



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSTGRADO

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO  
CIVIL

NUEVO ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
AQUILIANA DEL ESTADO EJECUTIVO Y HACIA UNA  
CONFIGURACIÓN SOSTENIBLE DEL CRITERIO DE  
IMPUTACIÓN

Presentado por  
ORESTE GHERSON ROCA MENDOZA

Asesor  
Rómulo Morales Hervías

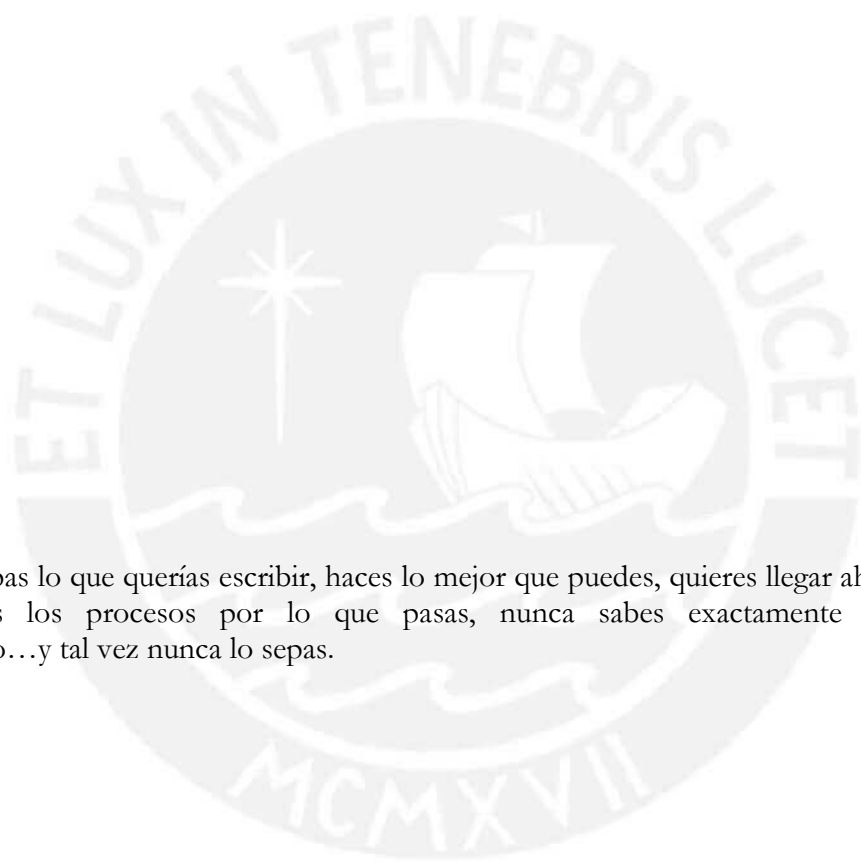
Jurado  
Gilberto Mendoza del Maestro  
Rómulo Morales Hervías  
José Luis Gabriel Rivera

Lima-Perú  
2016





A mis padres y hermanos



Tal vez sepas lo que querías escribir, haces lo mejor que puedes, quieres llegar ahí pero al final, con todos los procesos por lo que pasas, nunca sabes exactamente qué terminas escribiendo...y tal vez nunca lo sepas.

# ÍNDICE

Introducción.....	7
-------------------	---

## Capítulo I: Consideraciones previas: Acerca de la Responsabilidad civil (y su relación con la responsabilidad del Estado)

1. Concepto de responsabilidad.....	11
2. Tipos de responsabilidad para una aproximación terminológica correcta en materia de responsabilidad del Estado.....	12
2.1. Responsabilidad penal.....	12
2.2. Responsabilidad administrativa sancionadora.....	13
2.3. Responsabilidad administrativa disciplinaria.....	13
2.4. Responsabilidad política.....	14
2.5. Responsabilidad civil.....	16
2.5.1 ¿Y la reparación civil?.....	17
3. Funciones(y su variabilidad cuando el Estado es el dañante).....	18
4. Clases de Responsabilidad Civil.....	25
4.1. Responsabilidad Civil Contractual o por inexecución de obligaciones.....	27
4.2. Responsabilidad Civil Extracontractual.....	32
4.3. Supuestos especiales de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana.....	33
4.3.1. Responsabilidad Civil del Estado.....	34

## Capítulo II: La personalidad jurídica del Estado y el fundamento de su responsabilidad civil

1. El Estado y la Administración Pública como persona jurídica.....	40
2. Evolución y sustento de la responsabilidad del Estado: de la irresponsabilidad absoluta del Estado a la responsabilidad civil del mismo.....	43
3. El Estado como sujeto de responsabilidad civil.....	47
3.1. Estado Legislador.....	49
3.2. Estado Administrador de Justicia.....	52
3.3. Estado Ejecutivo: Gobierno Central, Gobierno Regional, Gobierno Local...57	

## Capítulo III: La responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo

1. Distinción necesaria entre la expropiación forzosa y la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo.....	61
2. La supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (Estado Ejecutivo) y su falso criterio absolutista y excluyente frente a la responsabilidad civil.66	
3. Acciones que generarían responsabilidad civil aquiliana en el Estado Ejecutivo.....	69
3.1. Actos de administración.....	71
3.2. Actuación en relación a los servicios públicos que ella misma gerencia.....	71
3.3. Delimitación de la actuación estatal a efectos de responsabilidad civil aquiliana..72	

## Capítulo IV: Apreciación crítica sobre los elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado Ejecutivo por los daños ocasionados en el funcionamiento de los servicios públicos

1. ¿Antijurídica o ilicitud? (Crítica a la división de actos legítimos e ilegítimos que generan responsabilidad).....76
  - 1.1 Causas eximentes de responsabilidad civil aquiliana (supuestos de irresponsabilidad).....79
2. El nexo causal (causalidad aplicable en esta responsabilidad).....85
  - 2.1. Supuestos de causas no imputables (mal llamada ruptura del nexo causal).....90
3. El daño resarcible (y como se resarce).....93
  - 3.1. Resarcimiento del daño.....99
4. El criterio de imputación que se ha optado legislativamente (una primera aproximación).....104

## Capítulo V: Criterio de imputación aplicable en los daños ocasionados por el Estado Ejecutivo en el funcionamiento de los servicios públicos

1. Criterio de imputación en la comparación jurídica respecto a estos daños en atención al sistema jurídico peruano.....107
  - 1.1. España.....109
  - 1.2. Italia.....111
  - 1.3. Francia.....114
  - 1.4. Países latinoamericanos.....116
2. Problemas en la aplicación de la imputación objetiva en la casuística nacional y extranjera.....122
  - 2.1. Responsabilidad de los centros e institutos educativos públicos por daños causados a sus alumnos (Casación N° 4299-2006-Arequipa, Caso Ramos Salinas vs ISTP Pedro P. Díaz y la Dirección Regional de Educación de Arequipa) .....123
  - 2.2. Responsabilidad de la entidad competente sobre los accidentes en la autopista...128
  - 2.3. Responsabilidad por servicios registrales (Casación N° 1028-2007-La Libertad, Caso Sánchez Sánchez vs Oficina Registral La Libertad).....129
  - 2.4. Responsabilidad por servicios de seguridad municipal (Sentencia recaída en el Expediente N° 00989-2008-0-0903-Sede MBJ Los Olivos, Caso Ríos Córdova vs Municipalidad de Los Olivos y Huamanzana Medina).....132
  - 2.5. Responsabilidad por servicios de seguridad policial y/o militar (Casos periodísticos).....134
  - 2.6. Responsabilidad por servicios médicos (Caso de responsabilidad del MINSA por transfusión sanguínea infectada. Resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima del 24 de mayo de 2000).....139
3. Crítica a la excesiva generalidad de la imputación objetiva aplicada a todos los supuestos de estos daños.....145
4. La necesidad de una limitación y reconfiguración del criterio de imputación aplicable en estos daños.....151

CONCLUSIONES.....	158
ANEXOS.....	161
BIBLIOGRAFÍA.....	189



## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil aquiliana del Estado es un régimen especial de la responsabilidad civil que requiere un desarrollo jurídico necesario a la luz de que en las últimas décadas somos testigos de los daños que ocasiona el mismo a los ciudadanos acentuada más en un período de dictadura (1990-2000) pero latente en un período de democracia (2000-actualidad), a fin que los dañados, y también el dañante-Estado, puedan conocer y tener reglas claras aplicables en los daños que se ocasione.

Para tal efecto, cabe anotar que el tema se ubica dentro del derecho privado y en específico en el derecho civil, disciplina que regulan las situaciones y/o relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial y patrimonial de los sujetos de derecho sean privados o públicos (que no sean expresión del *ius imperii*). En materia de relaciones jurídicas patrimoniales, la responsabilidad civil pertenece al ámbito de la “tutela civil de los derechos”, o de cualquier situación jurídica.

La responsabilidad civil es una posición jurídica de exposición al nacimiento de un particular tipo de obligación: el resarcimiento. Dentro de dicho esquema, tradicionalmente se la ha dividido en dos tipos de responsabilidad. Responsabilidad “contractual” relativo al deudor y su incumplimiento y por otra parte la responsabilidad aquiliana, donde el interés tutelado es el interés en la “integridad” (física y patrimonial) que puede, como tal, ser lesionado por cualquiera, teniendo por tanto distintos remedios.

Respecto a nuestro ordenamiento, el Código Civil vigente adopta dicho sistema binario: tenemos regulada la responsabilidad contractual en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones. Título IX, Inejecución de las Obligaciones, y la responsabilidad extra-contractual, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta.

Las reglas generales en materia de responsabilidad civil constituyen un simple tejido conector respecto de múltiples regímenes especiales que atañen a la naturaleza de la actividad ejercida, a las modalidades de producción del daño, al tipo de daño, y también por la especial naturaleza del dañador, como en el caso del Estado Ejecutivo, ya que aun cuando la Administración Pública es un sujeto no disímil de los sujetos de derecho privado, es merecedor de un tratamiento en particular.

Así, dentro de la responsabilidad civil aquiliana, cualquiera pueda dañar pero el sujeto dañante, o por las características del daño ha recibido tratamientos especiales: responsabilidad de incapaces, responsabilidad por daño causado por animal,



responsabilidad por caída de edificio, responsabilidad por daño del subordinado, responsabilidad por denuncia calumniosa, etc.

En ese marco pretendemos ubicar nuestro estudio de la responsabilidad civil aquiliana del Estado, que se materializa en la Administración Pública, “entendida esta última como una estructura de la cual se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines”, que será el objeto de investigación.

Por ello, el propósito de esta investigación es desarrollar los elementos de la responsabilidad civil aquiliana del Estado, no solo desde el punto de vista doctrinario, en el cual ya ha habido valiosas publicaciones en nuestro medio, aunque escasas y proveniente de los especialistas del derecho administrativo, sino también de la perspectiva de otros ordenamientos jurídicos, de la jurisprudencia y de la casuística. En efecto, se pretende lograr con la investigación establecer los criterios que debe tener la responsabilidad civil aquiliana del Estado, la configuración de sus elementos, como un supuesto especial de responsabilidad civil, a fin de poner orden y dar reglas claras a la víctima (sea administrado o no) frente al Estado y evitar la impunidad.

La responsabilidad civil aquiliana del Estado por los daños causados a los particulares, y no solo a los administrados, en el desenvolvimiento de sus funciones (sean actos de administración o de servicios públicos), es un tema complejo que no ha tenido muchos trabajos de investigación en sede nacional, y más cuando se ha tenido que tratar tanto el Estado Administrador, Estado Legislador y Estado Administración de Justicia.

La problemática no se refiere a la justificación de la responsabilidad civil del Estado, porque ya no se cree que la impunidad por los daños causados por el Estado, en específico por la Administración Pública, a los ciudadanos sea un precio de la vida social obligado para que dicha Administración pueda funcionar, sino el análisis de a qué título responde, su fundamento, naturaleza objetiva o subjetiva, la extensión y límites de los daños y el tipo concreto de relación que, eventualmente, pueda existir entre la responsabilidad de la Administración y la que corresponda a los funcionarios que hayan provocado el daño resarcible.

Se debe advertir la deficiencia de fuentes nacionales en torno al problema ya que no se cuenta con muchas investigaciones por parte de los civilistas, más sí por parte de los administrativistas, aunque con una visible confusión de conceptos sobre la institución de la responsabilidad civil. Esto lleva a equívocos doctrinarios (esencialmente de la doctrina española, argentina y peruana), y lo que es peor, a que el régimen especial creado por ellos a nivel de normas administrativas no sea efectivo, erróneo y no suela ser invocado como en otras latitudes jurídicas.

Por ello, no existe a nivel doctrinario o legislativo una noción clara sobre la responsabilidad civil aquiliana del Estado, en específico, sobre los elementos que debería tener dicha responsabilidad. Actualmente ha sido enmarcado dentro del derecho administrativo junto a la expropiación, solo porque el ente infractor es el Estado y no un privado, desarrollando la denominada “responsabilidad patrimonial estatal” haciendo incidencia en que el Estado solo responde económicamente, pero en el fondo se tergiversa dicha responsabilidad desligándola del derecho civil solo para tomar lo más conveniente de cada sistema (responsabilidad civil contractual y aquiliana), para lograr que el Estado responda en supuestos limitados y lo menor posible, que ha conllevado a que las víctimas



descarten esta vía y opten por la vía civil pero no hay reglas establecidas ya que el Código Civil no regula al respecto, aplicándose al Estado criterios de una entidad privada o que el Juez solo considere que ese tema ocupa al derecho administrativo, sin entender que los daños generan una responsabilidad civil pero bajo un supuesto particular.

Lo que amerita a rescatar su autonomía conceptual bajo criterios civiles, porque aun cuando está en leyes especiales administrativas en el fondo nunca ha dejado de ser parte del derecho de la responsabilidad civil. Esa ruptura del derecho civil ha conllevado que la evolución de la responsabilidad civil no haya influido en la responsabilidad civil aquiliana del Estado, discutiéndose como novedosa la sustitución de la noción de culpa por el de responsabilidad sin culpa, y ahora recién se discuta si es correcto o no aplicar tal noción.

De todo ello se desprende que la pregunta de investigación es: ¿Cuál son los elementos de responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo y en especial el criterio de imputación aplicable?

Para la respuesta del mismo, el diseño de investigación partirá de un análisis dogmático-funcional; es decir, una labor reconstructiva de las instituciones jurídicas a analizar, para poder entender su esencia y hacer posible la explicación de las normas del modo más adecuado a las exigencias del caso concreto, teniendo como punto de apoyo necesario la comparación jurídica con los grandes sistemas jurídicos más importantes como es Francia, seguido de Italia y España, y teniendo en cuenta también a Latinoamérica, que tienen un esquema que hace eco a nivel nacional.

Asimismo, se tomará la experiencia de las instituciones en la realidad social, apoyándonos en la casuística y en la jurisprudencia para buscar un resarcimiento justo. Ello implicará entonces que se recurrirá a las fuentes de referencia normativa, doctrinaria y jurisprudencial.

La presente investigación se divide en cinco capítulos. En el primero se presentan las principales definiciones relacionadas a los fundamentos de la responsabilidad civil, sus clases y en qué consisten, siendo el objetivo del trabajo tener un panorama previo para identificar y ubicar a la responsabilidad civil aquiliana del Estado, pero siempre ligándolo a dicha temática.

En el segundo capítulo se describen los conceptos generales relacionados con el tema del Estado, y concretamente a la Administración Pública y su responsabilidad en general, mediante una explicación que -para los fines de nuestra investigación- usa como referente a la doctrina administrativista.

En el tercer capítulo se analizan en estricto a la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, y que tiene como fundamento a la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Si bien se evalúa la responsabilidad del Estado Legislador y Estado Administración de Justicia, estos no serán objeto de un análisis en toda la presente investigación, sino solo al del Estado Administrador, o como aquí se denomina, el Estado Ejecutivo.

En el cuarto capítulo se analiza los elementos de la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, explicando los criterios que se deben tomar en cuenta para determinar sus elementos, estableciendo un orden de pasos a seguir esencialmente

pedagógica, es decir, para su mejor comprensión, finalidad última de todo trabajo académico, anotando críticas, deficiencias y cómo debe entender cada elemento.

Por último, en el quinto capítulo se analiza el criterio de imputación aplicable tomando en cuenta la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales y la doctrina nacional y extranjera. A propósito de cada fallo se evalúa el contenido civil que los órganos de decisión aplica a este tipo de responsabilidad para resolver este tipo de cuestiones, y también la casuística, porque no es costumbre que se tome al Estado Ejecutivo como responsable de los daños, y cuando se le toma en cuenta, el peso del resarcimiento es más gravoso que si el particular fuera el responsable.

Finalmente, esta investigación pretende como hipótesis, como explicaciones tentativas del fenómeno investigado, formulado a manera de proposiciones, plantear que la responsabilidad civil aquiliana del Estado es un supuesto especial de dicha responsabilidad que no puede ser evaluado de forma diferente a un particular solo por su condición de sujeto público, sino se debe tener en cuenta el tipo de daño que ocasiona, en la que no puede tener por tanto un solo criterio de imputación, menos objetivo, sino que dependerá el tipo de función que despliega y genera daño, partiendo como criterio general la culpa objetiva, y que el presente trabajo desarrollará

En efecto, ello conlleva no solo a especificar sus elementos y en especial el criterio de imputación, bajo un replanteamiento de las funciones de la responsabilidad civil en base a la situación particular que se encuentra el Estado Ejecutivo, que es el único ente jurídico que es objeto de responsabilidad penal y administrativa, aparte de la civil, por lo daños que ocasiona, que incide en la cuantificación de los daños.

Entonces, la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo debe figurar así como un conjunto coherente pero complejo en cuya instrucción el juez debe juzgar un papel preponderante, por ahora, a falta de una regulación acorde. No obstante, sus diferentes elementos, como las piezas de un rompecabezas, son de tal manera interdependientes que es difícil saber a la vez por qué extremo tomarlas y en qué enfocarlas, por lo que se debe adoptar un camino que dé cuenta de la manera más certera posible de las condiciones en las cuales funciona esta responsabilidad.

## CAPÍTULO I

### CONSIDERACIONES PREVIAS: ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO)

#### 1. Concepto de responsabilidad

Etimología: Del latín *respondeo* – *dere*, responder, contestar de palabra o por escrito, que está ligado al “*sponsio*, institución que tuvo un lugar cardinal en el Derecho romano arcaico, y a *spondere* (de donde se deriva *sponsus*, esposo, novio). El *sponsor* es un deudor, esto es, el hombre que en el diálogo de la *stipulation* y mediante una respuesta afirmativa a la propuesta formulada por el *stipulant*, futuro acreedor, se compromete a realizar una prestación. Por ejemplo, a contraer nupcias con una determinada mujer. El *responsor* constituía especialmente el fiador (*caution*), así pues, se obligaba a *responder* por la deuda principal de otro” (Villey 2013: 54).

