responsabilidad Patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)*, 2001: “Por un lado puede ser el paso necesario para la instalación, al fin, en nuestro ordenamiento, de una particular versión del principio del «due process of law»: digamos, «nadie puede sufrir lesión o privación de sus derechos e intereses legítimos sino en virtud de una ley constitucional».”

22 Se considera como un importante precedente judicial el fallo del 2 de enero de 1978, dictado por la Magistratura del Trabajo N.º 11 de Madrid, mediante el cual se inaplicó la ley 46 del 15 de octubre de 1977 de Amnistía, en su aspecto laboral. En esta Sentencia se consideró acertado que las consecuencias de la aplicación por parte del empleador de una ley que posteriormente es declarada ilegítima, no recaen sobre él, sino sobre el Estado, y es éste último el obligado a reparar mediante indemnización.

23 Este principio fue establecido en la célebre Sentencia del año 1991 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo, conocida con la “Sentencia Franckovich”. También se encuentra recogido en el Art. 288 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada por el Tratado de Amsterdam del 02.10.1997): “(...) En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros (...)”.

como parque de artillería, y el cual resultó finalmente destruido por un incendio²⁴. Sin embargo, no existía un principio general que obligase al Estado a resarcir cuando los daños le fuesen claramente imputables.

Las teorías de la responsabilidad directa e indirecta coexistieron en esta etapa, aplicándose indistintamente por los tribunales. A este esquema se le denominó “*organicista*”²⁵. Posteriormente, la Corte decidió unificar sus criterios en materia de responsabilidad estatal, prefiriendo la aplicación de la teoría de la falla del servicio²⁶. Sin embargo, en la práctica esta teoría terminó influenciada por las normas civiles que regían la responsabilidad extracontractual y por criterios privatistas, impidiendo el desarrollo de un sistema propio de responsabilidad estatal fundado en el Derecho Público.

En la segunda etapa, que se inicia a partir del año 1964, se le atribuye al Consejo de Estado la competencia general para resolver las controversias sobre responsabilidad patrimonial del Estado como supremo tribunal de lo contencioso administrativo, instituido en 1914²⁷.

Dos sentencias se le atribuyen al Consejo de Estado que marcaron el inicio de un sistema de responsabilidad basado en las normas de Derecho Público. La Sentencia del 29 de julio de 1947²⁸ que reafirmó que el hecho de ser causa de un perjuicio hace responsable al Estado, así se haya incurrido o no en culpa, así se haya actuado o no correctamente. Y la Sentencia del 2 de noviembre de 1960²⁹ que resaltó la importancia de la responsabilidad estatal como piedra angular del Derecho Administrativo.

En ese sentido, se prosiguió con la noción de falla del servicio como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado y paralelamente con aquellas otras nociones que permitían responsabilizar al Estado aun en los casos en que el demandante no pudiese demostrar la culpa o la falla del servicio (por actividades peligrosas, riesgo excepcional o daño especial).

Sin embargo, en esta segunda etapa de la jurisprudencia colombiana para resolver los temas sobre responsabilidad estatal se mostró con mayor fuerza la necesidad de los tribunales en fundamentar sus decisiones en un soporte normativo de naturaleza constitucional. Tal es así, que la Sentencia del 2 de noviembre de 1960 se preocupó por encontrar un sustento constitucional a dicha responsabilidad, y siendo que su enunciación no tenía un carácter constitucional explícito, el Consejo sustentó dicha responsabilidad en el Art. 16 de la Constitución de Colombia de 1886:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Entonces se decía que: “*si, tal como con razón lo habían venido pregonando los jueces, la responsabilidad del Estado constituía uno de los postulados esenciales del ordenamiento jurídico de una*

24 HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial*, 1991, p. 641.

25 HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia*, p. 110.

26 Fallo de la Sala de Casación Civil del 30 de Junio de 1962. ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección Constitucional del Ciudadano*, p. 275.

27 Ordinal b) del Art. 30 y Ordinal c) del Art. 32 del Decreto Ley 528 de 1964, expedido por el Gobierno Nacional de Colombia.

28 *Anales del Consejo de Estado*, Tomo LVI, N.º 357 a 361, p. 437 y siguientes.

29 *Anales del Consejo de Estado*, Tomo LXII, N.º 387 a 391, p. 154 y siguientes.

nación civilizada, ella tenía que tener una expresión constitucional”³⁰. Ciertamente, en torno a dicha responsabilidad gravitaba la posible afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de parte de quien se dice tiene el deber constitucional de protegerlos.

Posteriormente, en la Constitución de Colombia de 1991 se da el reconocimiento explícito de la responsabilidad patrimonial del Estado como garantía de carácter constitucional y como un instrumento de protección de los derechos ciudadanos:

“Artículo 90.– El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Así también, se institucionalizó en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) la responsabilidad directa y patrimonial del Estado por errores judiciales.

Respecto a la responsabilidad derivada de la función legislativa, en Colombia ha sido mayoritaria la posición de no admitirla, básicamente sobre los siguientes criterios: a) la soberanía, ya que no se puede limitar la facultad del pueblo soberano a autorregularse, b) la naturaleza general y abstracta de la ley, que hace imposible pensar que ésta pueda producir un perjuicio personal y concreto, c) la existencia de un sistema de control constitucional de las leyes, que ya contempla mecanismos para la impugnación de normas inconstitucionales.

Cabe señalar que, a pesar que desde la introducción de este principio Colombia maneja cifras alarmantes en cuanto al pago de indemnizaciones³¹, lejos de propiciarse posturas conducentes a erradicar dicha figura del panorama jurídico colombiano, este país ha ratificado su interés en promover una cultura de reparación desde el Estado.

México

Los primeros antecedentes del sistema de reparación patrimonial del Estado mexicano fueron las Leyes de Juárez del 11 de febrero, 25 de marzo y 17 de diciembre de 1860, en las cuales se acordó una indemnización a las víctimas de los daños en sus bienes muebles e inmuebles ocurridos durante el bombardeo en Veracruz³².

Se dice que para la elaboración de estas normas el legislador mexicano tomó en consideración el riesgo que la guerra genera y el daño necesario de reparar, por lo que se podría decir que el legislador se basó en un criterio de responsabilidad objetiva.

30 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Ob. cit. p. 291.

31 Para el año 2000, el pago de indemnizaciones en Colombia bordeaba el 1% de su presupuesto nacional (lo cual equivalió aproximadamente a \$ 249,197,861). HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia*, p. 106.

32 HADMAN AMAD, Fauzi. *Antecedentes y Régimen Actual de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en México*, p. 36. Estas leyes formaron parte de las Leyes de Reforma expedidas por el presidente Benito Juárez entre 1859 y 1860. Estas reformas completaban de una manera radical la Constitución de México de 1857. El objetivo principal de estas leyes era separar a la Iglesia del Gobierno o Estado, castigando al clero por su intervención en la política, y por haber ayudado con sus bienes al sometimiento de la guerra, favoreciendo a los conservadores (Guerra de Tres Años o Guerra de Reforma).

Desde entonces, y con motivo de los movimientos revolucionarios que azotaron a México a partir de 1910 a 1917, se expidieron una serie de normas para regular la responsabilidad del Estado por daños sufridos en la persona y en la propiedad, así como las correspondientes reclamaciones tanto por los daños generados por las fuerzas rebeldes, como los causados por el propio gobierno en la lucha contra éstos³³. El criterio seguido también fue el objetivo.

Sin embargo, con la expedición del Código Civil Federal de México del 31 de agosto de 1928 se estableció una responsabilidad subsidiaria subjetiva del Estado, que impedía demandar directamente al Estado³⁴:

“Artículo 1,927.- El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.”

En este período la jurisprudencia fue escasa y sin un criterio sólido; mientras por un lado surgían importantes propuestas para superar esta situación, por el otro se encontraba la oposición de las autoridades judiciales que hacían referencia a la imposibilidad de cubrir con recursos públicos la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por la conducta de los funcionarios³⁵. Esta última postura terminaba prevaleciendo.

Finalmente, se logró la modificación de esta postura judicial con la Ley de Depuración de Créditos del 31 de diciembre de 1941, antecedente legal que fundamenta su importancia en haber derogado el sistema de responsabilidad subsidiaria del Estado regulado en el Código Civil Federal de México³⁶.

Efectivamente, adoptando el criterio de la *falla del servicio* desarrollado por el sistema jurídico francés, el segundo párrafo del Art. 10 de la Ley de Depuración de Créditos declaraba la responsabilidad del Estado por los daños causados únicamente durante el ejercicio irregular o anormal del servicio público, estableciéndose de esta manera la responsabilidad directa del Estado:

“Artículo 10.- (...) Cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho dan origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos.”