Con el tiempo se consideró que es la calidad o condición de responsable y la obligación de reparar y satisfacer por sí mismo o por otro, toda pérdida, daño o perjuicio que se hubiera ocasionado; ello implica aceptar las consecuencias de un acto realizado con capacidad (discernimiento), voluntad (intención) y dentro de un marco de libertad, para restablecer el equilibrio roto.

No obstante, como término jurídico la “responsabilidad” aparece en los diccionarios sólo desde fines del siglo XVIII en Francia (Alpa 2006: 35).

En general la responsabilidad implica la constatación de un hecho que exige una respuesta del derecho; o sea, el primer presupuesto es la existencia de un hecho que requiere una reacción del derecho contra quien ha creado un desorden, una perturbación social. Esa reacción jurídica ha recibido distintas denominaciones a lo largo del tiempo: Delito - Ilícito - Responsabilidad civil - Derecho de daños - Derecho de los accidentes.

## 2. Tipos de responsabilidad para una aproximación terminológica correcta en materia de responsabilidad del Estado

El término “responsabilidad” es empleado con múltiples usos, y por lo general con adjetivos que especifican su contenido en base a los bienes jurídicos protegidos, el cual resulta adecuado precisar a efectos de evitar equívocos que suelen ocurrir en la responsabilidad estatal.

En efecto, se ha observado en la doctrina y jurisprudencia que aluden a que la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los particulares es una “responsabilidad administrativa” negando la noción civil, o se defienden indicando que solo hubo “responsabilidad política”, o que solo amerita una “responsabilidad disciplinaria”, por lo que para saber qué tipo de responsabilidad se presenta y qué terminología correcta debe usarse en adelante, es que se requiere preliminarmente diferenciar qué responsabilidades se pueden presentar y cuál es su contenido, para poder advertir la noción terminológica correcta en este tipo de responsabilidad que coadyuve a disminuir el riesgo de confusión.

### 2.1. Responsabilidad penal

Dicha responsabilidad aparece con la comisión de un delito, que resulta ser a grandes rasgos cuando un comportamiento lesiona de manera grave a la sociedad en su conjunto en base a los valores que las rigen vinculados a los derechos humanos, como la vida, la salud, la libertad, etc., en la cual genera la obligación de soportar la consecuencia específica del delito que constituye la responsabilidad penal, que recae únicamente sobre el denominado “delincuente”, que puede generar a su vez una responsabilidad civil emergente del delito que protege a la víctima en concreto y que impone la obligación de resarcir, teniendo carácter accesorio de la anterior y se rige por los principios del Derecho civil y puede hacerse efectiva, en forma indirecta, sobre terceros que no han intervenido en la ejecución del delito.

La consecuencia específica del delito es la pena, la que sólo puede imponerse al autor o partícipe de un delito que sea penalmente responsable, lo que implica que solo recae en personas naturales mas no jurídicas, por ello el Estado o la administración pública jamás puede ser pasible de responsabilidad penal, recayendo directamente en sus servidores y funcionarios públicos, a los cuales se les efectúa el juicio penal en base a criterios subjetivos como el dolo y la culpa (pero eso no significa que sean inmunes sino que recaerá en ellos otro tipo de sanción o responsabilidad).

En efecto, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal señala que “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.*”

Así, no cabe responsabilidad penal sin culpabilidad; sin reproche subjetivo doloso o culposo. En cambio, es posible la responsabilidad civil sin culpa, cuando se establece bajo criterios de imputación objetiva, lo cual está prohibido.

Asimismo, la responsabilidad penal depende, fundamentalmente, de la gravedad de la conducta reprochable y no del resultado lesivo; y cabe incluso la responsabilidad penal

sin resultado lesivo alguno, cuando estamos en caso de tentativa. En cambio, el daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil, pudiendo haber responsabilidad civil sin culpa, pero no sin daño.

## **2.2. Responsabilidad administrativa sancionadora**

En esta responsabilidad (que es distinta a nuestro parecer de la disciplinaria) se basa en criterios de violación de la norma administrativa (no confundir con criterios de imputación objetiva, como sí lo hace equívocamente el Código de Protección y Defensa del Consumidor cuando hace referencia a la “Responsabilidad Administrativa objetiva”), que puede conllevar como sanción una multa, un decomiso, o un cierre de establecimiento por ejemplo, conducir en estado de ebriedad genera una multa al infringir las normas de tránsito.

Esta responsabilidad como se advierte está dirigida al ciudadano para evitar esas conductas antisociales que puede ir de manera autónoma o como subsidiaria de la responsabilidad penal, debido a la complejidad del proceso penal, y que pueda generar mayores desincentivos que la pena misma, aplicables en mejor conveniencia en los delitos de peligro y de orden económico (Guzmán 2011: 794).

Resulta preciso indicar ello porque coloquialmente se confunde a la responsabilidad de la administración pública como “administrativa” para diferenciarla de la “civil”, lo cual resulta a todas luces incorrecto, ya que, como se ha advertido la responsabilidad administrativa no guarda relación en su contenido con la responsabilidad de la Administración Pública cuando daña a terceros.

Cabe anotar que el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia del 11 de agosto de 2011 recaída en el Expediente N° 03753-2010-PC/TC, ha señalado que “los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa”, siendo por tanto responsabilidades autónomas.

## **2.3. Responsabilidad administrativa disciplinaria**

La responsabilidad disciplinaria se basa en la violación de conductas previamente tipificadas y aplicables en toda organización social para sancionar la conducta de sus miembros. Si partimos de la Administración Pública, es la responsabilidad que recae sobre sus servidores y funcionarios públicos por infracción de sus deberes públicos, que generalmente se encuentra tipificado en la normativa que rigen particularmente a un servidor o funcionario según su régimen de contratación (Decreto Legislativo N° 276, Ley de la Carrera Administrativa, y la Ley N° 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública) o la condición del cargo (En caso de los procuradores públicos, su régimen disciplinario es especial regido por el Decreto Legislativo N° 1068, por el cual se crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado), y que tiene como sanción una llamada de atención oral o escrita, una suspensión o por último una destitución.

Ello resulta importante ya que el Estado peruano una vez hecho responsable por un hecho dañoso, tiene la vía civil para repetir contra sus empleados públicos pero a su vez



les impone una responsabilidad disciplinaria para que no solo se repare el daño sino también desincentivar las conductas de sus empleados públicos, lo cual no ocurre con los privados recayendo la conducta desincentivadora de dejar de producir daños solo en el monto resarcitorio que se le impone (donde jugaría un rol importante la función punitiva).

Así lo entiende el Tribunal Constitucional en su Sentencia del 3 de setiembre de 2010 recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC:

Es por ello que la jurisprudencia administrativa del CNM, cuando se trate del ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria, debe merecer el más profundo análisis, para prevenir que la actuación del CNM, en caso este no enmiende la conducta seguida y que generó el enjuiciamiento del Estado Peruano frente a los órganos del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos, genere más casos que pudieran llegar a ser de conocimiento de los órganos de protección de los derechos humanos nacidos bajo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, con el riesgo de generar responsabilidad internacional en el Estado Peruano, y demostrando ante la Comunidad Internacional que determinados órganos tienen una práctica impune de violación de los derechos humanos (Fundamento 16).

A nivel legislativo, la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece la siguiente definición a nivel de empleados públicos:

**Responsabilidad Administrativa Funcional.-** Es 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.

Las dos responsabilidades pueden conjugarse, pero ellas no coinciden forzosamente y en todo caso no se superponen en la medida en que corresponden a dos lógicas diferentes: la de las relaciones internas de la Administración (responsabilidad disciplinaria), y la de las relaciones entre éstas y los administrados.

#### 2.4. Responsabilidad política

Últimamente se hace referencia a este tipo de “responsabilidad” por el cual los actores políticos, en su mayoría altos funcionarios del Estado, se amparan para no ser sancionados por sus actos en el ejercicio del cargo, que ha conllevado daños tanto a particulares como al mismo Estado, debido a que dicha supuesta responsabilidad en el fondo no genera ningún tipo de sanción efectiva, solo la no confianza por parte de la sociedad (Se concreta en la renuncia al cargo o que se le dé por concluida su designación), que sería al menos aceptable en sociedad como las europeas y norteamericana, pero no en nuestro país donde no existe ese efecto de reproche permanente, sino muy temporal, por lo que no estamos frente a una responsabilidad propiamente dicha.



En efecto, la supuesta responsabilidad política no genera la obligación de resarcir los daños que ocasiona, dejando impune a los dañantes, quienes son los primeros en alegarlos para sustraerse de la verdadera responsabilidad civil, penal y administrativa que se les debería imponer.

Es pertinente anotar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 20 de abril de 2004 recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC hace referencia de la responsabilidad política en los siguientes términos:

Las exigencias de desarrollo legislativo de determinadas cláusulas constitucionales no comportan meros encargos del constituyente al legislador que generen sólo la responsabilidad política de éste frente a aquel, sino que se configuran como verdaderas obligaciones constitucionales que se derivan del carácter normativo de la Constitución y de la necesidad de responder de manera más fiel a la cláusula del Estado Social de Derecho, donde se recogen la mayor cantidad de garantías prestacionales que corresponden implementarse progresivamente (Fundamento 10, foto singular de magistrado Eto Cruz)

Por otro parte, advirtiendo que la responsabilidad política no genera ningún tipo de obligación por tanto requiere otro fundamento para sancionar las conductas, tenemos lo indicado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 20 de abril de 2004 recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC:

Este Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado cuando señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto. Debe recordarse, entonces, que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social. Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (Fundamento 17).

De la jurisprudencia citada se puede deducir que las obligaciones del Estado frente a sus ciudadanos responde a un mandato constitucional concreto, y no a meros programas sociales que se aplicarían progresivamente, por lo que su incumplimiento o mala actuación del Estado genera una responsabilidad civil, administrativa o a veces penal (de sus funcionarios) y no político. Pero ello no debe hacer pensar que la noción de obligación se refiera a una relación: derecho de crédito y deber jurídico, sino a un deber institucional concreto.

En tal sentido, la responsabilidad política no tiene una incidencia pecuniaria sino un impacto sobre las funciones político administrativas ejercidas por una autoridad. En todo caso, no puede excluirse que un conjunto de hechos dañinos tenga un impacto resarcitorio y suscite al mismo tiempo un procedimiento de tipo político, como lo fue el caso de transfusión de sangre contaminada a bebés que se desarrollará más adelante.

## 2.5. Responsabilidad civil

Como se ha podido advertir líneas atrás, una unidad conceptual de la responsabilidad (sea contractual, extracontractual, civil o penal, subjetiva u objetiva), así como una interdependencia entre responsabilidad, ilícito y daño. Una unidad que refleja aquella “estructura constante” de la responsabilidad extracontractual que, más allá” (Alpa 2006: 51).

Por otro lado, la responsabilidad civil es una posición jurídica de exposición al nacimiento de un particular tipo de obligación: el resarcimiento. Esto define el ámbito de la responsabilidad “civil” frente a la “penal” (consecuencia-pena), “administrativa” (consecuencia-multa, comiso de bienes, cierre de establecimiento, etc.), e incluso “moral” (consecuencia – reproche, remordimiento).

La responsabilidad civil “significa un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica” (León 2007: 35). También se puede decir que “comprende normalmente las consecuencias provocadas por la actividad humana que haya generado un daño a la esfera jurídica de terceros” (Ponzanelli 1992: 9).

En sede nacional se ha señalado que “se puede 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” (Espinoza 2013: 46).

De igual modo se define a la responsabilidad civil como “una situación jurídica que el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto de derecho o a un ente la obligación o el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de otra situación jurídica” (Morales 2004: 139).

No necesariamente una responsabilidad civil entendida como un fenómeno de afectación patrimonial destinada a satisfacer intereses ajenos (Fernández 1994: 103).

Es por eso que Franzoni (2004: 4) entiende que la palabra responsabilidad expresa la sujeción del patrimonio de una persona a la satisfacción de una pretensión de otro, pero a ese vínculo entre sujeto y patrimonio debe adicionarse otros elementos caracterizantes; por eso concluye que la responsabilidad consiste en una “técnica para vincular a un sujeto con un evento dañoso, con el auxilio de un criterio de imputación (culpa, custodia, propiedad etc.) existiendo un vínculo de causalidad”.

Diferenciando la responsabilidad administrativa y civil en un caso concreto podemos señalar lo indicado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 3153-2009, de fecha 27 de abril de 2010:

De lo expuesto queda claro en el caso que nos ocupa existe una responsabilidad de tipo contractual por culpa, por parte de la entidad bancaria, quien omitió informar al cliente – ahora demandante- sobre las características del producto, a efecto de evitar el daño patrimonial causado; al respecto, debe tenerse en cuenta que más allá, de la responsabilidad administrativa verificada por INDECOPI, el órgano jurisdiccional encuentra responsabilidad civil contractual susceptible de ser indemnizada por el

recurrente, por cuanto sólo aquel tenía la posibilidad y el deber de informar al demandante los beneficios y riesgos que conllevan la emisión de una tarjeta de crédito.

Se dice responsabilidad administrativa que impone INDECOPI debido a que su función es la imposición de multas, pero es importante señalar que también impone una responsabilidad civil cuando ejerce la facultad de obligar la devolución de lo gastado (resarcimiento por daño emergente).

Por último, respecto a las esferas de responsabilidad algo que es común en todos los ordenamientos y en todas las épocas históricas es la estructura conceptual, que se despliega bajo ciertas secuencias:

- a) calificación del acto (o de la omisión) que genera la responsabilidad (civil, penal, administrativa, contable, disciplinaria);
- b) producción del daño;
- c) correlación entre comportamiento y daño (nexo de causalidad);
- d) sanción (punitiva, restitutoria, resarcitoria).

Sin embargo, dicha estructura está destinada a cambiar con el tiempo, dado que, como se verá más adelante, cada uno de los cuatro presupuestos o elementos de la hipótesis de responsabilidad ha sido sometido a discusión, con lo cual ha devenido innecesaria la presencia simultánea de los mismos para la afirmación del deber resarcitorio. Puede haber, en efecto, una responsabilidad que no derive de comportamientos (por ejemplo, la responsabilidad objetiva del fabricante); puede faltar la correlación estricta o causal; el daño puede ser hipotético, futuro, condicional; la responsabilidad puede existir sin un daño (cuando su naturaleza es puramente sancionatoria).

### 2.5.1. ¿y la Reparación Civil?

Si bien se ha establecido una diferencia entre la responsabilidad civil y responsabilidad penal, ambos convergen en el Código Penal y nuevo Código Procesal Penal, donde se establecen reglas especiales bajo el denominado “reparación civil”.

En efecto, a nivel del artículo 93 del Código Penal, se hacen mención a la reparación civil que comprende la restitución del bien, si fuera el caso, y el resarcimiento (“indemnización por daños y perjuicios”). Como una apreciación preliminar se advierte claramente que la restitución del bien es parte del resarcimiento y no un elemento ajeno, siendo un error legislativo.

Aunque no queda duda que existen normas especiales en el Código Penal que deben tenerse en cuenta cuando se emite un juicio de responsabilidad civil dentro de un proceso penal (artículos 92, 97, 98, 100° del Código Penal), siempre debe tenerse en cuenta las normas del Derecho Civil (artículo 101 del Código Penal) para cubrir los vacíos e incluso deficiencias en la legislación penal.

Así, existe una responsabilidad penal y una responsabilidad civil que persigue la protección de intereses subjetivos manifiestos en situaciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento jurídico que al lesionarse generaría dichas responsabilidades las cuales se evaluarán por separado, con la connotación que si ocurre la responsabilidad penal (o existen

indicios de ella) y producen el inicio de un proceso penal, existe la posibilidad que a su vez pueda evaluarse una responsabilidad civil en dicho proceso.

En efecto, el proceso penal permite que se establezca la “reparación civil”, incluso en aquellos supuestos en lo que no existe una sentencia de condena penal, porque ambos no están ligados, evaluándose ambos en el mismo proceso penal solo por economía procesal y celeridad en la tutela de la víctima.

Ello permite entender que la condición de perjudicado y; por tanto, la capacidad que tiene este para constituirse en actor civil no debe analizarse desde la perspectiva de la estructura del tipo delictivo en tanto ella no tiene por qué condicionar la existencia o la inexistencia de un daño.

Asimismo, la responsabilidad civil surge porque existe un daño que requiere ser resarcido sea que haya conllevado a un delito o no, y que si implicó el inicio de un proceso penal, se aprovecha para que el juez -penal-, evaluando el daño “no penal”, pueda imponer un resarcimiento. Así, no es necesario acreditar responsabilidad penal como *conditio sine qua non* para la declaración de la existencia de la responsabilidad civil.

En tal sentido, el artículo 12.3 del nuevo Código Procesal Penal señala que:

La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible (*rectius*: hecho que constituye el objeto del proceso) válidamente ejercida cuando proceda.

Entonces, el juicio de responsabilidad civil en el proceso penal deberá efectuarse sin someterse al bien jurídico tutelado penalmente, quienes figuran como procesados o terceros civilmente responsables, porque ello importa solo en el juicio de responsabilidad penal, por tanto la parte civil no puede basar su pretensión resarcitoria con los mismos fundamentos que otorgó para coadyuvar a la responsabilidad penal, que por cierto, no le competen.

Así, aun cuando en el proceso penal no emita sentencia de condena ello no debería afectar el monto resarcitorio solicitado; sin embargo, ello no resulta posible porque se plantea el resarcimiento en base a hechos fácticos y jurídicos que en el proceso penal se comprueba que no son ciertos o diferentes, que influye para que el juez imponga el resarcimiento.

### **3. Funciones (y su variabilidad cuando el Estado es el dañante)**

A diferencia de los conflictos entre privados, la relación Estado – administrado aquí implica una búsqueda de equilibrio entre ampliar el resarcimiento y la de respetar las prerrogativas de la administración en proteger los fondos públicos.

Pero ante todo, se debe desarrollar los enfoques principales de las funciones de la responsabilidad civil.

Para el enfoque tradicional de las funciones de la responsabilidad civil es oportuno citar lo indicado por Guido Alpa quien señala que “se han enunciado: a) la función de reaccionar frente al acto ilícito dañoso, a fin de resarcir a los sujetos que han sufrido el



daño; b) correlativamente a la anterior, la función de restaurar el *statu quo* ante en el que se encontraba el damnificado antes de padecer el perjuicio; también: c) la función de reafirmar el poder sancionador (o “punitivo”) del Estado; y al mismo tiempo: d) la función de “desincentivación” (deterrence) contra todo aquel que pretenda realizar, voluntariamente o culposamente, actos perjudiciales para los terceros. Se añaden, así mismo, otras funciones subsidiarias, las cuales guardan conexión, más exactamente, con los efectos económicos de la responsabilidad civil, a saber: e) la distribución de las “pérdidas”, por un lado; y f) la asignación de los costos, por otro” (Alpa 2006: 155-156).