33 Éstas fueron los Decretos del 31 de mayo y 30 de julio de 1911, complementadas en 1913, que crean y reglamentan la Comisión Consultiva de Indemnizaciones por los daños sufridos en la revolución de noviembre de 1910, y la Ley de Reclamaciones del 31 de mayo de 1911, sustituida en 1917 y en 1919.

34 Era necesario identificar primero al funcionario causante del daño, y sólo en el caso que éste no pudiese responder con la reparación, se proseguía contra el Estado.

35 FIX-ZAMUDIO, Héctor. Ob. cit. p. 116.

36 El objeto de esta Ley era que el Ejecutivo reconozca las obligaciones no prescritas del Gobierno Federal, por hechos jurídicos acontecidos en el período del 1 de enero de 1929 al 31 de diciembre de 1941.

Sin embargo, el principal problema en establecer este derecho fue proveer al Estado del suficiente presupuesto para afrontar las sentencias condenatorias, además de las falencias conceptuales de las cuales adolecía esta Ley, por lo que fue derogada el 14 de enero de 1988³⁷.

Este retroceso fue subsanado el 10 de enero de 1994 con algunas modificaciones al Código Civil, las cuales condicionaban la responsabilidad directa del Estado a la identificación del funcionario causante del daño, a la comprobación de la ilicitud y a la existencia de dolo. Debido a estas cargas, la responsabilidad del Estado resultaba siendo en la práctica subsidiaria.

Después de muchos avatares, y bajo una influencia notable de la doctrina española —la cual sustenta su sistema de responsabilidad estatal en la lesión antijurídica del derecho a la integridad patrimonial de los particulares, y justifica la indemnización ante una lesión en los bienes o derechos del individuo, cuando éste no tiene la obligación jurídica de soportarla³⁸—, el 14 de junio de 2002 México incorporó a su Constitución Federal de 1917 el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado de naturaleza objetiva y directa:

“Artículo 113.- La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.”

Esta reforma es calificada como una de las más trascendentales en la historia de la responsabilidad del Estado en el Derecho mexicano, ya que estableció dos obligaciones estatales para su aplicabilidad: 1) la expedición de la ley de desarrollo constitucional por parte del Congreso, en los ámbitos federal y local, y 2) la asignación de la partida presupuestal necesaria en los tres niveles de gobierno, para el cumplimiento de las sentencias condenatorias.

En cumplimiento de este mandato, el 31 de diciembre de 2004 se expidió la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que fija las bases y procedimientos para indemnizar a quien sufra daños por la actividad administrativa irregular del Estado, y el presupuesto que deberá afectarse para tales efectos.

Al respecto, el profesor Álvaro Castro Estrada, quien ha realizado importantes estudios sobre el desarrollo de esta garantía en el Derecho mexicano y cuya investigación doctoral sirvió de base para la reforma constitucional antes señalada³⁹, ha escrito que esta nueva garantía constitucional a nivel federal constituye un trascendental avance en el ordenamiento jurídico mexicano que dota a los administrados de un nuevo medio de defensa frente a la administración pública, y fortalece al Estado de Derecho⁴⁰:

37 DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. *El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, p. 11.

38 *“Esta importante teoría denominada de la lesión antijurídica, formulada e impulsada principalmente por Eduardo García de Enterría en España (...), predica que se desplaza el elemento básico de la ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación de quien sufre el perjuicio, siempre y cuando no tenga el deber jurídico de soportarlo. Es precisamente a este giro copernicano consistente en el mencionado desplazamiento de la antijuricidad de la conducta causante a la antijuricidad del daño patrimonial ocasionado, como fundamento de la obligación resarcitoria, lo que se ha llamado objetivización de la responsabilidad patrimonial del Estado”*. CASTRO ESTRADA, Álvaro. *Ob. cit.* p. 538.

39 Investigación doctoral *Hacia un Régimen de Responsabilidad Patrimonial del Estado en México para el año 2000*, posteriormente publicada bajo el título *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México: Editorial Porrúa, 1997.

40 CASTRO ESTRADA, Álvaro. *Análisis Jurídico de la Reforma Constitucional que incorporó la Responsabilidad Patrimonial del Estado a la Constitución Mexicana*, p. 206.