Cabe señalar que cuando hace referencia a la función de reafirmar el poder punitivo del Estado, esto no tendría cabida o sentido cuando sea el mismo Estado el sujeto obligado a resarcir, por tanto no podría alegarse función punitiva de responsabilidad civil al Estado como se podría hacer contra un privado.

Por otro lado, si bien se alega que la función punitiva actuaría en situaciones en que el acto dañoso tenga mayor reproche social que el promedio, esto podría sustentarse sobre el privado, en tanto, el mecanismo a utilizar sería solo la responsabilidad civil; sin embargo, en caso el Estado sea el dañante, las implicancias de graves daños o de mayor reproche no solo generarán responsabilidad civil, sino también disciplinaria, funcional (bajo las normas de control), y no en pocas ocasiones un impacto negativo en lo político, lo cual no ocurriría en un privado. Ello trae como consecuencia, que la función punitiva sería aplicado en mucho menor medida en el Estado que al privado, por estar sujeto a diferentes responsabilidades que se pueden aplicar en conjunto, y nivel el grado de responsabilidad.

Por otra parte, un sector de la doctrina italiana plantea las funciones de la responsabilidad civil bajo dos enfoques que señalamos brevemente (Franzoni 2001: 196):

- **Desde la óptica microsistémica** se encuentra principalmente, a) la función satisfactiva, considerada como garantía de un adecuado resarcimiento a favor del sujeto dañado, b) la función sancionadora, que pune con sanciones civiles cuando la conducta haya infringido en modo relevante las reglas de conciencia social, y c) la distribución del daño.

- **Desde la óptica macrosistémica** se encuentra principalmente, a) la función disuasiva de actividades, que permitirá incentivar conductas preventivas de los daños y a su vez desincentivará las conductas dañosas; y b) la función de distribución social del riesgo, que vuelca su análisis en el estudio de los sujetos que se ven beneficiados con el desarrollo de determinada actividad, siendo este el presupuesto para que tales sujetos sean quienes soporten el riesgo de la realización de dicha actividad, encontrándose su fundamento en el principio solidarístico en el que todos debemos contribuir para todos.

Si analizamos, tomando en cuenta al Estado como ente responsable, se puede advertir que la disuasión de actividades es variable y limitado, porque un privado tiene la opción de dejar de hacer tal actividad, lo cual no ocurre con el Estado, porque no se guía según la conveniencia de la actividad sino si resulta necesaria para cumplir con las políticas públicas, pese a que sea riesgosa o pueda otra vez dañar, porque la capacidad de remediar un acto no es inmediata en la realidad, lo que implicará que la función disuasiva tenga que ser aplicada de manera limitada respecto al Estado. De igual forma, en la función de distribución social del riesgo no cabría en el Estado (materializado en una Administración

Pública) porque sus actividades no las realiza para su beneficio, sino para la población en general.

En la experiencia del *common law*, las principales funciones del sistema de responsabilidad civil es garantizar un adecuado resarcimiento a favor del sujeto dañado (*compensation*); inducir a los potenciales dañantes a adoptar medidas de seguridad a fin de evitar posibles actos de conductas ilícitas (*deterrence*), y si se da el caso, penarlas con sanciones civilistas cuando la conducta sea en modo relevante frente a las reglas de la conciencia social (*punishment*), (Ponzanelli 1992: 25-26) que también puede ser desarrollado desde el punto de vista del análisis económico del derecho dentro del cual “la función del modelo de la responsabilidad civil es identificada en la promoción de la eficiencia económica” (Rodotà 2005: 202).

En efecto, para la escuela del análisis económico del derecho, las funciones de la responsabilidad civil son tres (Morales 2002: 58):

- Reducción de costos primarios que pudieran ocurrir.  
Para esto se obliga al potencial causante de los daños que asuma los costos económicos, liberando a la víctima de asumirlos. Así, el potencial causante recibe incentivos para tomar precauciones para evitar asumir el costo de los daños.
- Otorgar la debida compensación a las víctimas mediante la reducción de los costos secundarios derivados de los daños ya ocurridos.  
Estos costos se minimizan mediante el traslado del peso económico a quienes disfrutaban de una mejor situación patrimonial para soportar el peso económico y la distribución social del costo de los daños por un sistema de precios o de seguros.
- Reducción de los costos terciarios, los cuales son derivados de los errores e ineficiencias del sistema de responsabilidad civil, por lo que se debe reducir los costos administrativos del sistema de responsabilidad civil.

En este punto, Alfredo Bullard (2009: 720) ha sostenido lo siguiente:

Pero tener aparatos de justicia eficientes cuesta dinero, ya que es necesario de dotarlos de recursos suficientes para colocarlos en situación de resolver correctamente los casos que se presentan. Por ejemplo, un sistema de culpa finalmente implica una mayor inversión en el aparato judicial, porque probar la culpa es más difícil que probar simplemente la causalidad. Si tengo un sistema de responsabilidad subjetiva, tendré que demostrar no solamente que hubo un accidente y quien lo causó, sino también como se comportó la persona en el momento en que ocasionó el accidente (esto significa analizar si la persona podía o no prever las consecuencias de sus acciones). Tendré que ver además si ese es el standard del “buen padre de familia”, todo esto implica una carga probatoria adicional a la que tendríamos en un sistema objetivo, en donde bastaría probar quien causó el accidente. Nos cuesta más mantener un aparato judicial que tenga que aplicar un sistema de culpa que mantener un aparato judicial que tenga que aplicar un sistema de responsabilidad objetiva, y este último punto es muy importante, porque si los recursos son escasos en nuestra sociedad, porque somos pobres y porque somos subdesarrollados, tenemos que tener mucho cuidado con las reglas de responsabilidad que adoptemos para hacer más fácil el trabajo al Poder Judicial.



Al respecto, se debe tener en cuenta que cuando se analiza un supuesto de responsabilidad como la responsabilidad del Estado, el criterio de imputación debería sopesar lo señalado por Bullard pero no solo eso, sino también establecer al verdadero responsable y no al que supuestamente tiene mayores ventajas patrimoniales para afrontar los daños. De lo contrario, se podría hacer más fácil el trabajo del Poder Judicial pero escasear los recursos del Estado que redundaría en no poder continuar con sus deberes institucionales para la sociedad.

Por otra parte, resulta necesario anotar que la función punitiva se cumple también con sanciones penales y también con sanciones administrativas, por lo que la responsabilidad civil actuará principalmente bajo esta función cuando no pueden intervenir aquellas sanciones, como ocurre cuando el particular daña a nivel contractual y en menor medida en extracontractual. Pero dicha situación es distinta cuando es el Estado quien daña porque en él sí intervienen dichas sanciones, por lo que la responsabilidad civil que recaerá en el Estado expresado en el quantum resarcitorio debe incluir en menor medida el quantum en base al *punishment*.

En efecto, el Estado materializado en una Administración Pública, es el único ente en que puede ser objeto de diversas sanciones por un mismo hecho dañoso. Sus órganos pueden sufrir responsabilidad funcional, disciplinaria, además de la penal y civil, generando muchos incentivos para poder evitar nuevamente dañar, advirtiéndose que la punición de conductas estatales tiene mayor impacto que la punición en las conductas de particulares. Y eso se debe a que los mecanismos de punición (llevados lógicamente por una función punitiva de responsabilidad) son diversos en el Estado.

Así, cuando se impone un resarcimiento al Estado por un daño ocasionado, el valor que se le impondría en base a una función punitiva de responsabilidad civil, debe ser necesariamente de menor nivel a la que se le aplicaría a un particular, porque ya estaría cubierta por las otras responsabilidades que se le aplicaría a sus funcionarios y órganos estatales.

Cabe hacer mención también a la función organizativa o regulatoria de la responsabilidad civil propuesta por Pier Giuseppe Monateri, que consiste en una coordinación satisfactoria entre las acciones sociales, coordinación basada en una serie de decisiones tomadas por varios agentes, es decir, esta función organiza el conjunto de acciones de los sujetos, (1998: 22) aunque es criticable por limitarse a la descripción de los potenciales efectos sociales que puede tener la disciplina, lo que implica un mero análisis neutral y descriptivo.

Las funciones antes mencionadas no aparecen insertas en todos los ordenamientos jurídicos, sino sólo se observan algunas de ellas en determinados modelos jurídicos, donde una prevalece sobre la otra; así mismo resulta innegable afirmar que al cambiar el periodo histórico y el ambiente social, una función deviene predominante respecto de otra, y viceversa (Alpa 2006: 199), por ende, el cambio de estas funciones se observa tanto en la historia de diferentes naciones como en el Perú.

Como se puede apreciar existen teorías solidarísticas y teorías individualistas tomando como consideración sea los intereses generales o los intereses particulares, (a la posición de las partes), que más que explicar la descripción del fenómeno se evidencia un diseño de política legislativa.

Dicho control social se hace más incisivo cuando se refiere a la responsabilidad civil extracontractual del Estado, debido al papel que cumple en la sociedad como ente organizativo de la misma.

Se había planteado además un dualismo entre la función privatística y publicística que terminaría cumpliendo el modelo de la responsabilidad civil (Rodotà 2005: 204).

Por otro parte, ninguna función aisladamente considerada es suficiente para explicar la estructura del juicio aquiliano, que por el contrario se desenvuelven en las diversas fases del juicio, que es diferente a las funciones del resarcimiento que puede ser económica o no (Salvi 1985: 85-86).

Se comparte cuando se señala que “las soluciones a los conflictos dependerá de los objetivos de política del derecho que deben ser tenidos presentes por el sujeto-legislador, por el juez y por la autoridad administrativa. Es decir, es necesario delimitar en primer lugar la aproximación del área ocupada por las normas de la responsabilidad civil en el interior de un determinado sistema jurídico. Solo entonces se podría delinear mejor los objetivos de fondos propios de un moderno sistema de responsabilidad civil” (Ponzanelli 1992: 11).

Aunque, también se afirma que “mejor que hablar de “función” es hablar del “lugar” que ocupa la responsabilidad civil. Así, sería un error pensar que la responsabilidad civil cumple un conjunto de funciones si por ello entendemos un conjunto de efectos que esta produce a la luz de los cuáles esta se justifica. Por el contrario, se afirma que este instituto es un componente imprescindible del sistema de ordenación privado que un Estado liberal debe tener. El Estado liberal necesita un orden privado, no por los buenos efectos que este brinda, sino porque este es un componente principal de un sistema en el cuál diferentes personas con diferentes propósitos pueden interactuar en términos consistentes con la libertad de todos” (Ripstein 2007: 7).

Partiendo de lo antes señalado se puede señalar que la función preventiva solo estaría presente cuando existe un daño producto de una función anormal de la actuación de la Administración Pública a fin de que aprenda cómo debe actuar en el futuro para evitar ser sancionada, aunque posteriormente se sustentará que la diferenciación “normal” o “anormal” es aparente.

De igual modo, no se puede tomar solamente a la responsabilidad civil como institución que protege al individuo frente a los daños causados por la Administración Pública sino también desde la posición de la misma en la cual “la responsabilidad civil está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social del Derecho.” (Martín 1999: 361) “Un instituto que no debe ser efectivamente considerado como un freno a la actividad pública, sino como un elemento de orden del sistema, un instrumento para configurar y modular la actuación administrativa y una pieza esencial de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos” (Martín 1999: 361).

Bajo tal contexto, existen límites al resarcimiento por parte del Estado, que no puede ser trata de manera idéntica a un particular, que haga en muchos casos de frente a su actividad pública, pero tampoco puede servir de excusa para no seguir brindando un

servicio público, teniendo que hallarse un punto medio de equilibrio, para que el Estado repare por los daños ocasionados a sus ciudadanos como todo ente pero que no sea tratado bajo las mismas condiciones de un ente privado y en especial en la fijación de su quantum resarcitorio.

Sin embargo, ello no debe entenderse que la responsabilidad civil de la administración pública cuando resarce es para asegurar la integridad patrimonial – la garantía patrimonial- de los particulares (Como lo entiende la doctrina española: García de Enterría, Martín Rebollo, Fernández Rodríguez, Leguina Villa, De Ahumada Ramos (Mir 2002: 144), debido a que no existe tal garantía a proteger, y menos que se enmarque solo en lo patrimonial.

Cuando la Administración Pública daña a los particulares puede hacerlo bajo daños patrimoniales o extrapatrimoniales (o mejor dicho daños materiales o inmateriales), por tanto, la responsabilidad civil aquiliana, en ningún modo está destinada a asegurar la integridad patrimonial, que está más ligada a la responsabilidad por inejecución de obligaciones, en la cual sí cabe hablar de “garantía patrimonial” como la sujeción del patrimonio del deudor frente a los intereses crediticios.

Por otra parte, como se había señalado, en la funciones de la responsabilidad civil dirigidas desde el enfoque de la responsabilidad civil aquiliana, existe una función preventiva que requiere indudablemente, cuando estamos ante personas jurídicas y más aún cuando estamos ante la Administración Pública, la obligación del ejercicio de la acción de regreso contra el servidor o funcionario público que ha causado el daño con dolo o culpa, para superar la situación de irresponsabilidad de éstos, y prevenir conductas dañosas en el futuro.

Ello conlleva a establecer un mayor control de su actuación administrativa y en mayor grado, mayor control del funcionamiento de los servicios públicos que está dirigido directamente a los ciudadanos, estableciendo paralelas responsabilidades ante su propio personal incluso.

De este modo “la responsabilidad extracontractual de la Administración aparece como un principio de orden, como un instrumento -más- de control de poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, que sirve (en la medida en que la eficacia depende también de los sistemas de control)”(Mir 2002: 147).

“Ésta es una función que no se debe malograr y que conviene potenciar. Sobre todo teniendo en cuenta que la Administración, a diferencia de los particulares, está en manos de la colectividad, es una organización instrumental, que se explica y justifica únicamente por el servicio que presta a los ciudadanos”(Mir 2002: 147).

En efecto, la responsabilidad civil es un control adicional sobre el Estado junto con la responsabilidad penal, disciplinaria, funcional (hasta incluso política) para el funcionamiento adecuado de los servicios públicos que si algo falla sufre la sociedad en su conjunto y no solo un individuo, justificando un mayor control y una diversificación de responsabilidad que no tiene un ente privado.

Además, las actuaciones de los particulares y el Estado se rigen por principios distintos: mientras que los particulares pueden hacer todo aquello que el ordenamiento

jurídico no les prohíba (principio de autonomía privada) conforme el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y reflejados también en el artículo V y 1354 del Código Civil, teniendo como límite el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas.

En cambio, la Administración Pública sólo puede hacer aquello que le ordenamiento jurídico le permita hacer expresamente (principio de legalidad), es por ello que este control recibe un especial énfasis en este tipo de responsabilidad.

Al respecto, resulta necesario indicar que el principio de legalidad es el principio más importante del derecho administrativo puesto que establece que las autoridades administrativas - y en general, todas las autoridades que componen el Estado - deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades.

Una nota peculiar pero importante es que el Estado es el único sujeto que en relación a la responsabilidad civil actúa en dos frentes en un mismo hecho, según como actúe, esto es, al advertir un hecho dañoso procede a sancionarlo movilizándolo el aparato judicial o administrativo para imponer un resarcimiento, pero si su sanción no es completa o no la efectúa, estaría el mismo generando un daño.

Así, por ejemplo, tenemos lo indicado por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC:

En el mismo sentido, debo reiterar que no resulta razonable desde el punto de vista de la acción punitiva del Estado, que por un lado, se sancione a quienes intercepten ilegalmente una conversación privada; y, de otro, lo ilícitamente obtenido pueda ser susceptible de ser publicado irresponsablemente sin ningún tipo de control real y efectivo. Ello, conllevaría a satisfacer los innobles fines de quienes financian el mantenimiento de este tipo de mafias que actúan impunemente utilizando a algunos medios de comunicación como meras plataformas de exposición de lo ilícitamente interceptado. Además, corresponde el afianzamiento del sistema de responsabilidad civil, a fin de compensar suficientemente a la víctima, y también desincentivar las malas prácticas de algunos miembros del gremio periodístico. (Voto singular de Álvarez Miranda).

Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional exhorta al Estado a no solo resarcir a la víctima sino también a prevenir dicha conducta frente a potenciales dañadores de la sociedad desincentivando dichas conductas, esto es, que la sanción por una conducta reprochable a nivel de responsabilidad civil no resulta suficiente si es que no establece mecanismos complementarios para evitar que se produzca otros daños.

También se puede mencionar cuando el Estado no tutela a las víctimas de daños impidiendo, dificultando, o haciendo caso omiso a las exigencias de que el dañante les otorgue resarcimiento a nivel judicial, llegando a que el Estado sea sancionado a nivel de organismos internacionales.

Por último, si se tiene diversas funciones que deberán ser tomadas en cuenta, no cabe duda que la jerarquización de esas diferentes funciones varía cuando el Estado es el dañante, y también varía según el caso concreto. Así, si es una responsabilidad por negligencia grave, la función sancionadora se ubicaría en el primer plano, asimismo, del lado de las víctimas, algunas serán consideradas dignas de una particular atención, así que la



función resarcitoria, se pondrá en primer plano, en tanto otros, (por ejemplo, el detenido o recluso en un centro penitenciario), se medirá la responsabilidad en el marco de una culpa grave incluso.

#### 4. Clases de Responsabilidad Civil

La tutela de derechos “implica pues necesariamente la reflexión sobre los medios de tutela que el ordenamiento prevé en la hipótesis de violación de un derecho” (Di Majo 2003: 4), y tal reflexión ha llevado a que no se puede proteger de igual modo en diferentes daños, a diferentes sujetos y a diferentes intereses.

En tal sentido, el interés protegido en la responsabilidad “contractual” o correctamente “por inexecución de obligaciones” es relativo, y oponible, exclusivamente, al deudor (que, en su caso, puede ser el fiador); es decir, ante la inexecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida, en el marco de una relación obligatoria que puede nacer de un contrato, de un resarcimiento, o de la ley, teniendo un sujeto activo y pasivo individualizados, y una prestación con contenido patrimonial; esto es, todos los elementos típicos de una obligación.

En la responsabilidad aquiliana, el interés tutelado es el interés en la “integridad” (física y patrimonial) que puede, como tal, ser lesionado por cualquiera, “se trata del sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por el ordenamiento” (León 2007: 36).

Durante muchísimo tiempo se debatió arduamente en la doctrina y en los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños. Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones de la responsabilidad aquiliana, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro, y por ende también como se desarrolla los efectos. Lo indicado es justamente la posición actual del Código Civil peruano, que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil.

Como bien se ha advertido, “en el derecho francés se habla también de responsabilidad “delictual”, en lugar de responsabilidad “extracontractual”. En Italia – importante es tenerlo en cuenta–, la responsabilidad *civile* es la equivalente a nuestra responsabilidad extracontractual. La responsabilidad *contrattuale*, a su vez, es la responsabilidad por incumplimiento (*inadempimento*) de las obligaciones. Antes, lo normal era hablar, sencillamente, de *responsabilità civile* y de *inadempimento delle obbligazioni*.” (León 2004: 7).