“Debe reconocerse como un gran logro para el derecho en México el haber incorporado el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, cuyas principales finalidades son:

- *Cumplir con un imperativo de justicia y fortalecer el estado de Derecho mexicano.*
- *Elevar la calidad de los servicios públicos.*
- *Profundizar o restablecer la confianza de los gobernados frente al Estado, así como en la respetabilidad de derecho como el mejor instrumento de solución de los problemas de la convivencia social.”*

Con estos importantes avances para la consagración de esta garantía a nivel constitucional, la doctrina mexicana ha redefinido la responsabilidad patrimonial del Estado como *“una institución jurídica que, mediante criterios objetivos de Derecho Público, establece la obligación directa del Estado de indemnizar a los particulares que hayan sido lesionados antijurídicamente en sus bienes o derechos, como consecuencia de la actividad del propio Estado”*⁴¹.

Bajo la perspectiva de esta nueva formulación jurídico-dogmática, la indemnización puede provenir de una conducta lícita o ilícita, siempre y cuando la lesión de la que provenga sea antijurídica, la cual no se debe buscar en la conducta del autor del daño, sino en demostrar que el ciudadano no tenía la obligación jurídica de soportarla.

Así también, la doctrina mexicana ha desarrollado cada una de los elementos esenciales de su sistema de responsabilidad estatal, delimitando las nociones conceptuales de *daño, imputabilidad, relación causal, indemnización o reparación y acción de regreso*⁴².

No obstante, para algunos autores —aun con estas innovaciones legislativas— siguen existiendo ciertas imprecisiones e incongruencias, que con el tiempo se espera se vayan superando por el mismo proceso de adaptación al sistema⁴³.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

En el ámbito constitucional: responsabilidad por errores judiciales en los procesos penales y detenciones arbitrarias

Nuestra Constitución de 1993, en su Art. 139.7, prevé el derecho a la indemnización de los ciudadanos por los errores del Estado, específicamente de los órganos jurisdiccionales⁴⁴. Sin embargo, éste derecho se restringe sólo para dos supuestos: los errores judiciales en los procesos penales y las detenciones arbitrarias.

No obstante, debemos señalar que el Tribunal Constitucional peruano a través de su jurisprudencia ha desarrollado *el principio de interdicción de la arbitrariedad* de los poderes públicos, según el cual será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el Art. 31 de la Constitución. Por lo que existe un

41 CASTRO ESTRADA, Álvaro. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo*, p. 546.

42 HADMAN AMAD, Fauzi. Ob. cit. p. 36.

43 DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano*, p. 70.

44 Esta disposición constitucional consolidó los incisos 5 y 16 del Art. 233 de la Constitución de 1979.

reconocimiento constitucional implícito de este principio, del cual –entendemos– debe derivar la obligación del Estado de reparar al ciudadano por sus actos lesivos y arbitrarios:

“El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora (...). Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado (...) a) *En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.* b) *En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”*⁴⁵.

En el ámbito legal: desarrollo del derecho a la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, responsabilidad civil de los jueces y responsabilidad por los actos de la administración pública

Legalmente hemos tenido algunos avances respecto a la responsabilidad estatal. Por ejemplo, la Ley N.º 24973 de Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias del 28 de diciembre de 1988, desarrolló los incisos 5 y 16 del Art. 233 de la Constitución de 1979, creando además el Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias. Esta Ley establece que para el caso de los errores judiciales, la Sala que declara la sentencia errónea o arbitraria o el juez que expide la sentencia absolutoria es quien determina el pago de la indemnización correspondiente; y para el caso de las detenciones arbitrarias, la demanda de indemnización deberá tramitarse como proceso abreviado ante el juzgado civil del lugar donde se llevó a cabo la detención o donde tiene su domicilio el afectado.

Respecto a la responsabilidad de los jueces en la justicia civil, ésta también deberá tramitarse como proceso abreviado, de conformidad con los Arts. 509 al 518 del Código Procesal Civil. De esta manera se establece el derecho a la indemnización de los justiciables cuando el juez en el ejercicio de su función jurisdiccional cause daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. En estos casos, la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expidieron la resolución causante del agravio.

Sobre la responsabilidad de los actos de la administración pública, ésta inicialmente fue regulada en la Ley N.º 27444 del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001:

“Artículo 238.- Disposiciones Generales

238.1 Los administrados tendrán Derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que surjan en cualquiera de sus bienes y Derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

238.2 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

45 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC.