En la responsabilidad por inexecución de obligaciones, la situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir, ante la inexecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida que le causa un daño, en la cual no será necesario determinar el responsable porque ya se sabe de antemano: el deudor, recayendo el juicio de responsabilidad civil en otros elementos.

Además, el resarcimiento que grava al deudor constituye sólo uno de los mecanismos de protección (o “tutela”) del acreedor, siendo otros la ejecución forzosa, excepciones sustanciales, mora, acción pauliana, acción subrogatoria, quien puede decidir, si así lo cree conveniente, y si las circunstancias lo permiten, pactar nuevos plazos, renegociar la deuda.

Ello conlleva a señalar que esto no puede darse en la relación Estado-ciudadano, ya que no puede catalogarse que cuando el Estado brinda un servicio público de manera de cause daños, se genera un incumplimiento contractual, o inejecución de una relación obligatoria, porque no puede el ciudadano, supuesto acreedor, efectuar mecanismos de tutela crediticia.

Por otra parte, en la responsabilidad aquiliana (en referencia a la *lex aquilia*, aprobada por plebiscito no antes del 286 a.C que sancionaba con pena pecuniarias las hipótesis de daños a las cosas de otros) (Burdese 1998: 529), se trata del sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los hechos lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por dicho ordenamiento, en la cual tiene como sanción única el resarcimiento (que pueda expresarse de distintas formas).

En tal sentido “conforme el CC, entre responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana hay una diversidad de intereses tutelados por diferentes normativas porque hay hechos y efectos diversos. En el contenido de las normas jurídicas existen obligaciones y deberes pero la violación de los mismos otorga tutelas jurídicas diferenciadas a los perjudicados” (Morales 2004: 322).

Cabe anotar que la diferencia entre estas dos esferas de responsabilidad no puede basarse en que una viola un contrato (o en específico una obligación) y por el otro viola un deber general de no causar daño a otro: “*neminem laedere*”, porque este último responde a una definición de derecho y no de responsabilidad civil, ya que dicho principio está conectado en todas las situaciones jurídicas de tutela sustancial; así, en la inejecución de obligaciones también estamos afectando dicho principio porque con el incumplimiento afectamos intereses crediticios que son tutelados por el ordenamiento jurídico (Vega 1999: 12).

Por tanto, no es correcto cuando la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República en su Casación N° 3871-2001-Huaura, de fecha 10 de noviembre de 2003, indica que:

La diferencia esencial entre los distintos aspectos de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual o *aquilian* radica, en el primer caso, en que el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada, y, en el segundo caso, es consecuencia del deber jurídico genérico de no causar daños a los demás; por lo que, la responsabilidad civil contractual según Mosset Iturraspe, presupone el incumplimiento de una obligación nacida del contrato y -bajo dicha premisa- se establece los siguientes presupuestos para su configuración: a) debe existir un contrato, b) que dicho contrato sea válido, c) una obligación incumplida y, d) incumplimiento por un contratante en perjuicio del otro contratante. (Mosset Iturraspe, Jorge: “Contratos”, Rubinzal-Culzoni Editores, páginas cuatrocientos dieciocho - cuatrocientos diecinueve).

Por otro lado, se establece que la mantención de separación de los regímenes de responsabilidad civil se justifica en función a los fines perseguidos en cada caso, siendo la



responsabilidad por inejecución de obligaciones limitada y la responsabilidad aquiliana ilimitada, en este sentido:

Si la responsabilidad contractual es limitada a los daños que usualmente se producen en los diversos segmentos del mercado, las personas no tendrán temores de celebrar contratos, en la medida en que podrán realizar, sin mayores inconvenientes, un análisis costo-beneficio tanto de la situación de cumplimiento como de la situación de incumplimiento de sus promesas.

Empero, si la responsabilidad contractual es ilimitada, las personas, en su natural aversión al riesgo, dejarán de contratar en muchos casos, pues no estarán dispuestas a arriesgar su patrimonio para internalizar aquellos daños cuya existencia y cuantía no pueden anticipar. Esto ocasionará pérdidas sociales en la medida en que los recursos no podrán circular para ser empleados en usos alternativos más eficientes. Asimismo, esto ocasionará que muchas personas no puedan realizar aquellas actividades que consideren necesarias para alcanzar las metas en la vida. (Escobar y Velarde 2010: 144)

No obstante, resulta oportuno indicar que en Francia, donde proviene esa distinción bajo la denominación de responsabilidad contractual y extracontractual, se ha señalado últimamente que “gracias a la aparición de regímenes especiales que trascienden la distinción entre régimen contractual y régimen extracontractual, esta distinción tiende a perder su posición de *summa divisio* de la responsabilidad civil” (Geneviève Viney, citado por Espinoza 2014: 115).

Por otro lado, en la década del noventa, en sede nacional, Lizardo Taboada indicaba que “aun cuando nuestro Código Civil se adhiere al sistema tradicional, en nuestro concepto ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad en base a elementos comunes, señalando con toda claridad, las diferencias de matiz, tanto en el ámbito teórico como en el ámbito normativo” (Taboada 2000:16).

Al respecto, se puede indicar que si bien uno de los objetivos de la responsabilidad civil es el resarcimiento del daño ello no debe llevarnos a establecer tutelas iguales a daños, teniendo en cuenta además que la determinación de una previa obligación y el interés crediticio conlleva a un juicio de responsabilidad distinto tanto en la búsqueda de la relación de causalidad, la configuración del daño, y establecer su criterio de imputación, y ello se puede advertir de mejor forma cuando se establece que la responsabilidad del Estado es aquiliana, salvo que provenga de los contratos estatales que se rigen por la normativa de contratación con el Estado, y por ende genera una “responsabilidad por inejecución de obligaciones”.

#### **4.1. Responsabilidad civil contractual o por inejecución de obligaciones**

Se parte de que “el quebrantamiento de la preexistente relación obligatoria imputable al deudor es la fuente o ratio de la responsabilidad contractual” (De los Mozos 2006: 52).

Con la noción de responsabilidad contractual si indican dos cosas: la responsabilidad por la violación del contrato sea por la falta, defecto o retardo en la

ejecución del mismo y que trae como consecuencia la obligación del resarcimiento de los daños.

Cabe anotar que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, abarca no solo al contrato sino cualquier fuente que genera obligaciones, por lo que no es propio, en puridad, usar como sinónimo la responsabilidad civil contractual, aunque también es cierto que “el incumplimiento referido a obligaciones no contractuales tiene un espacio limitado, de tal modo de no permitir que sobre eso deba fundarse una doctrina autónoma de la responsabilidad” (Di Majo 2002: 2).

La responsabilidad que se suele definir como contractual es, en realidad, la responsabilidad que nace del incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente, contractual o no contractual, de la cual la obligación incumplida derive. Aquí existe una obligación incumplida, pero no confundir con una obligación como deber institucional en el marco de una política pública del Estado, sino como una obligación en el sentido “civil”, ya que si fuera la relación del Estado-ciudadano de dicha naturaleza, no habría ningún tipo de responsabilidad civil aquiliana. Es más que todo una obligación o deber como parte de su función pública, otorgada por la población.

Asimismo, se ha advertido “que hoy la obligación contractual tiende a ser considerada como una estructura compleja; por lo tanto, ella comprende también deberes accesorios; al mismo tiempo, la responsabilidad civil tiende a abarcar fenómenos contractuales, inclusive, como en el caso de la responsabilidad civil por actividades negociales (la doble venta inmobiliaria, por ejemplo)” (Alpa 2006: 126).

Cabe señalar que respecto al *common law*, el citado autor señala que “la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual ha sido siempre débil en el *common law*, donde jamás ha tenido arraigo, por razones históricas, la distinción entre efectos del *tort* y efectos del *contract*, y, por lo tanto, entre daño contractual por incumplimiento y daño aquiliano” (Alpa 2006: 126).

Por otra parte, históricamente, el afirmarse que los valores del contrato -o mejor, del valor vinculante de la promesa- se conjuga con la dialéctica entre responsabilidad *ex contractu* y responsabilidad *ex delicto*, se identifica más precisamente con el surgir de la posibilidad de accionar legalmente -frente a la ruptura de la promesa- una autónoma responsabilidad "contractual", más allá de aquella responsabilidad por ilícito que en un origen agotaba toda forma de responsabilidad: el nacimiento del contrato, en este sentido, está signado por un proceso de emancipación frente al ilícito. Y esta línea de desarrollo no se registra sólo en el área del derecho romano: también en el *common law* la responsabilidad por (y la figura del) *contract* está precedida históricamente por la responsabilidad por (y por la figura del) *tort*.

Entonces, nuestro Código Civil reconoce como presupuestos de la responsabilidad por inexecución de obligaciones los siguientes:

- a) La existencia de una situación de incumplimiento, violación de una obligación pre-existente.
- b) El incumplimiento se deba a culpa de una de las partes (imputabilidad subjetiva), “responde a los hechos dolosos o culposos de estos”.
- c) La naturaleza especial del daño contractual.

La función de la responsabilidad por inexecución de obligaciones es proteger a las partes frente a un riesgo específico de daño, creado por la particular relación instaurada entre dos sujetos, es decir, en términos normales, la función satisfactoria de la responsabilidad civil en la etapa del cumplimiento obligacional consiste en la garantía de satisfacción del interés típico del acreedor o en la realización de la causa subjetiva. En la etapa del incumplimiento obligacional, en cambio, repárese que se introduce un fenómeno mutatorio no presente en la etapa del cumplimiento obligacional: el daño.

Asimismo, se indica que “cumple una función económico-individual que consiste en satisfacer el interés jurídicamente protegido (expectativa de bienes o de concretas utilidades de carácter económico) regulado en el contrato conforme a la función de distribución de los riesgos de probables incumplimientos de obligaciones.” (Morales 2004: 345).

Sin embargo, cierto sector francés últimamente ha cuestionado la supuesta responsabilidad contractual, indicando que en realidad es una forma más de satisfacer el interés del acreedor, pero ahora en etapa de incumplimiento, así se señala que:

En materia contractual, la situación es muy diferente, pues dos personas se encuentran vinculadas por un contrato que establece las nuevas obligaciones de ambas partes, y se originan así legítimas expectativas [*attentes légitimes*]. Las partes deben ejecutar el contrato que tiene fuerza de ley entre ellas –artículo 1134 del Código Civil–. Si una de las partes no respeta su compromiso [*engagement*], la otra, al no obtener una satisfacción -luego de intimarla en mora [*mise en demeure*]–, solicitará un sustituto de la ejecución. El fundamento [*source*] de esta solución no reside tanto en la inexecución, sino en el contrato mismo. (Le Tourneau 2013: 25)

Sigue:

Por ello, no hay necesidad de un hecho generador, de un perjuicio ni de un nexo de causalidad: tan solo la inexecución del contrato es tomada en consideración. Aquello que denominan reparación constituye en realidad *una forma de ejecución del contrato*, muy diferente —sin lugar a dudas— de aquello que se había previsto (por equivalente), y frecuentemente diferido, pero una forma de ejecución al final de cuentas. También puede considerársele un modo de pago, ya que jurídicamente el pago es la ejecución de una obligación cualquiera sea su objeto.

Por otra parte, resulta necesario indicar que a raíz del *caso Myr'ho* se estableció que un tercero puede, sobre la base de las reglas de la responsabilidad extracontractual, invocar un incumplimiento contractual siempre que este incumplimiento le haya causado un perjuicio, con tal que demuestre que dicho incumplimiento es al mismo tiempo un hecho ilícito en el sentido del artículo 1382 del Código Civil (Borghetti 2012: 83) (que es igual a nuestro Código Civil, en nuestro artículo 1969, que “cualquier hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa fue causado a repararlo”), lo cual parecería ser otra objeción a la distinción de responsabilidad pero ahora desde el lado de la responsabilidad contractual (o por inexecución de obligaciones).

No obstante, se comparte la idea de Díez Picazo cuando señala que:

(...) la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento

defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit curia*. (Diez Picazo 1999: 268 y también De los Mozos 2006: 66)

No se puede dejar de analizar dentro de las consideraciones generales del presente trabajo la noción de incumplimiento considerado, latamente, como falta de fidelidad a lo establecido en el programa contractual, es una alteración manifestada en el rompimiento sobrevenido de dicho equilibrio. (y no solo limitado al incumplimiento obligacional). Dicha falta es independiente de toda pérdida patrimonial, subsiguiente y ulterior de la contraparte que puede generar el derecho a un resarcimiento por responsabilidad por inexecución de obligaciones.

En este contexto, la parte fiel al programa contractual podrá, ante el incumplimiento de la otra, solicitar, los remedios contractuales específico, por ejemplo la resolución del contrato y pedir la restitución de lo egresado de su patrimonio en virtud del contrato, siempre, claro está, que la otra parte haya ejecutado lo que le corresponde. Este es el efecto sustancial de toda modalidad de resolución por incumplimiento, lo cual claramente no puede aplicarse a la relación jurídica Estado-ciudadano.

Es preciso indicar que en el sistema jurídico italiano el incumplimiento no debe ser de escasa importancia. Para saber cuándo un incumplimiento presenta la gravedad suficiente para justificar la aplicación de un remedio, se revela imprescindible la determinación de la relación de la patología que compromete la realización del programa con la concreta finalidad del contrato (Castro 2005: 80). El juez la debe realizar según un punto de vista objetivo (si el incumplimiento es de tal intensidad que la economía del contrato se ve perjudicada) y subjetivo (si existe en quien solicite el remedio motivos apreciables para recurrir a este instituto). Así, el retardo no siempre será causa de un remedio: un retardo muy mínimo constituirá un incumplimiento de escasa importancia.

Algunos plantean que la imputabilidad es también un requisito, pero se debe anotar que un remedio por ejemplo la resolución no constituye una consecuencia de la conducta de la parte que ha incumplido, sino del hecho “incumplimiento”, porque es este último el que incide sobre el interés de la parte en la ejecución del contrato (Verdera 1994: 47 y Di Majo 2002: 1-5).

Además es claro que los criterios de dolo o culpa del deudor corresponde al campo de la esfera de la responsabilidad civil que están en función del análisis de un comportamiento y no giran en torno a la restitución del equilibrio de la operación económica (“como esquema unificador de la íntegra organización de intereses diseñada por la autonomía privada, penetra en el interior de las causas singulares que componen la coligación negocial, calificándolas en concreto, con prescindencia de la causa típica de los esquemas negociales singulares”) (Gabrielli 2012: 29) ni mucho menos en la liberación del vínculo contractual, *ergo* la imputabilidad no juega ningún papel en la resolución.

La gravedad, entonces, no es parte de la estructura del incumplimiento. Ello, explica por qué el incumplimiento de escasa importancia es también incumplimiento, sin embargo no se posee el remedio, pero que sirve para el resarcimiento de los daños que pudieran derivar de él.



No obstante, en nuestro sistema jurídico no tenemos alguna norma en los preceptos generales que sujete los remedios a incumplimientos de importante relevancia, por lo que en nuestro país se puede invocar remedios contractuales como la resolución por ejemplo con incumplimientos de escasa importancia (invocando el artículo 1428 que establece que “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios”), salvo en normas especiales que lo establecen como requisito.

Por ejemplo, en el contrato de suministro se establece en el artículo 1620 del Código Civil que “cuando alguna de las partes incumple las prestaciones singulares a que está obligada, la otra puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos”.

De igual modo tenemos en el contrato de arrendamiento las siguientes normas establecidas en el Código Civil:

**Artículo 1697°.-** El contrato de arrendamiento puede resolverse:

1.- Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.

**Artículo 1698°.-** La resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días.

Todo lo dicho en este punto es importante indicar porque la relación que tiene los servidores y funcionarios públicos con el Estado es en base a un vínculo obligatorio, por lo que cuando dicho funcionario daña a los ciudadanos, si bien el Estado responde por la vía extracontractual, al momento de la acción de repetición contra su empleado público buscará su responsabilidad bajo las reglas de la responsabilidad por inexecución de obligaciones.

Así tenemos lo señalado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 2244-2007-Cajamarca, de fecha 13 de agosto de 2008:

El funcionario público como el Alcalde, que en mérito a su elección por el voto popular, se encuentra vinculado mediante una relación obligatoria contractual de carácter público al Estado. Vinculación que genera derechos y obligaciones recíprocas. Entre las obligaciones, por ejemplo el Estado debe cumplir con abonar una remuneración o sueldo en forma periódica mientras que el funcionario público debe cumplir con las obligaciones que las propias disposiciones legales de orden público le imponen y, que forma parte de esa relación obligatoria. Ahora bien, la vulneración de esos deberes o su cumplimiento irregular (defectuoso, tardío o parcial) que cause daño económico al Estado por parte del servidor o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, origina responsabilidad civil de naturaleza contractual; por tanto, se rige por las disposiciones que regulan la responsabilidad civil contractual contenido en el Código Civil, tanto más que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco, en su Novena Disposición Final sobre definiciones básicas, ha señalado que la obligación de resarcimiento por el servidor o funcionarios públicos a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria; de modo que, siendo así, al no tener esa ley una regulación

propia sobre responsabilidad civil, se aplican las normas pertinentes del Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo noveno del Título Preliminar de este Código Sustantivo. Es pertinente indicar que la responsabilidad civil regulada en el mencionado Código traspasa las fronteras del campo civil en la medida que sus principios y disposiciones son de aplicación en otras materias que no tienen una regulación particular, como acontece en el ámbito comercial, laboral e incluso en el campo penal en lo que respecta a la reparación civil, entre otras, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Cabe indicar, como señala la Casación antes indicada, de acuerdo a la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, se define la responsabilidad y el tipo respecto a la relación empleado público – Estado:

**Responsabilidad Civil.-** Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico. (El subrayado es agregado)

Este argumento refuerza la idea de que la obligación entre el Estado ciudadano no es contractual u obligacional, sino solo lo es entre el Estado con sus empleados públicos, establecido expresamente en la norma citada.

#### 4.2. Responsabilidad Civil Extracontractual o aquiliana

En este esquema, tradicionalmente se ha señalado que responde a quien causa un daño incurre en la responsabilidad civil extracontractual por haber violado el deber genérico del *neminem laedere*, aunque, además de la crítica indicada en líneas atrás, desde una visión moderna determinada dejando de lado este enfoque se señala que en la responsabilidad aquiliana “el dato esencial está representado por la verificación del daño injusto, al que se refiere y según el cual se proporciona la reacción del Derecho; una reacción que se concreta con la imposición de la obligación (primaria) de resarcimiento de la totalidad del perjuicio al sujeto que incurriera en alguna de las hipótesis (de responsabilidad) contempladas por la ley” (Scognamiglio 2001: 56).

Cabe precisar que “el sistema de responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano ha abandonado la teoría del "hecho ilícito", por lo que no cabe afirmar una diferenciación entre los conceptos de imputabilidad y culpa, en donde el primero se entienda como sinónimo de "capacidad de discernimiento" de los sujetos y presupuesto de la responsabilidad extracontractual toda.” (Fernández 2007: 55).

En la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento representa una pretensión nueva y autónoma de la víctima, que obedece a su situación lesionada; las reglas de la responsabilidad civil extracontractual previenen y reprimen de manera *ex post* hechos dañosos, a través de la remoción de las consecuencias perjudiciales provocadas y “cumple funciones económico-sociales de reintegración o reparadora, preventiva, sancionadora y distributiva” (Morales 2004: 345).



A nivel jurisprudencial se tiene la Casación N° 759-2010-Huánuco de fecha 22 de noviembre de 2011, por el cual la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República señala que:

(...) la acción indemnizatoria materia de litis es de responsabilidad civil de naturaleza extracontractual, puesto que el evento dañoso alegado por los accionantes no deriva de un contrato, sino de la aplicación de las Leyes N° 26457, 26493 y 26638 (...)

Aquí se debe seguir precisando que la vinculación que existe entre un administrado o los ciudadanos ante el Estado, no es en base a un contrato, y tampoco se vinculan por una relación obligatoria, como se ha indicado anteriormente, y donde no existe acreedor y deudor. Sino que es una obligación que proviene de la constitución y de las leyes dirigido a los ciudadanos en general, que en caso de incumplimiento procederá un reclamo administrativo y no de carácter civil. De igual modo, en caso de daños, se procederá conforme a la responsabilidad aquiliana.

#### **4.3. Supuestos especiales de responsabilidad civil extracontractual**

Al respecto Guido Alpa (2006: 227) ha señalado lo siguiente:

Con el correr de los años, los regímenes especiales de responsabilidad civil se han multiplicado. Nuevas tecnologías, formas de cooperación económica, formas de interacción social, han creado nuevas ocasiones para la producción de daños. En lugar de remitir estas hipótesis a las reglas de la responsabilidad civil contenidas en el Código, que están gobernadas por criterios subjetivos y objetivos de imputación, el legislador ha preferido introducir –o proyectar la introducción de– regímenes especiales de responsabilidad civil, que constituyen excepciones al régimen general en lo que atañe a la imputación de la obligación resarcitoria, al ámbito operativo de las reglas, a los tipos de daños resarcibles y a las modalidades de resarcimiento.

Como se puede apreciar, las reglas generales han dejado de conformar la estructura que sostienen el sector por entero: ahora los regímenes especiales operan como excepciones a tales reglas. En efecto, el principio general contemplado en el artículo 1969 del Código Civil deja paso a supuestos especiales que se rigen por reglas particulares, debido a las características peculiares que se han formado con el tiempo de ciertos hechos, sea por las cualidades del daño o sea por el sujeto dañante.

Entre los supuestos especiales regulados en el Código Civil tenemos a:

- Responsabilidad de incapaces
- Responsabilidad del principal por los hechos del dependiente o del deudor por el tercero del cual se vale
- Responsabilidad por los daños causados por las cosas animadas: los animales
- Responsabilidad por los daños causados por las cosas inanimadas: caída de los edificios
- Responsabilidad por los daños causados por las cosas (o el ejercicio de actividades) riesgosas o peligrosas
- Responsabilidad por los daños ocasionados por denuncia calumniosa

De ello se observan dos sistemas en materia de responsabilidad civil aquiliana, uno subjetivo contenido en los artículos 1969, 1978 (Responsabilidad del que incita o ayuda a la producción de un daño), 1973 (reducción de indemnización por concurrencia de imprudencia), 1982 (responsabilidad por denuncia calumniosa); y otro objetivo contenido en los artículos 1970 (responsabilidad por bienes y actividades riesgosas o peligrosas), 1972 (supuestos en los que no existe la obligación del pago de una indemnización: caso fortuito, hecho determinante de tercero e imprudencia de la propia víctima), 1975 (Responsabilidad solidaria del representante legal y de persona incapaz con discernimiento), 1976 (responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento), 1979 (responsabilidad del dueño de un animal por los daños causados por éste), 1980 (responsabilidad del dueño de un edificio por la caída de éste), 1981 (responsabilidad por los actos del subordinado).

Del mismo modo se habla de nuevos supuestos de responsabilidad civil extracontractual, como la responsabilidad por los daños ocasionados por accidentes de tránsito, la responsabilidad por productos defectuosos, la concesión y denegación abusiva de crédito como fuente de responsabilidad civil, la responsabilidad civil en los contratos de transporte, la responsabilidad civil de los bancos en el servicio de cajas de seguridad, entre otros, donde hay que ubicar a la responsabilidad civil extracontractual del Estado.

Al encontrarse frente a un modelo jurídico que combina ambas clases de responsabilidad, priman determinadas funciones dependiendo del sistema adoptado para la solución de un caso específico. En cuanto al sistema basado en la culpa, esto es, el sistema subjetivo; el papel preponderantemente asumido por la responsabilidad civil es el rol satisfactorio y no sancionador, y asume también un papel disuasivo. Ello significa que, todo aquel que pretenda realizar un acto dañoso lo pensará dos veces, puesto que sabrá que su actuar será sancionado por el derecho. Asimismo quien a pesar de no haber planeado hacer daño a otro, lo hace de forma no dolosa, deberá ser diligente en su actuar adoptando medidas mínimas de seguridad para que su comportamiento no produzca daños a terceros.

#### 4.3.1. Responsabilidad Civil del Estado

La ubicación de la responsabilidad civil del Estado en relación a su actuación administrativa y en específico a los servicios públicos no es como pudiera pensarse del todo clara. Si bien ante contratos entre el Estado y el particular en la que su incumplimiento genera daños no cabe duda que se aplicarían las reglas de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, este escenario se oscurece o se torna gris cuando no existe un contrato entre el Estado y el particular, pero sí existen obligaciones de por medio consistentes en que la actuación administrativa o la ejecución de servicios públicos en estricto deban ser llevados a cabo a satisfacción de los ciudadanos en general y que no cause daños.

Ante todo, este supuesto se rige también por la cláusula normativa general de responsabilidad del 1969 y 1970 del Código Civil, ya que no distingue a los sujetos responsables del daño en función de su *status*, y por ende “el Estado no asume una posición cualitativamente diversa de aquella del privado desde que no existen graduaciones de la subjetividad jurídica” (Avanzini 2007: 70).

Revisando la legislación nacional se debe citar el artículo 238 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General que señala lo siguiente:

## **TÍTULO V**

### **De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio**

#### **CAPÍTULO I**

##### **Responsabilidad de la administración pública**

###### **Artículo 238.- Disposiciones Generales**

238.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

238.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

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

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

238.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

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.

Del texto normativo citado se puede apreciar que no se indica que tal responsabilidad haya sido catalogada como responsabilidad civil aquiliana o por inejecución de obligaciones, sino se establece un régimen especial que toma parte de la regulación de ambos sistemas de responsabilidad. En tal contexto, podría sostenerse que queda a la libre elección del dañado optar por el régimen que más le convenga (Espinoza 2013:70) en caso de cubrir vacíos de la regulación aquí citada.

No obstante, no se estimada adecuada tal solución (a menos que se propugne una unificación de regímenes de responsabilidad civil), sino que es necesario poder ubicar a algún régimen específico cuando estamos frente a la responsabilidad del Estado.

Por una parte, se ha indicado que en la esfera de la Administración Pública la responsabilidad sería extracontractual cuando la administración incurre en ella como consecuencia del daño ocasionado por un acto ilícito o lícito pero sin ninguna relación contractual con el particular afectado (Retamozo 2000: 57), así el daño vendría a ser consecuencia de la actividad que desarrolla la Administración Pública.

Asimismo, en sede española, Pantaleón Prieto ha señala que resulta equivocado decir “responsabilidad patrimonial” siendo lo correcto “civil extracontractual”, ya que la responsabilidad contractual de la Administración se rige por el Derecho de Contratos (Pantaleón 2000: 180).

Al respecto, ambos autores dan por cierto la responsabilidad aquiliana por contraponerse a la contractual, lo cual resulta un argumento débil debido a que no muestran justificación conceptual más allá de etiquetas, además ya se ha indicado que el contrato no es el punto diferenciador entre ambos regímenes de responsabilidad civil pero sí el que más a menudo y visible se presenta.

Sin embargo, puede desde ya vislumbrarse un dato importante: si fuera responsabilidad contractual o por incumplimiento de obligaciones sería inconstitucional establecer reglas distintas cuando el Estado sea una de las partes obligatorias, ya que rompería el equilibrio contractual, y la igualdad de partes, teniendo que ser necesariamente aplicada o analizada desde el régimen aquiliano.

Cabe anotar que las opiniones españolas tienen una base normativa incluso a nivel constitucional que reconoce el principio de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas en sus artículos 9.3, 149.1.8 y sobre todo, 106.2.

En tal sentido, se ha indicado lo siguiente:

La responsabilidad extracontractual, llamada patrimonial, de la Administración Pública es una institución básica del sistema administrativo en un Estado de Derecho, como medio de resarcir a los ciudadanos de los daños causados por la Administración y que aquéllos no tengan el deber jurídico de soportar. Es, además, una garantía última y subsidiaria, pues, aparte de los casos en que se pretende directamente la reparación de unos daños, cuando la Administración no rectifica su actuación antijurídica siempre queda la posibilidad de exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados (García 2004: 742).

En sede italiana, Fabrizio Fracchia ha señalado que la opción de responsabilidad civil contractual genera ventajas prácticas: hace más fácil la prueba para el lesionado y extiende el plazo de la prescripción: sin embargo, hay tres objeciones:

(...) encuadrando en términos de relaciones obligatorias las que se traban entre la Administración y el particular, se corre el riesgo de olvidar que la Administración tiene siempre el poder (y no sólo los deberes); segundo, y en consecuencia, atribuye al particular un derecho subjetivo justo cuando la jurisprudencia acababa de llegar al resultado de la indemnización de los intereses legítimos en contraste con la común idea del particular como <víctima>; finalmente no está claro cuál es la fuente de la obligación, ni se explica cómo la violación de normas procedimentales puede automáticamente justificar la pretensión de indemnización del particular (o de los muchísimos particulares, todos iguales frente a las normas que disciplinan el procedimiento administrativo), el cual no está directamente protegido por aquellas normas (Fracchia 2010: 830-840).



Al respecto, resulta interesante señalar que, como se ha indicado anteriormente, no se puede identificar la relación Estado-particular con una relación obligatoria, y que además, el particular puede ser afectado tanto en su derecho subjetivo como en su interés legítimo.

Y esto resulta más evidente en Italia debido a que su régimen de responsabilidad es extracontractual regulado en el Código Civil (artículos 2.043 a 2.059) e incluso basado en la culpa. En efecto, no existe una ley general que discipline la responsabilidad de la Administración Pública, sino que ésta se rige por las normas de derecho civil, las mismas que regulan la responsabilidad de los sujetos privados.

En sede nacional administrativa, Morón Urbina ha señalado que es extracontractual al margen de cualquier relación jurídica que pudiera establecerse entre ambos (Morón 2011: 760).

En sede nacional civil, la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, introdujo artículos sobre la Responsabilidad Civil del Estado (dentro de los supuestos especiales de la responsabilidad civil aquiliana), pero que luego fue eliminada por la Comisión revisora, alegando que estaba “contenida en los principios generales establecidos por los actuales artículos 1969 y 1970 y que era mejor no llamar la atención sobre este punto con una norma expresa, porque el Estado podría verse asediado por juicios sobre responsabilidad civil” (De Trazegnies 2001: 227).

Aunque no faltan voces en que señalan una similitud entre la relación Estado – Ciudadano cuando emite actos en un procedimiento administrativo, con la relación contractual, señalando la responsabilidad por el ejercicio irregular de la función pública como una responsabilidad por contacto social (Medina 2005: 244); sin embargo, dichas apreciaciones no pueden ser compartidas porque no puede equipararse la relación administrativa con la relación obligatoria, como si la relación entre administración y ciudadano venga a asumir el carácter paritario típico de las relaciones obligatorias (Avanzini 2007: 215).

Sin embargo, en sede nacional civil, se ha indicado lo siguiente:

(...) la normativa de la responsabilidad por inexecución de prestaciones o de la mal denominada responsabilidad contractual es la aplicada cuando la Administración Pública incumpla sus deberes de protección en contra de los intereses legítimos de los administrados. No hay que sorprenderse de esta aseveración cuando ya el artículo 515° del Código Procesal Civil indica que el monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado por los jueces se regulan por las normas del Código Civil referidas a la inexecución de prestaciones, en cuanto sean aplicables. El sustento de mi afirmación no solo se basa en los numerales 1 y 5 del artículo 238 de la Ley N° 27444 sino en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho italiano sobre los deberes de protección y los intereses legítimos (Morales 2013: 3)

Al respecto, se debe señalar que si la figura de los deberes de protección es entendida siempre ligada a una relación contractual podría suponerse que la aplicación de dicha figura en la relación Estado-ciudadano sea contractual o relación obligatoria, pero no puede sostenerse ello, ya que los deberes instituciones en el marco de su potestad pública trascienden a la relación obligatoria, no tiene los mismos componentes, y no tiene los remedios crediticios el ciudadano, no teniendo la situación jurídica de acreedor, por tanto el



deberes instituciones comprende todas las actuaciones necesarias para satisfacer el interés de la sociedad y cumplir con las políticas públicas, es por ello que están en constante cambio para mejor los servicios que brindan. Además, si se parte de la aplicación de los deberes de protección esto debería ser entendido en el sentido del “contacto social” que trasciende al contrato.

Se comparte la crítica de Giulia Avanzini (2007: 216) que sostiene lo siguiente:

(...) se puede sostener que la característica de cada relación obligatoria es constituida por la precisa identificación o individualidad de los sujetos contra la cual el deudor está obligado a la ejecución de la prestación, ya sea que se derive de un contrato la ley.

(...)

Esta indeterminación no es conciliable, no tanto y no sólo con la noción de relación obligatoria, sino sobre todo con una reconstrucción del supuesto de hecho dentro de los cánones de la responsabilidad contractual.

Asimismo, señala que “el comportamiento del deudor está funcionalmente ligado solo a la satisfacción del interés del acreedor. En cambio, el comportamiento de la administración en el curso del procedimiento, no es nunca preordenada a la sola satisfacción del interés del privado titular de un correlativo derecho. El poder público es siempre ejercitado para un fin público, para un interés que es externo a aquello de su titular, pero también de aquel ciudadano” (Avanzini 2007: 218).

Por otro lado, el régimen de responsabilidad a los jueces si bien es contractual, más que una justificación se advierte un error normativo evidente que requiere ser corregido, ya que responde su aplicación a supuestas facilidades prácticas de prueba y no a una coherencia conceptual.

Asimismo, ya se ha indicado que la regulación de esta responsabilidad del Estado ha tomado en cuenta normas de la responsabilidad por inejecuciones de obligaciones y de la aquiliana, por lo que no puede sostenerse que la copia de parte de la regulación de la primera en numerales 238.1 y 238.5 del artículo 238 de la Ley N° 27444 conlleve a que sea responsabilidad contractual.

Por último, la protección de los intereses legítimos, que se deduce de las diversas normas de la Ley N° 27444 puede darse también en la responsabilidad aquiliana, ya que no existe alguna restricción.

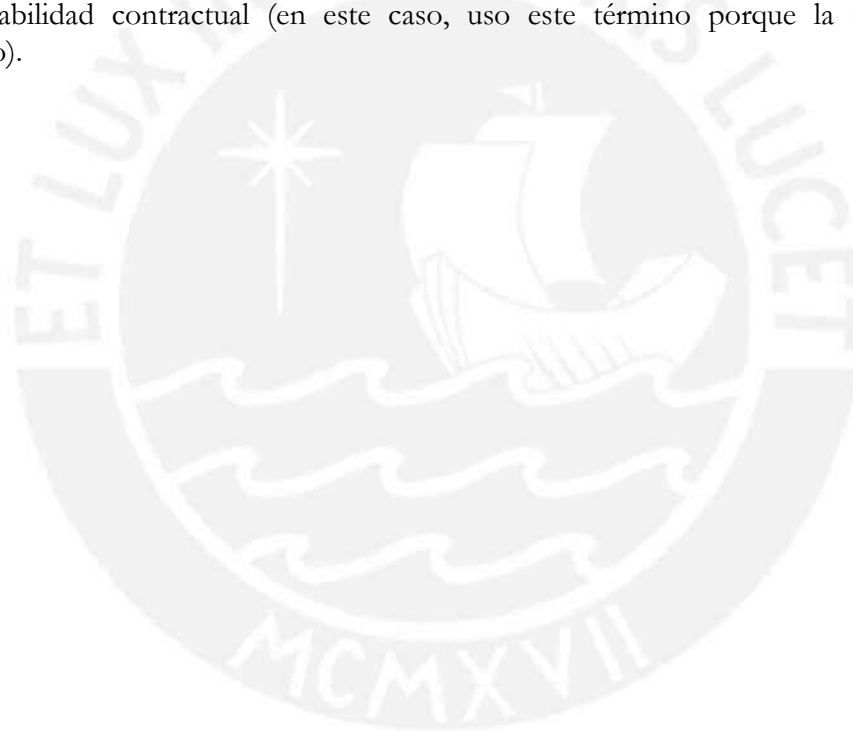
Además, “ante casos de duda o en los que la fuente de la obligación sea la ley y esta no diga que será considerado contractual, la regla a aplicar por defecto sería la del sistema de responsabilidad extracontractual” (Gabriel 2015: 214), y no elegir uno porque en el caso concreto conviene aplicar la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

Ello no significa que se aplicará sin más la responsabilidad aquiliana, sino que frente a un caso concreto en que se advierta una obligación en base a una norma, se comenzará por intentar encuadrarla dentro del esquema aquiliano, en tanto, la generalidad de casos responde a dicho esquema. En el mismo análisis se advertirá que se encuentra dentro de dicha esquema o no, y que por ende se advierta el esquema de responsabilidad por inejecución de obligaciones de índole crediticio.

“Y es que si la fuente de la obligación es la ley, ello no impide que se genere un verdadero interés crediticio (propio de toda relación obligacional) que merezca ser tutelado de forma específica por las reglas de la responsabilidad “contractual”, sin que para ello sea necesario una remisión expresa a tal régimen de responsabilidad” (Campos 2015: 163).

Por consecuencia, existirán obligaciones de fuente legal que tengan como parte un derecho subjetivo crediticio, y por ende, en caso de incumplimiento de dicha obligación, se aplicará la “responsabilidad contractual”, ya que dicho régimen se basa en proteger el interés crediticio, no importa su fuente.

Teniendo en cuenta el esfuerzo de la doctrina para definir el interés crediticio, el derecho subjetivo crediticio, el débito, no debería haber confusión en la práctica; sin embargo, ya se estuvo en un desacierto concreto en el caso de la Casación N° 252-2013-Sullana, donde se estableció régimen aquiliano, en una obligación de fuente legal (Decreto de Urgencia N° 059-2000) pero dicha norma establecía obligaciones a los bancos que se incorporaron a las relaciones contractuales con sus clientes para tramitar los planes de refinanciamiento que se le soliciten, y por ende se encontraba sujeta al régimen de responsabilidad contractual (en este caso, uso este término porque la fuente fue un contrato).