238.3 *El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.*

238.4 *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.*

238.5 *La cuantía de la indemnización incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo.*

238.6 *Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente 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."*

Posteriormente el Art. 26 de la Ley N.º 27584 del Proceso Contencioso Administrativo, publicada el 07 de diciembre de 2001, estableció que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios contra las entidades del Estado se interpondrá por la vía contencioso administrativo como pretensión principal, de acuerdo a las reglas del Código Civil y Procesal Civil, dejando sin efecto el Art. 238 de la Ley N.º 27444.

Sin embargo, esta disposición luego fue modificada por el Decreto Legislativo N.º 1067, publicado el 28 de junio de 2008, que hacía otra vez aplicables las normas sobre la responsabilidad de la administración pública establecidas en el Art. 238 de la Ley N.º 27444:

"Artículo 5.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N.º 27444, siempre en cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores".

Asimismo, la regulación del Art. 238 de la Ley N.º 27444 fue modificada por el Art. 1 del Decreto Legislativo N.º 1029, publicado el 24 junio de 2008, que si bien hace una mención específica sobre la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños directos e inmediatos causados a los administrados o los servicios públicos directamente prestados, en la práctica se incrementó el catálogo de supuestos en los cuales el Estado no tiene la obligación de indemnizar al ciudadano, reduciéndose la posibilidad de que éste asuma responsabilidad por el mal funcionamiento de sus órganos y de que el ciudadano pueda obtener la efectiva reparación y tutela de su derecho.

En el ámbito de la jurisprudencia constitucional

Particularmente me parece importante resaltar cuál ha sido la tendencia del Tribunal Constitucional, según su jurisprudencia, para admitir la reparación patrimonial de los daños ocasionados al ciudadano por el mal funcionamiento o los actos arbitrarios del Estado. Y aquí haré alusión a la sentencias normativas recaídas en los Exp. N.º 0041-2004-AI/TC y N.º 00053-2004-PI/TC, del 11 de noviembre de 2004 y 16 de mayo de 2005 respectivamente.

En ambos expedientes la Defensoría del Pueblo demandó la inconstitucionalidad de una serie de ordenanzas de naturaleza tributaria expedidas por las Municipalidades de Santiago de Surco y de Miraflores, debido –entre otros aspectos– a la falta de criterios objetivos y razonables para la determinación de arbitrios.

Efectivamente, el propio Tribunal declaró que dichos casos reproducían una problemática que a nivel nacional aqueja a la mayoría de gobiernos locales y usuarios de los servicios prestados por ellas: *“Se ha observado a lo largo de los últimos años una notoria falta de tecnicismo para la determinación y distribución de costos por servicios municipales, además de la inobservancia de requisitos de validez de sus ordenanzas (...)”* (Fundamento 72, Exp. N.º 0041-2004-AI/TC). Por lo que, en ambos casos se declaró fundada la demanda.

Ahora bien, existe un detalle muy particular en dichas sentencias que para nuestro estudio es importante destacar, y es que, si bien el Art. 204 de la Constitución establece que la norma declarada inconstitucional queda sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia que así la declara, el propio Tribunal señaló en la Sentencia N.º 0041-2004-AI/TC que el Art. 74 de la Constitución –que prescribe que no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de los principios tributarios– y los Arts. 36 y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, permiten que de manera excepcional el Tribunal pueda modular los efectos de su sentencia en el tiempo, en el caso de normas tributarias:

“Así, en materia tributaria, conforme se establece en el segundo párrafo del art. 36 de la LOTC, “(...) el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo” y resolver “(...) lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”.

Esta atribución permite al Tribunal Constitucional decidir, en materia tributaria, si los efectos de sus sentencia deben ser a futuro (ex nunc) o con carácter retroactivo (ex tunc), en cuya deliberación, evaluaciones en torno al coste económico, jurídico y político de su decisión adquieren especial relevancia.” (Fundamento 72, Exp. N.º 0041-2004-AI/TC)

Por lo tanto, no se acaba por entender cómo es que, teniendo tales facultades, el Tribunal resolvió que los efectos de estas sentencias serían *a futuro* y, por consiguiente, excluyó la posibilidad de devolución o compensación de los pagos indebidos efectuados a consecuencia de las ordenanzas declaradas inconstitucionales, negando de esta manera un mínimo de justicia elemental para con los contribuyentes afectados.