## CAPÍTULO II

### LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO Y EL FUNDAMENTO DE SU RESPONSABILIDAD CIVIL

#### 1. El Estado y la Administración Pública como persona jurídica

Toda persona jurídica (lucrativa o no lucrativa) realiza una serie de actividades (económicas y no económicas). En atención a ello, si la persona jurídica, a través de sus órganos, representantes o dependientes, ocasiona daños, ésta no es más (o menos) responsable si es (o no es) de naturaleza lucrativa y se beneficia (o no) económicamente con el acto generador del daño, porque como toda persona, es centro de imputación de derechos y deberes, entonces con capacidad jurídica, y por tanto pasible de responsabilidad civil.

En efecto, la persona jurídica “responde *directamente* de los ilícitos realizados por las personas físicas que han actuado en su nombre y por su cuenta. Las personas físicas son “órganos” del ente y sobre la base de la relación orgánica, todo acto suyo, cumplido en dicha calidad, es imputado *directamente* al ente” (Alpa 2001: 59).

Esta concepción teórica de la persona jurídica se basa en la teoría orgánica o de la realidad de Otto Von Gierke, según la cual “la esencia de la persona jurídica se funda en la voluntad humana y las personas jurídicas representan no organismos físicos y perceptibles por los sentidos sino organismos sociales” (Oertmann 1933: 82).

En efecto, las personas jurídicas eran organismos naturales dotados, así como los hombres, de su propia voluntad y portadores de un interés propio, distinto de aquel de las personas naturales que la componen. El reconocimiento estatal de la personalidad jurídica, de acuerdo con la teoría de la ficción (sostenida por Savigny), asumía un valor meramente declarativo en la teoría de la realidad, según la cual el Estado se limitaba a reconocer la existencia, ya en la realidad prejurídica, de estas «unidades sociales vivientes». Tanto así que “su voluntad no solo se traslucía en las decisiones y proyectos que emprendía, sino que su autonomía llegaba a tal punto que dicha voluntad podía contraponerse a la de los sujetos que la componen” (Saavedra 2011: 282).

Cabe tener en cuenta que como indica Galgano (2004: 22):

(...) el concepto de persona jurídica tan sólo expresa las analogías reconocibles entre la condición jurídica de una organización colectiva y la condición jurídica de la persona. Al ser ésta la naturaleza del concepto de persona jurídica, parece evidente que nada garantiza que las disciplinas normativas, que hacen evocar esta analogía, sean idénticas entre ellas: cada una de ellas da vida a situaciones jurídicas análogas a las de la “persona”; y algunas disciplinas normativas pueden dar vida a situaciones jurídicas tan solo análogas a aquellas creadas por las otras. La única constante de estas disciplinas, que podríamos decir está garantizada por el concepto de persona jurídica, consiste en que cada una de las disciplinas normativas, aunque diferente de las demás, en todo caso será idónea, en las situaciones jurídicas a las que dará vida, para suscitar la imagen de una subjetividad del grupo distinta de aquella de sus socios.

En el derecho público, este concepto acompaña la transición del Estado absolutista al Estado de derecho (y luego al Estado social de derecho), en la cual se llega a sustituir la devoción hacia la persona del soberano, por la devoción hacia la persona de la Nación, donde los ciudadanos son miembros de un conjunto, algo más importante que los individuos que lo componen y al cual corresponde la soberanía nacional.

Así, el Estado se convierte en un ente abstracto (materializado en un conjunto de personas jurídicas) y que ejerce poder respecto de un conjunto de personas denominado población, sobre un espacio físico denominado territorio, y dicho poder mencionado que el Estado ejerce se le conoce como poder político; esto es, como la facultad que tiene una entidad o persona de influir en las conductas de las demás personas, estando el poder político caracterizado por la coerción que se puede ejercer sobre la población a través del uso de la fuerza, legitimada por el derecho.

El Estado se expresa para cumplir sus funciones legislativas, ejecutivas y judiciales a través de la Administración Pública, compuesta por aquellas entidades que realizan función administrativa, al margen de su estructura, ya que “existen entidades que desarrollan funciones administrativas, que no forman propiamente parte del Estado. A su vez, existen entidades y órganos del Estado que no ejercen función administrativa, sino de otra índole” (Guzmán 2011: 15).

En relación a ello, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 11 de noviembre de 2003 recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI, ha señalado lo siguiente:

El principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estatales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto.

En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. De ahí que el ejercicio de la función legislativa (por antonomasia, parlamentaria) por parte del ejecutivo, no sea, per se, contraria al Estado social y democrático de derecho, siempre que sea llevada a cabo conforme con las reglas que, para dicho efecto, contemple la propia Carta Fundamental (Fundamento 57)

Por relación a ello, resulta necesario el deslinde de términos que parecieran ser sinónimos, del concepto indicado de Estado, con los de Gobierno y Administración Pública.

Así, el Gobierno “jurídicamente implica el ejercicio de la función de dirección política interior y exterior del Estado, con lo que el concepto de la función de gobierno sería realizado por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial” (Martín 2011: 104).

Respecto a la Administración Pública, puede entenderse que ésta tiene dos sentidos: uno objetivo, entendido a la Administración Pública como el conjunto de entidades que ejercen la función administrativa, esto es, aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), dictar disposiciones (función de reglamentación) y de resolver reclamaciones (función de solución de controversias), y otro subjetivo, como aquel que la identifica como encargado de ejercer la función administrativa (Martín 2011: 105).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Pleno Jurisdiccional, expuso en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, del 01 de abril de 2005, lo siguiente:

[E]l Estado -a través de la Administración como gestora pública- asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44°, consistente en “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.

(...)

El estatuto subjetivo constitucional del Estado –como personificación jurídica de la Administración- frente a los bienes dominiales será el de un deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación, consistente en asegurar la afectación íntegra de dichos bienes para promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con el artículo 44° de la Constitución.

Entonces, la Administración Pública es un sujeto de derecho, una persona jurídica, un destinatario de las normas y por ello judicialmente responsable, pero es además un órgano creador del derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los que se atribuyen legisladores y los jueces (Parada 2010: 33) y es “el sujeto por excelencia del derecho administrativo” (García y Fernández 2002: 71), que a diferencia de otros sujetos de derecho la Administración no está solamente infraordenada a las normas jurídicas, sino que ella misma tiene potestad de crearlas, que implica que en materia de responsabilidad civil su actuación dañosa se pueda fundir en legalidad, en base a normas previamente planeadas por la Administración.

En cuanto a sus fines, se señala que es la justicia “cuyo sentido se halla universalmente admitido en todos los pueblos, pese a las dificultades que el positivismo ha tenido para interpretar sus fundamentos racionales en el derecho natural” (Cassagne 2002: 60).



Asimismo, la personalidad del Estado se deduce de nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 43, cuando señala que “el Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”, en consecuencia, los tres poderes forman parte de su organización lo que trae como consecuencia que “cuando actúan no lo hacen con una personalidad distinta a la del Estado sino que, por el contrario, quien actúa es éste, de cuya organización unitaria forman parte. Es el Estado quien dicta una ley, es el Estado quien expide una sentencia y es el Estado quien contrata, con independencia de que los órganos encargados de ellos sean distintos e independientes” (Abruña 2010: 45).

## 2. Evolución de la responsabilidad del Estado: de la irresponsabilidad absoluta del Estado a la responsabilidad civil del mismo

Al respecto, se estima pertinente hacer un mapeo histórico antes incluso de la idea de irresponsabilidad. En tal sentido, se señala lo siguiente:

El fenómeno de la personalidad del Estado como entidad jurídica diferenciada a la que imputar las acciones dañosas de los agentes públicos es reciente: la cultura griega ignoraba la separación entre la organización colectiva y la sociedad y no llegó a la subjetivación de la *polis*; los romanos, aunque dibujaron en parte la idea de la persona jurídica, la circunscribieron al ámbito del Derecho Privado, y tampoco la experiencia jurídica medieval conoció una noción unitaria del Estado como centro jurídico de imputación de derechos y obligaciones (Medina 2005: 47).

En la época moderna, la irresponsabilidad del soberano hasta fines del siglo XIX era predominante incluso con la llegada de la revolución francesa donde el Estado en representación del pueblo se consideraba heredero de los privilegios del rey, la idea era imponer la soberanía a todos sin resarcimiento o indemnización, ya que tenía como fundamento que cuando el Estado ejercía las potestades públicas hacía uso de atributos soberanos que institucionalmente le correspondían.

En efecto, en principio la irresponsabilidad era el producto del arrastre histórico de un principio consagrado en la etapa medieval y acuña en la fórmula inglesa “*the King can do no wrong*”, (Esta fase reflejaba con plenitud la concepción medioeval que consideraba que el soberano en su actuar nunca generaba un daño y por lo tanto nunca debía responder por las consecuencias de sus acciones, puesto que su obrar era “divino”, ya que los monarcas se consideraban como la representación de la divinidad en la tierra) que se re refuerza en el periodo del absolutismo, bajo la regla del *princeps legibus solutus* (Ortega 1995: 17).

Luego “con el absolutismo, la Corona, como entidad abstracta, nació de la voluntad de los individuos formalizada en un contrato social único y originario, pero estos individuos –súbditos-, no podían exigirle responsabilidades porque, a cambio de paz y seguridad, habían renunciado a sus propios derechos” (Medina 2005: 47). El atributo fundamental del poder soberano era la capacidad incondicionada de decisión sobre lo que es Derecho y lo que no es, la idea de que la Ley no vincula al soberano, por ello surgió en Europa continental el “dogma” de la infalibilidad del Estado y por consiguiente su irresponsabilidad, en base a que ocasionan daños legítimos, en el ejercicio de su potestad estatal, en pro del interés público que se impone al interés particular.

Cabe anotar que aun ese pensamiento comprensible de aquella época aún se arrastra el día de hoy en nuestro país, al cuestionarse, criticarse, a las personas jurídicas, o personas naturales, o pequeña colectividad, cuando protegen su propiedad, sus derechos, frente a las acciones del Estado que irrumpe para la construcción de obras públicas o servicios públicos, que redundan en la colectividad.

En efecto, parte de la población peruana equivocadamente justifica dicho accionar sacrificando todo derecho individual por supuestos beneficios colectivos, siendo lo correcto una protección de igual medida, sin preponderancia de una sobre la otra.

Como se ha indicado incluso en la etapa de revolución francesa no se contiene en su declaración de derechos de 1789 ninguna referencia a los daños no expropiatorios. En efecto “se pensaba entonces que entre las nociones de soberanía y de responsabilidad civil del Estado existía una verdadera incompatibilidad, muy bien resumida en la conocida afirmación de Laferrière: “Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation” (Leguina 1983: 151-152).

Fue en finales del siglo XIX que en los países europeos se daba posibilidad a que el Estado responda por el hecho de las personas empleadas en el servicio público pero de manera excepcional, en la cual se imputa daños exclusivamente a los agentes públicos culpables, por daños administrativos, exigiéndose su responsabilidad ante los Tribunales ordinarios en base a las reglas del *Code Civil*, aunque hasta el último tercio del Siglo XIX rigió el requisito de la autorización administrativa previa, impuesta por el artículo 75 de la Constitución Napoleónica del año VIII, para poder demandar al agente público ante la vía civil (Ortega 1995: 18), ello en base al Estado liberal que poco a poco daba permiso a la entrada de la responsabilidad civil del Estado.

Y poco a poco “se manifiesta, tal vez inconscientemente, una modernidad de interpretación, cuya dilatación, empero, se iba a reubicar rápidamente dentro de los márgenes de la estricta doctrina civilística, y de la doctrina solidarística del derecho público de fines del siglo XIX” (Alpa 2006: 79) por lo que se da paso a la responsabilidad civil del Estado en la medida que dejó de ser un ente distante a los particulares e intervino cada vez en los asuntos de la vida cotidiana y en extensos sectores de la actividad económica (acentuada aún más con el Estado de bienestar en la cual el Estado era socio económico como cualquier otro), con los inevitables problemas que trajo aparejado.

Esta etapa de la irresponsabilidad del Estado se mantuvo hasta la llegada de la Revolución Industrial a mediados del siglo XIX con todas las consecuencias que ya se anotaron al estudiar el concepto de responsabilidad objetiva, pero además con el auge de la intervención del estado en diversas actividades con lo que se incrementó la producción de daños por parte del Estado, daños que no podían dejarse sin reparación alguna pues esto contrariaba la equidad y la justicia social. Por tal razón y a fin de evitar injusticias, se procedió a aplicar las normas sobre responsabilidad del derecho civil a los daños producidos por el Estado.

Cabe anotar que bajo este periodo se intentó justificar la irresponsabilidad del Estado, en la idea que no se le puede aplicar el Derecho Civil a un sujeto público, insistiéndose en una reglamentación privilegiada para la Administración Pública, completamente abstraída de las reglas civil y por tanto, de su principio de responsabilidad.

Rezagos de esa idea se encuentra hoy en día cuando en los manuales de derecho administrativo nacional o español, se le elimina el rótulo de “civil” a dicha responsabilidad, intentando vanamente apartarlo de las reglas civil, pero que es imposible, debido a que el resarcimiento que debe el Estado ante daños ocasionados, es producto de un juicio de responsabilidad civil, aunque sea etiquetado como responsabilidad patrimonial de la administración o equivocadamente responsabilidad administrativa, partiendo de que el Estado tiene dos personalidades una de Derecho Público y otra de Derecho Privado, distinción de origen francés, pero esa concepción fue superada en el sentido que tanto en ambos estadios existía responsabilidad, que alcanza a todos los sujetos.

No es éste el momento de analizar la evolución histórica al detalle de una responsabilidad civil de la Administración Pública ya que desbordaría sin duda los límites de este estudio, pero se tiene interés en destacar las características más importantes para determinar si se justifica o no la evolución de la regulación hasta el día de hoy, o hay un giro incorrecto que debe corregirse.

Debe mencionarse que a partir del famoso Arrêt Blanco de 1873, la responsabilidad civil del Estado ha sido construida en sede judicial como un sistema autónomo al margen de las normas del Código Civil, pero por la influencia civilista se incorporó dentro del mismo la noción de culpa, y que junto a la noción de funcionamiento de un servicio público, en el que se colocaba como causa u origen de la responsabilidad pública, produjo la figura de la llamada *faute de service* que, en principio, no guarda relación alguna con la noción tradicional de culpa de un sujeto físico (Leguina 1983: 154-155).

Más en el tiempo, los intentos de sustraerse de responsabilidad al Estado seguían sucediéndose, así, por ejemplo, en Italia, se establecía como requisito previo a pedir resarcimiento un procedimiento de anulación del acto administrativo que complicaba alcanzar una pretensión resarcitoria, ya que se debía acudir, en primer lugar, al juez administrativo y obtener la anulación del acto dañoso. Dictada sentencia anulatoria, era necesaria, en segundo lugar, demandar a la Administración ante el juez ordinario, confiando en que el proceso desembocara en una declaración de responsabilidad civil con condena al pago del resarcimiento correspondiente, camino tortuoso como se puede apreciar que redujo las posibilidades de resarcimiento, pues ésta estaba subordinada al éxito de dos procedimientos jurisdiccionales diferenciados y sucesivos, y si es que eso ocurría por fin, llegaba con retraso (Medina 2005: 55-56).

Como se puede apreciar ello ocurre de similar manera en nuestro sistema jurídico, en la cual la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sujeta el juicio de responsabilidad civil a la nulidad del acto administrativo que origina el daño, situación equivocada, más aun cuando toda actuación de la Administración Pública lleva como origen dicho acto, que requeriría ser objeto de nulidad, pero ello no ha sido impedimento para demandar responsabilidad civil, por el comportamiento fáctico dañoso que efectúa, en sede civil, y no administrativa, no teniendo en cuenta su título de origen de daño.

Entonces, siendo un ente abstracto, catalogado jurídicamente como persona jurídica, no está exento de responsabilidad civil, que se origina cuando se vale de la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines. Pero se centraba en los daños causados por acciones ilegales o culpables, aun palpables en diversos países.

Por lo que, por regla general, la Administración Pública actúa en beneficio de la población, sin embargo, es posible que su actuación genere daños a los administrados y particulares en general, por lo que el hecho que su funcionamiento obedece al bien común o al interés general no lo exime de la responsabilidad de resarcir el daño causado.

Entonces ya no se cree que la impunidad por los daños causados por el Estado, en específico por la Administración Pública, a los ciudadanos sea un precio de la vida social obligado para que dicha Administración pueda funcionar, por lo que existe responsabilidad civil por parte de la Administración Pública, siendo necesario el análisis de a qué título responde, su naturaleza objetiva o subjetiva, la extensión y límites de los daños y el tipo concreto de relación que, eventualmente, pueda existir entre la responsabilidad de la Administración y la que corresponda a los funcionarios que hayan provocado el daño resarcible.

Y ello se llegó debido a que la imputación de la responsabilidad al patrimonio del agente público no constituía una garantía suficiente, además que si actuaba no era por su interés o voluntad sino por el ejercicio o con ocasión del ejercicio de labores encomendadas por la entidad pública, que no organizada eficazmente generaba omisión de actuaciones que generaban daños, entrando por ello la Administración como responsable, primero subsidiario, luego solidario y luego directamente. Asimismo, debido a que la estructura organizativa de las entidades era tan complejas o con competencias compartidas, o vacíos de funciones y competencias, no podría en muchos casos determinarse al funcionario culpable, y en caso su configuración del daño el funcionario ya no laboraba en la entidad o eran daños sucesivos por diversos funcionarios, que dificultaba su determinación por parte del damnificado, que no tiene la obligación de conocer la estructura y organización de gestión interna de dichas entidades.

Hace cincuenta años bien se podía decir, sin exageración, que no había responsabilidad de la Administración. No había norma específica que la regulara y el Código Civil, que en tal caso sería la norma pertinente, apenas se aplicaba.

En relación a ello, si se revisa la historia nacional, se puede indicar que la Constitución Política del Perú desde 1812 (incluyo la del Virreynato) a 1993 reconoce la garantía del justiprecio en la expropiación forzosa pero no indica nada sobre la responsabilidad civil aquiliana de la Administración Pública, silencio que guarda también el Código Civil de 1984; sin embargo, aun así, esta responsabilidad era apreciable en nuestro sistema jurídico conforme lo menciona DE TRAZEGNIES (2001: 229 y ss), indicando los siguientes casos: daño a la propiedad por daño intencional, actos arbitrarios de la Administración Pública que causen perjuicio, afectando a la propiedad como a un interés privado (entre los que se incluyen los daños causados por actos ilícitos, como revocaciones ilegales o el acto de cancelación de una licencia que luego es anulado, daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado (incluso en los casos en que el daño se produce como consecuencia de desmanes), daños causados por el defectuoso funcionamiento de los servicios públicos y los daños causados por el Estado en su actividad privada (accidente de tránsito ocasionado por un vehículo de propiedad estatal).