El Tribunal sustentó su fallo en que la devolución de los pagos crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar. En dicha sustentación, además, el Tribunal cita algunas de las afirmaciones del tratadista en Derecho Constitucional costarricense Rubén Hernández Valle; sin embargo, considero pertinente que se tenga una lectura completa de la idea del autor:

“Como es sabido, en la mayoría de las legislaciones los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad son ex tunc, es decir, son sentencias declarativas que producen efectos retroactivos.

Cuando se dictan sentencias anulatorias de tributos que han estado cobrándose por mucho tiempo los efectos retroactivos de aquéllas pueden producir serias dislocaciones en las finanzas públicas, pues el Estado o la entidad pública correspondiente se verían obligadas a devolver grandes sumas de dinero ilegítimamente recaudadas.

A fin de evitar estos problemas, se utilizan las sentencias anulatorias, pero dimensionando sus efectos hacia el futuro. Con ello se tutela la disposición constitucional violentada por la ley anulada, en tanto que no se producen problemas financieros a las instituciones públicas beneficiarias del tributo declarado inconstitucional.

Nuestra Sala Constitucional ha tenido ocasión de utilizar esta técnica en dos ocasiones: primero, cuando declaró inconstitucional el cobro del impuesto del 6 por 100 a la exportación a Centroamérica y Panamá (voto núm. 75, del 14 de enero de 1992) y cuando declaró también inconstitucional el sistema de cobro de las patentes municipales de cantón central de San José (voto núm. 1.631, del 21 de agosto de 1991).

Si en ambas hipótesis no se hubieran dimensionado temporalmente los efectos de las sentencias anulatorias correspondientes, es evidente que tanto el Estado como la municipalidad del cantón central de San José hubieran tenido que devolver importantes sumas de dinero a los contribuyentes. Debe aclararse, sin embargo, que los efectos retroactivos de tales sentencias lógicamente deben beneficiar a los recurrentes, pues de lo contrario carecería de sentido, para ellos, la interposición de la respectiva acción de inconstitucionalidad."⁴⁶ (El subrayado es nuestro).

Al parecer, el Tribunal Constitucional acogió la doctrina norteamericana de la *prospectividad del fallo* para la expedición de estas sentencias. Según esta doctrina, la declaración de nulidad de una ley sólo tiene eficacia a futuro, en oposición a la retroactividad de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Así también, esta doctrina señala que de no admitirse este tipo de fallos, muchas normas no serían declaradas inconstitucionales "por el temor a que generen hacia el pasado una serie de repercusiones difícilmente controlables, tanto desde la vertiente jurídica, como, sobre todo, desde la económica, al tenerse que hacer frente a una serie de desembolsos fruto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes".

Sin embargo, el tratadista en Derecho Tributario español, Clemente Checa González, ha señalado que: "semejante tesis, que, sin duda, tiene su parte de razón desde un punto de vista pragmático, es, sin embargo, (...) difícilmente defendible desde una óptica estrictamente jurídica, puesto que con ese miedo a ocasionar una catástrofe presupuestaria se origina un déficit del control constitucional tributario; y, aparte de ello, no parece que la jurisprudencia prospectiva tenga mucho sentido dentro de un ordenamiento en que la Constitución, más que un conjunto de principios orientadores de la función legislativa ordinaria, es una norma, la primera norma del ordenamiento, por lo que, en suma, una norma posterior que tenga contenido contrario a la Constitución no puede coexistir con ella, en términos puramente lógicos"⁴⁷.

Por otro lado, aplicando el criterio de reparación integral contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con estas sentencias el Tribunal Constitucional ni siquiera habría dado cumplimiento a la reparación de las consecuencias producidas por aplicación de estas normas inconstitucionales, lo cual hubiese significado la devolución de aquello que el contribuyente pagó de más; menos aún podemos imaginar que se hubiese pronunciado sobre el pago de una justa indemnización a los ciudadanos lesionados. Todo esto indica que para estos casos el Tribunal Constitucional hizo prevalecer el carácter objetivo de los fines del proceso constitucional bajo un principio *pro Estado*, prescindiéndose del aspecto subjetivo de estos procesos que son la protección y desarrollo de los derechos fundamentales.

46 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales*, p. 240-241.