En efecto, no había norma específica. Por eso, en teoría, los artículos 1969 y 1970 de dicho Código Civil de 1984, que era y es donde se contiene la regulación general de la responsabilidad civil, ha sido y deberían haber sido aplicados. Pero en la realidad tardaron mucho tiempo en hacerlo y, cuando esto empezaba a suceder, se aprobó la nueva



normativa específica de la responsabilidad de la Administración Pública (Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).

Las razones de la inaplicación del Código Civil dan muestra de la denunciada insensibilidad hacia una cuestión central de las relaciones Administración- ciudadano en el Estado moderno.

Así, la inaplicación de los artículos 1969 o 1970 del Código Civil partía de la no aceptación y consolidación de la teoría del órgano y la personalidad jurídica de la Administración. Si la Administración, o, a estos efectos, el Estado, es una persona jurídica de la que los funcionarios son órganos que imputan su actividad a aquélla, cuando el funcionario actúa y causa un daño, dicho daño sería imputable a la persona jurídica, que respondería por sus propios.

La aplicación del artículo 1981 del Código Civil (responsabilidad por actos o hechos ajenos) era más difícil y, en consecuencia, tampoco ese precepto tuvo vigencia efectiva en este campo. Y es que dicho artículo señalaba que en tal hipótesis y por tal concepto –hechos ajenos– el Estado sólo respondía cuando actuara mediante un subordinado y no cuando lo hiciera, como es lo normal, a través de funcionarios. Se puede afirmar, pues, que durante buena parte de este siglo no ha habido responsabilidad de la Administración. Al margen de la posibilidad aplicativa del Código Civil, que, como acabo de señalar, planteaba serias dificultades y tardó en admitirse.

Luego, sí cabe responsabilidad civil pero que en el estado actual de la legislación, la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados por su actuación regular o administrativamente defectuosa constituiría una excepción y como tal excepción pasó a ser reconocida por una disposición especial, como es la Ley N° 27444, que “tiene su justificación de principios propios como el de la tutela judicial efectiva, el estado social y democrático de derecho; y en especial, el principio de preferencia por los derechos fundamentales” (Guzmán 2011: 359); sin embargo, ello no impide que se alimente su correcta interpretación con las nociones del derecho civil que corresponde debido a que estamos ante una responsabilidad civil aquiliana como supuesto especial.

### **3. El Estado como sujeto de responsabilidad civil**

Bajo un esquema de derecho público, se define como estado de derecho a la forma de Estado en que los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran adecuadamente protegidos, por lo cual resulta indispensable para la subsistencia de la sociedad que el Estado incide. Si bien ello implica que el Estado se someta al ordenamiento jurídico, que es expedido por él mismo, esto no constituye un fin en sí mismo, sino más bien el medio para obtener dicha protección hacia la sociedad. “En consecuencia, el estado de derecho es la forma en la cual se manifiesta jurídicamente el constitucionalismo moderno, puesto que en el mismo poder político – que como ya lo hemos señalado es un elemento constitutivo del Estado - se encuentra regulado a través de una norma jurídica denominada Constitución” (Guzmán 2011: 12).

Pero el sometimiento del Estado al estado de derecho no implica la subordinación a la ley formal sino a todo el orden jurídico desde los principios generales del derecho hasta los precedentes jurisprudenciales en la cual esté comprometida la garantía de igualdad,



pasado por la Constitución, tratados internacional, las leyes formales y los reglamentos, por ello es importante y necesario que el Estado esté sujeto al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como en una familia, los padres no pueden ser sancionados del mismo modo que un hijo y no pueden responder por sus actos: del mismo modo que un menor, por ejemplo no pueden ser privados de sus comunicaciones, no pueden ser castigados siendo aislados en su habitación, pues son el sustento de su hogar; y, por tanto, requieren trabajar para el bienes de sus hijos, Por ello, el Estado responde de forma distinta a como lo hace un ciudadano, por consiguiente, la responsabilidad de sus actos, sea contractual o extracontractual jamás será igual que la de un ciudadano común. (Acosta 2014: X-1 – X-2)

El fundamento de la responsabilidad del Estado entonces se puede encontrar en la justicia ya que frente a relación de dañante-dañado, no importa que condición tenga el dañante, debe responder por sus actos, y es lo que justifica que el Estado también responda, sea por responsabilidad por inejecución de obligaciones o sea por responsabilidad aquiliana, para así reponer el equilibrio, pero en base a reglas y alcances distintos a los establecidos en las relaciones privadas cuando corresponda.

Decir lo contrario es afirmar la desigualdad ante la ley, la existencia de sujetos privilegiados, infringiéndose los principios básicos del régimen de derecho que la propia Constitución ha establecido.

Entonces se comparte cuando se ha indicado lo siguiente:

(...) la obligación de reparar tiene como fundamento el principio de corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución, la cual si bien se gradúa de modo distinto según provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde siempre a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad de impedir la subsistencia del desequilibrio (Acosta 2014: X-2).

Pero no solo por un tema de justicia se justifica la responsabilidad del Estado sino también “en el específico deber de control, vigilancia e inspección que la normativa encomienda a los poderes públicos respecto de las actividades sujetas a autorización (Laguna 2001: 35), por ello la responsabilidad se genera por el deficiente ejercicio de sus potestades.

Asimismo, “la afirmación de la responsabilidad de los poderes públicos no puede oscurecer la naturaleza enteramente privada de las actividades sujetas a autorización” (Laguna 2001: 36), que conlleva a su responsabilidad.

De todo lo que se ha indicado se deduce que el fundamento de su responsabilidad reside tanto en el derecho público como en el privado, en el deber general de obediencia al ordenamiento jurídico y que parte del principio que consiste en el “deber de no dañar a nadie”, y como el Estado es quien ha sentado este principio debe ser por ello el primero que debe obedecerlo.

En efecto, el *neminem laedere* se convierte en criterio de apreciación del comportamiento de la Administración pública, sobre la base de la discrecionalidad técnica. Y es en este punto donde el *neminem laedere* readquiere toda su dimensión, y deviene una norma efectiva de comportamiento del sujeto público.

El principio se transforma, en consecuencia, en un límite externo a la discrecionalidad de la Administración pública. En ocasiones, *neminem laedere* significa deber de vigilancia, protección de la incolumidad de los ciudadanos, protección de la integridad del patrimonio de los mismos. Ello no implica que la Administración Pública pueda, luego, ser condenada por haber efectuado un comportamiento omisivo de tal protección; ello sucede porque junto con el *neminem laedere* se aplica el principio del “fin de la norma violada”, que impide, según el criterio tradicional, la imputación a la Administración pública de los daños que el ciudadano ha sufrido por la violación de dichas normas.

La responsabilidad civil aquiliana del Estado no puede quedarse en abstracto, a fin de asegurar la existencia del estado de derecho se ha hecho necesaria la separación de Poderes, en su concepción clásica. “Como resultado de dicho principio, cada una de las funciones matrices del Estado (sea dicha función la legislativa, la ejecutiva o la judicial) ha de tener un titular distinto, siendo dicho titular al que se dio en llamar Poder” (Guzmán 2011: 12).

Así, se extiende al Poder Legislativo y Poder Judicial, no solo al Poder Ejecutivo, la responsabilidad civil aquiliana que pudiera presentarse, lo cual ameritaría analizarla.

### 3.1. Estado Legislador

No cabe duda que el Estado sea sujeto de responsabilidad civil pero el Estado se divide en tres poderes públicos, dentro de los cuales está el Estado Legislador, pero ¿será posible que éste también genere daños -civiles- a los ciudadanos?, al parecer esto no tiene contraste con la realidad, ya que no ha existido a nivel de jurisprudencia nacional que el Congreso de la República sea demandado o que el Estado Ejecutivo cuando le delegan facultades de legislar haya sido enjuiciado por responsabilidad civil aquiliana.

No obstante, esto es posible ya que no puede sustraerse al Estado Legislador de la cláusula general de no dañar a nadie, por el hecho de sus “normas jurídicas”. Este ámbito tiene un supuesto evidente cuando se tiene una norma jurídica declarada inconstitucional, en la cual se deduce que si dicha ley a impuesto conductas dañosas a sus ciudadanos ha sido de manera contraria a derecho, y por tanto son daños que no tenían el deber jurídico de soportar.

Dentro de este supuesto tenemos una diversas normas que fueron objeto de demanda de inconstitucional y muchas han sido parte de un paquete de inversión privada, como los expedidos en el marco del Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y Estados Unidos de América en el Gobierno de Alan García (2006-2011) que no cabe duda que ocasionaron daños a la población, pero que no han generado demandas de responsabilidad civil (sino solo responsabilidad política que obligó a derogar varias normas con menos de un año de vigencia), y esto se debe a una falta de cultura de exigencia de derechos.

Pero no hay que confundir responsabilidad civil del Estado Legislador con los efectos de la sentencia que declara inconstitucional una norma. En efecto, cuando una norma es inconstitucional pierde sus efectos hacia adelante, conforme el artículo 204 de la Constitución Política del Perú que establece que no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

En tal sentido, para lograr la devolución de lo perdido por una norma inconstitucional sería viable establecer un juicio de responsabilidad civil (situación no comprobable porque aquí no se advierte que se haya efectuado)

No obstante, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en algunos casos los efectos retroactivos (caso de procesos con jueces sin rostro), y en otros ha establecido una *vacatio* para evitar desmedro en el patrimonio de la entidad pública que lo tiene destinado a servicios públicos, haciendo difícil que planteen responsabilidad civil, ya que sería constitucional para los supuestos pasados, y solo inconstitucional para los supuestos a producirse.

Por otra parte, el artículo 81 del Código Procesal Constitucional señala que las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular (que procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general) podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas, siendo factible con mayor razón, la devolución de lo aportado, y los daños ocasionados.

Bajo una regulación más estricta, en Italia, el artículo 136 de su Constitución señala que:

Cuando la Corte declare la ilegitimidad constitucional de una norma de Ley o de un acto con fuerza de Ley, la norma cesa de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión.

En Alemania, tiene el mismo sentido, bajo los preceptos de la Ley del Tribunal Federal Constitucional sobre esta materia, fundamentalmente el artículo 79, que no establece una responsabilidad civil del Estado por haber dictado Ley que posteriormente se haya declarado inconstitucional, señalándose que “incluso el Tribunal Supremo Federal ha llegado a hablar de que otra conclusión produciría consecuencias devastadoras para las finanzas públicas” (García 2005: 146).

En España no existe tampoco una regulación expresa “al entenderse que la responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos que se imputaba al Estado estaba necesariamente ligada a la actividad administrativa en un sentido estricto y en ella no era posible incluir la actuación que llevaban a cabo los órganos legislativos y tampoco los judiciales” (Cueto 2006: 374).

Pero se ha señalado acertadamente que la responsabilidad civil del Estado Legislador no es encuadrable dentro del funcionamiento de los servicios públicos, se trata de una actuación propia e inherente al Poder Legislativo; la acción de legislar no corresponde a la Administración, no se configura como un servicio público y la responsabilidad que de ella se puede derivar no encuentra su amparo en el artículo 106.2 de la Constitución Española (Cueto 2006: 377).

En tal sentido, se promulgó la Ley 30/92 que establece en su artículo 139.3 lo siguiente:

Las Administración 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 establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

Cabe anotar que se indica no expropiatoria, porque la expropiación legislativa es diferente a la responsabilidad civil legislativa, ya que se rige bajo una indemnización, aunque en la doctrina española surge una gran confusión (Galán 2001: 292).

Posteriormente, se ha reforzado con la nueva legislación aprobada en octubre de 2015, pero aun será vigente en octubre de 2016, y es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone lo siguiente:

### **Artículo 32. Principios de la responsabilidad.**

(...)

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

Por otro lado, en Francia, el Arrêt Fleurette (1938) establece un criterio jurisprudencial favorable y se consolidó con el Arrêt Bovero (1963), en donde se reconoce tanto la posibilidad de que el legislador excluya el resarcimiento por las limitaciones de derechos o lesiones patrimoniales que causa a través de las normas que aprueba, como de que establezca la pertinencia del resarcimiento, y en caso no lo ha establecido serán los Tribunales los que decidan si se produce o no la declaración de responsabilidad civil del Estado por sus actos normativos (Cueto 2006: 375).



### 3.2. Estado Administrador de Justicia

En cuanto a la función judicial, la responsabilidad nace de las sentencias injustas o en expresión vulgarizada de los “errores judiciales”, que no solo puede provenir del Poder Judicial sino del mismo Tribunal Constitucional.

Se empieza diciendo que se encuentra regulado parcialmente en el artículo 139.7 de la Constitución Política del Perú que señala lo siguiente:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional

7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Como se puede apreciar solo se reconoce constitucionalmente la responsabilidad civil del Estado Administrador de Justicia en errores judiciales en el marco de un proceso penal, lo cual ha sido desarrollo a nivel de la Ley N° 24973, Ley que regula la indemnización por errores judiciales, así como por detenciones arbitrarias a que se refieren los incisos 5 y 16 del Art. 233 de la Constitución Política del Perú, pero que requiere ser actualizada y corregida porque ésta se expidió bajo la anterior constitución.

No obstante, resulta pertinente señalar los artículos relevantes:

**Artículo 2.-** Tiene derecho a indemnización por detención arbitraria, quien es privado de su libertad por la autoridad policial o administrativa, sin causa justificada o, existiendo ésta, si se excede de los límites fijados por la Constitución o por la sentencia. También tiene derecho a indemnización quien no es puesto oportunamente a disposición del Juez competente dentro del término establecido por la Constitución.

**Artículo 3.-** Tienen derecho a indemnización por error judicial:

- a) Los que, luego de ser condenados en proceso judicial, hayan obtenido en juicio de revisión, resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria.
- b) Los que hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de éste y obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria.

**Artículo 6.-** No procede el pago de indemnización cuando el que fue detenido o procesado haya inducido con sus actos a la justicia a cometer el error del que aparece como víctima.

No procede, tampoco, cuando la víctima del error o la detención haga valer su derecho en vía de querrela criminal o de daños y perjuicios en vía civil.

**Artículo 7.-** Las indemnizaciones a que se contrae la presente Ley, serán abonadas por el Estado a través del Fondo que por la misma se crea.

Al respecto, se puede advertir que se ha implementado una regla de indemnización optativa a la responsabilidad civil que pudiera plantearse por estos errores judiciales o arbitrarios. Asimismo, no se establece si la culpa jugará un rol importante, pero se puede inferir que bastará que exista el supuesto de error judicial para proceder a la indemnización



(se pudiera pensar en imputación objetiva pero no se está ante un juicio de responsabilidad civil sino de solo indemnización). Un dato importante: Ese fondo es inoperante...

En todo caso, sería preferible, normativamente al menos, establecer que en el caso que el error judicial sea producto del dolo o culpa inexcusable de los operadores judiciales, el Estado tiene derecho a repetición contra los funcionarios que incurrieron en error judicial. Asimismo, correspondería al Estado repetir contra las autoridades que resulten autoras de las detenciones arbitrarias, conforme a los criterios establecidos en el numeral 6) del artículo 238° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Lo indicado hace que se establezca una pregunta obvia: ¿Qué pasa en los demás supuestos de mal funcionamiento de la Administración de Justicia que no sea penales?, pues no hay mayor referencia normativa específica a que el Estado-Administrador de Justicia indemnice bajo un procedimiento administrativo sumario como el explicado, pero sí resulta posible interponer un juicio de responsabilidad civil a tenor de lo indicado en el artículo 6 de la Ley N° 24973, el cual deberá recurrirse al artículo 238° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y también del Código Civil, no pudiéndose entender que como no está regulado explícitamente el Estado-Juez no sea responsable civilmente por el mal funcionamiento de la función jurisdiccional.

Pero increíblemente sí se encuentra referencia a la responsabilidad del juez en el artículo 200 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, caso curioso porque no existe tal figura en los funcionarios públicos con los ciudadanos, ni los legisladores con los legislados, lo cual es ilógico porque es obvio que actúan dañosamente no como ciudadano sino como funcionario investido de un poder público en representación del Poder Judicial para impartir justicia, por lo que actúa orgánicamente.

Aun así, el artículo 200 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica lo siguiente:

#### **Responsabilidad civil y penal**

**Artículo 200.-** Los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causan, con arreglo a las leyes de la materia.

Son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Las acciones derivadas de estas responsabilidades se rigen por las normas respectivas.

En relación a ello, cuando hace referencia a la ley de la materia se está refiriendo al Código Procesal Civil que regula lo siguiente:

#### **Responsabilidad civil de los Jueces**

##### **Procedencia.-**

**Artículo 509.-** El Juez es civilmente responsable cuando en 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.

La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.

### **Presunción de dolo o culpa inexcusable.-**

**Artículo 510.-** Se presume que el Juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando:

1. La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.
2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles.

### **Regulación de la responsabilidad.-**

**Artículo 515.-** El monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado se regulan por las normas del Código Civil referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables.

### **Obligados al resarcimiento.-**

**Artículo 516.-** La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expedieron las resoluciones causantes del agravio.

Al respecto, se puede advertir que se establece una responsabilidad civil de los jueces por su actuación jurisdiccional; o sea, no existe una regulación (expreso al menos) para exigir resarcimiento al Estado-Administrador de Justicia pero sí existe una regulación detallada para que el juez responda (con su patrimonio) por los daños que ocasionen sus sentencias, al actuar con dolo o culpa inexcusable, quedando exonerado en culpa leve. En tal sentido, se ha establecido un criterio de imputación subjetivo-objetivo, porque establece la culpa presunta (objetivizada).

Sobre ello, Ariano Deho ha sostenido lo siguiente:

En el caso de los daños ocasionados por el ejercicio de la potestad jurisdiccional el hacer descansar todo el sistema de responsabilidad civil sobre los propios jueces puede en primer lugar, hacer peligrar uno de los soportes básicos de todo Estado de Derecho cuál es la independencia judicial, y por el otro, conducir a resultados meramente líricos para la víctima la cual aun cuando venciera en el proceso contra el juez, difícilmente obtendrá la efectiva reparación del daño, por la obvia razón que el juez no necesariamente cuenta en su patrimonio con bienes suficientes que respondan por la obligación impuesta por sentencia. (Ariano 2001: 177)

De lo citado, se comparte parcialmente la idea porque, como se ha indicado, resulta un despropósito establecer una responsabilidad civil a un funcionario público (dependiente) y no al Estado (principal), además un mal funcionamiento de la función jurisdiccional puede provenir de los auxiliares jurisdiccionales y no necesariamente del juez (resulta a veces éste sorprendido por confiar en el equipo de su despacho), pero hay que tener en cuenta algo importante y pasado desapercibido: El Estado responde solidariamente con el juez.