47 CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley*, p. 144-145.

A mi parecer, lo justo hubiese sido que el Tribunal Constitucional –en virtud a su facultad de conferir efectos *ex tunc* a sus sentencias– disponga el recálculo de arbitrios, considerándose los criterios objetivos razonables desarrollados en estas sentencias; de tal manera que se pudiese determinar los montos que fueron pagados de más por lo contribuyentes por la aplicación de estas normas inconstitucionales. Asimismo, si el temor era que estos Gobiernos Locales empiecen a desembolsar fuertes cantidades de dinero para la devolución de estos pagos indebidos, poniéndose en riesgo la ejecución de los servicios municipales, se hubiese podido utilizar otras figuras contempladas por nuestra legislación tributaria, como la compensación (Art. 40 del TUO del Código Tributario).

Lejos de ello, al haberse pronunciado sobre la improcedencia de la devolución, el Tribunal constitucional cerró la posibilidad de que los contribuyentes pudiesen demandar la devolución de estos pagos indebidos en otras instancias de nuestro sistema judicial.

Finalmente, con estas sentencias se pone en entredicho la seguridad jurídica que debe brindar el Tribunal Constitucional a los ciudadanos que pretenden promover un proceso constitucional para la tutela efectiva de sus derechos, así como el rol represivo⁴⁸ de éste para con el Estado en su conjunto y para con cada una de las autoridades públicas que infringen flagrantemente las normas legales, y los derechos y principios consagrados en la Constitución.

PERSPECTIVA Y CONCLUSIÓN

A pesar del importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido la garantía de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito del Derecho Comparado, en la práctica nuestros jueces todavía siguen aplicando criterios de naturaleza privatista para su determinación, cuando es que se atreven a admitir estas causas; y esto responde al hecho que todavía no existe una conciencia clara, ni mayores estudios en la doctrina nacional, sobre la naturaleza de esta responsabilidad que atañe propiamente a las entidades estatales por el daño ocasionado a los ciudadanos durante el ejercicio de sus funciones.

Ante la falta de un desarrollo doctrinal sobre sus elementos constitutivos surge el problema de aplicar criterios errados para resolver esta responsabilidad, la cual nace propiamente del incumplimiento de obligaciones establecidas en normas de Derecho Público, tales como la vigencia de los derechos que consagra la propia Constitución.

Efectivamente, bastaría con partir de un razonamiento tan simple como el siguiente: *“El fin del Estado es el bien común y, por lo tanto, es distinto al fin que persiguen las personas jurídicas*

48 *“a) Roles represivos. En ese quehacer toca a la judicatura constitucional operar como órgano revisor del desempeño constitucional de los poderes Ejecutivo y Legislativo, fundamentalmente a través del control, por los procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, acción declarativa de inconstitucionalidad, etc.), de la gestión de los mismos. Al respecto, como “guardián de la Constitución”, le toca primero invalidar los decretos y leyes, así como otras conductas activas u omisivas del Parlamento y de la Presidencia, contrarios a la Constitución. (...) De modo muy concreto, y como custodio de la Constitución, al juez constitucional le corresponde el clásico trabajo de tutelar a los particulares de los abusos del poder oficial, algo decisivo en lo que hace a la seguridad jurídica, en su múltiple acepción de regularidad de comportamientos, de prevenir riesgos y de reparar las lesiones que se produzcan a los derechos individuales y sociales. En esa misión, los jueces constitucionales, y específicamente una Corte Constitucional, actúan materialmente como “tribunales de garantías constitucionales”. (...) En conclusión, el juez constitucional es agente de la seguridad jurídica, en sus papeles represivos, al actuar como agente de restauración ante las infracciones al derecho”* (El Subrayado es nuestro). SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Jurisdicción Constitucional y Seguridad Jurídica*, p. 17.

*regidas por el Derecho Privado, y ello nos lleva a buscar la solución del problema de la responsabilidad estatal a través de un enfoque diferente al que hacen los estudiosos del Derecho Civil*⁴⁹.

Ahora bien, es cierto que para muchos ya es bastante que nuestro sistema jurídico haya regulado legalmente la responsabilidad estatal, específicamente en el ámbito jurisdiccional y administrativo; sin embargo, considero una necesidad regular de manera autónoma la responsabilidad patrimonial del Estado como principio y derecho público subjetivo, otorgándosele incluso rango constitucional, de tal manera que se traduzca en un mandato expreso de actuación de todas las entidades que conforman el Estado para la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Seguramente frente a tal propuesta – como ha sucedido en los países que hemos tenido oportunidad de revisar en el presente trabajo, y como hemos podido ver en las sentencias del propio Tribunal Constitucional – no tardarán en surgir las preocupaciones sobre el monto económico total que se afectaría para el pago de las indemnizaciones, y siendo que nuestro país se caracteriza por un deficiente ejercicio de la función pública, dicho monto sería bastante alto, y quién dice no terminemos provocando la quiebra del Estado.

Ante estos argumentos hay que señalar que algunas de las finalidades de esta garantía es, en principio, superar el dogma medieval de la inmunidad del poder público – que hasta el momento nuestro sistema jurídico sigue convalidando –, y segundo, precisamente que exista un incremento en la calidad de la prestación de los servicios que brinda el Estado a la población en general, toda vez que la existencia de un riesgo de asumir responsabilidad por los daños que se ocasionarían, provocarían en el funcionario o servidor un mayor cuidado durante el ejercicio de sus labores, por lo tanto, lograríamos un mayor control en la gestión estatal. Asimismo, su instauración como principio debe responder a la búsqueda de la transformación del Estado en un ente eficiente y eficaz, dotado de funcionarios y servidores con vocación de servicio y para la atención de las legítimas necesidades de la sociedad.

Mientras no se den las modificaciones estructurales en nuestro sistema jurídico – e incluso en el ámbito de nuestra doctrina constitucional – que admitan abordar la responsabilidad patrimonial del Estado como una garantía del Estado de Derecho y como un mecanismo efectivo de reparación frente a los derechos fundamentales, bajo un principio *pro homine*, y esto a su vez no se traduzca en un mecanismo procesal eficaz, nuestra cultura seguirá siendo ajena a las acciones de reparación contra la conducta lesiva del Estado, lo cual significa – en términos de justicia – mayores costos sociales, sobretodo para los estratos menos favorecidos.

49 GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 218.

BLIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Responsabilidad Patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 21, N.º 62, Mayo-Agosto 2001.
- ARAGONESES, Alfons. *Au-delà du code civil mais par le code civil. Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado*. Tesis Doctoral, Girona-España 2006.
- BARCELÓ ROJAS, Daniel. *Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Sistema Español*. Ensayos de becarios de programas en Universidades en el extranjero. Trabajo N.º 49.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro. “Responsabilidad Patrimonial del Estado”. En: *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* N.º 27, México 1997.
- _____. “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo”. En: *Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*. 1.ª edición, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2007.
- _____. “Análisis Jurídico de la Reforma Constitucional que incorporó la Responsabilidad Patrimonial del Estado a la Constitución Mexicana”. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N.º 8, Enero-Junio 2003.
- _____. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Editorial Porrúa, México 1997.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente. “Responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley”. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N.º 12, enero-junio 2005.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. *El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos*. 4.ª edición, Editorial Porrúa, México 2001.
- _____. “La Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano”. En: *Estudios en Homenaje a Don Alfonso Nava Negrete. En sus 45 años de docencia*. N.º 359, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2006.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección Constitucional del Ciudadano*. Editorial Legis, Colombia 2004.
- _____. “La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional”. En: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo VIII, Serie Doctrina Jurídica N.º 443, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. “Peter Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. En: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. N.º 14, Madrid 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “El juicio político y la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento mexicano”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*. N.º 3, México 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Propiedad expropiatoria y garantía patrimonial en la Nueva Ley de Expropiación Forzosa”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo VIII, Fascículo IV, octubre – diciembre 1955.
- _____. *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Instituto de Estudios Políticos (IEP), Madrid 1956.
- _____. “La Responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho Español”. En: *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*. N.º 7, 1964.

- _____. "Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional". En: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo VIII, Serie Doctrina Jurídica N.º 443, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2008.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Madrid 1988.
- HADMAN AMAD, Fauzi. "Antecedentes y Régimen Actual de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en México". En: *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., México 2000.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial*. Tomo I, Vol. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1991.
- _____. "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia". En: *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., México 2000.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, N.º 41, 1994.
- LEGUINA VILLA, Jesús. "Origen y Evolución de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado". En: *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., México 2000.
- _____. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Civitas, Madrid 1993.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. "Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración". En: *Revista de Administración Pública*. N.º 91, España 1980.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Jurisdicción Constitucional y Seguridad Jurídica". En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 1, UNSA: Arequipa 1999.