En efecto, el artículo 516 del Código adjetivo así lo señala expresamente, ante el cual debe entenderse que se refiere al Estado-Administrador de Justicia, esto es, Poder Judicial, quien deberá asumir el costo del resarcimiento junto con el juez, lo cual crea diversos problemas, entre ellos, el asunto de la defensa jurídica: la víctima deberá demandar al juez pero con sentencia favorable podrá cobrarle al Poder Judicial sin que éste se haya defendido en juicio.

Por otro lado, se puede establecer que para llegar a exigir un resarcimiento al Estado-Administrador de Justicia, tendría que previamente establecerse la culpa del juez, esto es, una responsabilidad vicaria, y no una responsabilidad objetiva debido a que legislativamente la culpa del juez es un paso previo para que el Estado pueda responder, en forma solidaria, lo cual se está de acuerdo solo en este punto ya que es más apreciable que la indagación de la culpa sea un elemento para establecer la responsabilidad del juez y por ende del Poder Judicial, pero sea éste último quien responda directamente.

Las críticas pueden trasladarse al caso de los representantes del Ministerio Público que conforme el artículo 118 del Código Procesal Civil se establece lo siguiente:

El representante del Ministerio Público es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia. El proceso se sujeta al trámite que corresponde al de responsabilidad civil de los jueces

Por otra parte, para analizar más a fondo y que nos den guías para la propia responsabilidad civil del Estado-Administrador de Justicia, es preciso apreciar la regulación española.

Así, a nivel de juicios ordinarios en España, se encuentra regulado en el artículo 121 de su Constitución que señala que “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”, y esta ley en mención se refiere a su Ley Orgánica en sus artículos 292 a 297, donde tienen regulación diferenciada para el error judicial, para el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y dentro de éste, el caso de prisión provisional indebida, y todos son indemnizables mediante un trámite administrativo ante el Ministerio de Justicia (lo cual resulta equivocado, ya que no hace que el propio Poder Judicial internalice sus fallas y asume responsabilidad). Esta referencia a error judicial puede producirse en cualquier tipo de proceso judicial, no existiendo limitación, como sí lo hace la Constitución Política del Perú (Tolivar 2006: 452).

La diferencia entre ambos supuestos radica en que “en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas en la aplicación del derecho, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho” (Cobrerros 2008: 37).

Hacer referencia a funcionamiento anormal no debería entenderse una responsabilidad por culpa, sino de que depende del grado de objetivación o innecesariedad de la culpa. Un ejemplo de funcionamiento anormal o incorrecto es el retraso, pero en el cual se analizan otros elementos como la complejidad del asunto, la conducta seguida tanto por el litigante como por el órgano judicial afectado y las consecuencias del proceso concreto, para así tomar en cuenta cuando hay violación del plazo razonable.

Sin embargo, no debe tomarse en cuenta el promedio de duración de los procesos judiciales de la misma clase, para justificar situaciones anómalas de demoras generalizadas en la prestación de la tutela jurisdiccional.

A nivel de la casuística española referente al Tribunal Constitucional, se tiene la Sentencia de la Audiencia Nacional del 8 de julio de 2008 (Sala de lo Contencioso-

Administrativo, Sección 3º), el cual versa sobre el análisis de los daños que haya podido ocasionar la demora de la expedición de una sentencia del Tribunal Constitucional (que se catalogaría mal funcionamiento), que fue de 12 años de duración (eso recuerda a diversos casos pendientes de resolver por el Tribunal Constitucional peruano...pero que de manera ilógica y conciencia de derechos, no se le exige alguna responsabilidad civil por ello, como está ocurriendo en España) y que consistía suspender la pena de prisión del recurrente (¡nada menos!), la cual llegó cuando ya había cumplido el recurrente la pena impuesta.

Más allá de las objeciones formales que se dieron (una de ellas indicaba que el Tribunal Constitucional no es parte del Poder Judicial, por tanto no le es aplicable la vía regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial) se sostuvo que si bien no pertenece a un poder público sino es un organismo constitucionalmente autónomo (como en Perú), sufren vulneración constitucional por dilaciones indebidas y no obtiene pronunciamiento en un plazo razonable, y por ende es viable la responsabilidad patrimonial (civil) del Estado por mal funcionamiento del Tribunal Constitucional (Corral 2009: 745).

Posteriormente, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ha incluido un nuevo apartado 5º al artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual señala lo siguiente:

El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo del Estado.

Dicha disposición ha generado diversas críticas, incluso alegación de su inconstitucionalidad (Fernández 2010: 289) pero por cuestiones formales, ya que de fondo no cabe duda que los organismos constitucionalmente autónomos, que son parte también del Estado, pueden ser objeto de juicio de responsabilidad civil.

Posteriormente, se ha reforzado con la nueva legislación aprobada en octubre de 2015, pero aun será vigente en octubre de 2016, y es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone lo siguiente:

#### **Artículo 32. Principios de la responsabilidad.**

(...)

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.



### 3.3. Estado Ejecutivo: Gobierno Central, Gobierno Regional, Gobierno Local

Ya se ha indicado que existe la idea generalizada de responder en el plano de la responsabilidad aquiliana, no solo cuando su comportamiento ha ocasionado daños como Estado Ejecutivo sino aun cuando proviniese de cualquier de sus poderes como del Legislador y Administrador de Justicia.

En efecto, el Título IV de la Constitución Política del Perú regula la estructura del Estado, en el cual se aborda el tratamiento del Poder Legislativo (artículo 90 y siguientes), del Poder Ejecutivo (artículo 100° y siguientes) y del Poder Judicial (artículo 138° y siguientes). El primero se refiere al funcionamiento del Congreso de la República, el segundo a la institución de la Presidencia de la República, sus Ministerios, gobiernos, y el último a la administración de justicia a través de los órganos jurisdiccionales.

La constante en todos ellos es la administración del “poder”, uno para dictar leyes (en representación del pueblo, pues éste lo elige) y el último para administrar justicia en representación del pueblo (aun cuando éste no los elija, en términos reales). Al Poder Ejecutivo, liderado por el Presidente de la República (que sí es elegido por el pueblo), por tanto, le corresponde administrar el “poder” de la Administración Pública y a partir de ello, diseña mecanismos de interrelación con dichos poderes y otros niveles de la organización administrativa estatal.

En concordancia con nuestro régimen político constitucional, marcadamente presidencialista, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo regula el funcionamiento, no de la institución “Presidencia de la República” – exclusivamente - sino de un colectivo integrado denominado “Poder Ejecutivo”, compuesto y liderado por el Presidente de la República, seguido de un conjunto de altos funcionarios e instituciones públicas. Dicho Poder es la organización administrativa encargada de la conducción y gestión de los servicios administrativos de alcance nacional, inter-relacionados con los de alcance regional y local, el cual está integrado por la Presidencia de la República y los Ministerios.

Según el artículo I de la Ley N° 27444, se entiende por entidades de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren 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 ley que las refiera a otro régimen; y,
8. 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 la normativa de la materia.

En el marco de la responsabilidad civil del Estado Ejecutivo, en el artículo 238.1 se señala que “Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.”

Al referirse a la responsabilidad por actos de administración o a los servicios públicos directamente prestados por aquellas, excluye a las empresas privadas que otorgan servicios públicos (Ej. Telefónica, Luz del Sur, Edelnor), aun cuando dicha Ley los considere como entidades de la Administración Pública.

Particularmente, se tiene además respecto al servicio público registral una mención expresa en la Ley N° 26366, Ley de creación del Servicio nacional de Registros Públicos y de la SUNARP: literal d) del artículo 3, que es una de las garantías del sistema nacional de los registros públicos la indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley, lo que evoca a una responsabilidad civil.

Al respecto, resulta necesario advertir un fenómeno propio de nuestra región especialmente, y es que si bien el Estado tiene como función brindar servicios públicos pudiendo intervenir en los campos diversos de la vida social y económica, rigiéndose bajo el interés público, y satisfacer las necesidades de su población, los países de la región se percataron que el aparato estatal, por sí solo, no tiene la capacidad necesaria para financiar las inversiones que cubran la brecha existente en servicios e infraestructura pública.

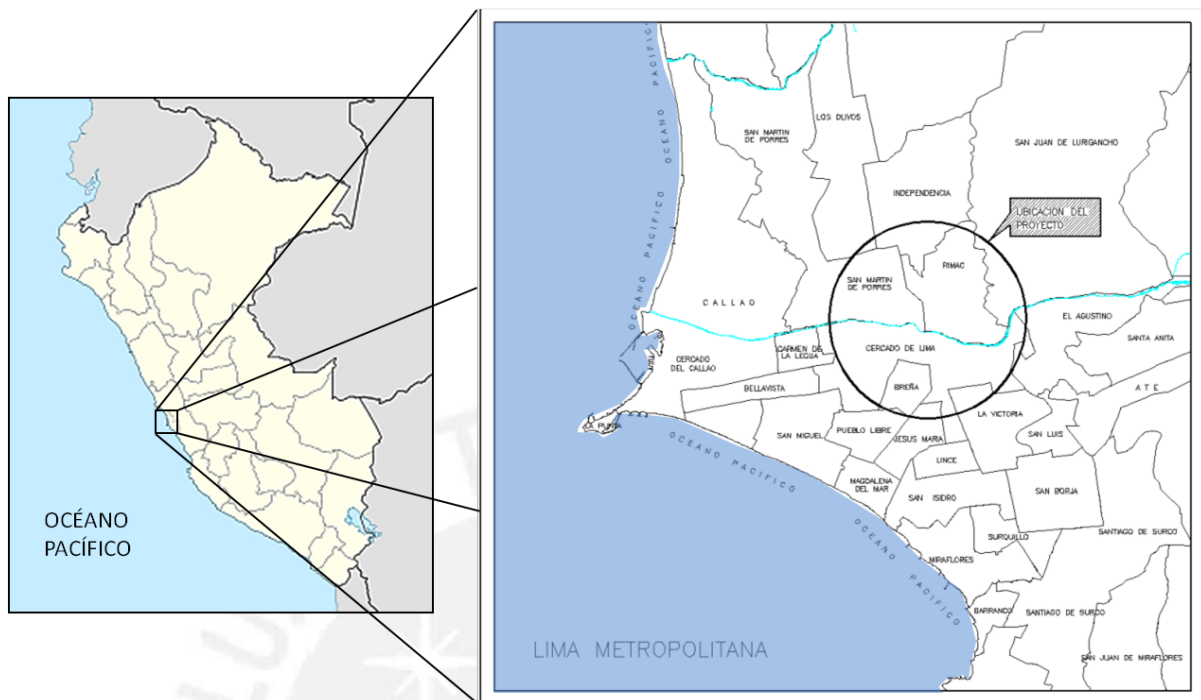
Dentro de dicha problemática, se expidió normas que incentivaran la inversión privada en servicios públicos, como la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; el Régimen de Estabilidad Jurídica para las Inversiones Extranjeras y los Convenios de Estabilidad Jurídica; la Ley de Promoción de la Inversión en Servicios Públicos; la Ley Marco de Organismos Reguladores en Servicio Públicos; la Ley de Promoción de la Competitividad; y, los Regímenes Especiales en Minería, Telefonía e Hidrocarburos, y en especial el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Esta última norma tiene por objeto establecer los procesos y modalidades de promoción de la inversión privada para el desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica y la ejecución de proyectos en activos.

De acuerdo al artículo 11 de dicha norma se establece que los contratos de Asociaciones Público Privadas son de largo plazo, en los cuales debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto, lo cual la asume, sea autofinanciada o cofinanciada, la empresa privada, porque es ésta quien construye y opera los servicios públicos de infraestructura.

Para materializarlo en un caso, se tiene el Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla con la empresa Línea Amarilla S.A.C., en calidad de Concesionario, y la Municipalidad Metropolitana de Lima, en calidad de Concedente; con el fin de diseñar, construir, operar y mantener nuevas vías urbanas, así como el mejoramiento, operación y

mantenimiento de las vías urbanas existentes (Vía de Evitamiento), y como contraprestación permitir que éste cobre peajes a los usuarios conductores.



Como se puede apreciar en la imagen se busca integrar 11 distritos de Lima, siendo el círculo de la figura derecha, el área de concesión. Respecto a la responsabilidad civil que se derive en el área de concesión, se indica en la cláusula 12.4 del Contrato que durante la vigencia del contrato, el CONCESIONARIO deberá tomar y tener vigente entre otras pólizas las siguientes:

a) Seguro de responsabilidad civil. Desde la recepción de los bienes de la concesión. Que cubrirá cualquier daño, pérdida o lesión que pudiere sobrevenir a bienes de terceros o a causa de cualquier acción que pudiere sobrevenir a bienes o a terceros a causa de cualquier acción del CONCESIONARIO, sus contratistas o subcontratistas. En dicho seguro debe figurar el CONCEDENTE.

e) Responsabilidad civil frente a terceros. Frente a terceros y frente a pasajeros.

De ello se puede deducir que la ocurrencia de daños hacia tercero no será de responsabilidad por parte del Estado Ejecutivo, ya que el riesgo ha sido trasladado a la empresa concesionaria, siendo ésta quien responderá y pagar con el seguro.

Este esquema se sigue en las demás concesiones de carreteras, aeropuertos y puertos, donde el servicio público será ejecutado por un ente privado, y por consecuencia, será éste quien asume la responsabilidad por los daños que se ocasione, y no el Estado Ejecutivo.

Así, sobre el caso del taxista que murió el 31 de julio de 2016 por ser empujado por otro vehículo a una zanja de perteneciente al área de concesión del Metro 2 de Lima, en caso hubiera alguna deficiencia en el cerco de seguridad de la obra, el juicio de responsabilidad recaerá en el concesionario y no sobre el concedente que es el Estado.

En efecto, en abril de 2014 el Estado peruano y el Consorcio Nuevo Metro de Lima suscribieron el contrato de concesión por 35 años del proyecto de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao que unirá el distrito de Ate con el Callao, que está regulado bajo una Asociación Público Privada integral, que incluye los servicios especializados de diseño, construcción, equipamiento, provisión de material rodante, operación y mantenimiento a cargo del concesionario.

En dicha línea, se estableció en la cláusula 12.3.1 que el concesionario deberá contratar y mantener vigente por su cuenta y costo, una póliza de seguro que cubra daños y perjuicios que se causen a los pasajeros, así como a terceros afectados como consecuencia de la ejecución de las inversiones obligatorias y la explotación desde la toma de posesión hasta la culminación del presente contrato.

Por lo que se está ante un proceso de traslado de riegos de responsabilidad que se sustraería del objeto de análisis del presente trabajo.





## CAPÍTULO III

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL AQUILIANA DEL ESTADO EJECUTIVO

#### 1. Distinción necesaria entre la expropiación forzosa y la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo

Si bien la expropiación no es punto de análisis en el presente trabajo, su diferenciación con la responsabilidad civil resulta imprescindible zanjarse, ya que un sector de la doctrina administrativa nacional, influenciada por Argentina, y España, incluyen a la expropiación como un supuesto de responsabilidad civil proveniente de un acto legal (que es el acto expropiar). Ello ha conllevado a que se mezclen indebidamente sus conceptos y también la interpretación de la regulación vigente.

Para su análisis se parte del artículo 70 de la Constitución Política del Perú que señala lo siguiente:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

La expropiación se funda en que el interés público prima sobre el interés particular, pero esto presupone dos cosas: que las causales de expropiación estén expresa y previamente establecidas en norma jurídica con rango de ley, y por tanto, no queden libradas al criterio del gobernante; y que el Estado pague al particular el precio justo del bien expropiado, además de un monto adicional por un eventual perjuicio.

En cuanto a las causales o motivos que justifican la expropiación, la actual Constitución ha sido más restrictiva que las de 1979 y 1933. En efecto, hoy solo se puede expropiar por causa de seguridad nacional o necesidad pública. La Constitución de 1979 autorizaba la expropiación por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social y la de 1933, modificada en 1964 por la Ley N° 15252, por causa de utilidad pública o de interés social.

La expropiación procede con ciertas garantías de razonabilidad en la actuación del Estado, con lo que se trata de impedir la discrecionalidad, el voluntarismo inmotivado o la arbitrariedad, esto es el abuso de poder que podría ejercer el Estado, por lo que la Constitución Política del Perú establece las garantías necesarias para la operatividad de esta institución, las que han sido reglamentadas por el Decreto Legislativo N° 1192, “Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura”.

En efecto, en esta norma especial, se establece su definición en el numeral 4.4 del artículo 4 en el sentido siguiente:

Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia del 23 de setiembre de 2004 recaída en el Expediente N° 0031-2004-AI lo siguiente:

La expropiación consiste en una potestad que se concretiza en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular, o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello, es preciso que el Poder Legislativo lo declare, mediante ley, y sobre la base de la existencia de una causa real y apremiante de seguridad nacional o necesidad pública. (Fundamento 5)

[...] la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo. La diferencia es muy importante, ya que, a diferencia de lo que es propio de un supuesto de limitación o regulación del derecho de propiedad, que no es indemnizable, el efecto inmediato del ejercicio de la potestad expropiatoria es afectar el núcleo dominical de la propiedad, por lo que, de conformidad con el artículo 70° de la Constitución, su eficacia está condicionada al pago previo, en efectivo, de la indemnización correspondiente. (Fundamento 3)

6. Según el artículo 70° de la Constitución, el ejercicio de la potestad expropiatoria:

- a) Debe obedecer a exigencias de “seguridad nacional” o “necesidad pública”;
- b) Está sujeto a una reserva de ley absoluta, es decir, debe declararse mediante una ley expedida por el Congreso de la República;
- c) Supone la obligación del Estado de pagar, en efectivo, la indemnización justipreciada que compense el precio del bien materia de expropiación.” (Fundamento 6)

De igual modo, en su Sentencia recaída en el Expediente N° 009-2004-AI, ha indicado que:

[...]Toda persona tiene derecho a recibir a una indemnización justipreciada que incluya la compensación por el eventual perjuicio, como consecuencia de haber sido privada de su propiedad en un procedimiento expropiatorio.” (Fundamento 16).

Se ha advertido que también el interés social es también causal de expropiación en virtud a lo establecido en la Convención Americana de Derecho Humanos de San José de Costa Rica (artículo 21.2)

Así, el Tribunal Constitucional ha indicado en su Sentencia recaída en el Expediente N° 3569-2010-PA/TC que:

Por lo tanto, para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 70 de la Constitución, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la Constitución y la ley (Fundamento 4).

Respecto a la indemnización justipreciada, el artículo 4 y 13 del Decreto Legislativo N° 1192, señalan lo siguiente:

4.12. Tasación: es la valuación elaborada de conformidad con lo establecido en el Reglamento Nacional de Tasaciones, por la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento o la entidad competente, a solicitud del Sujeto Activo, para determinar: i) el valor comercial del inmueble; y , ii) una indemnización por el eventual perjuicio que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y lucro cesante

Artículo 13.- Fijación del valor de la Tasación La fijación del valor de la Tasación se efectúa considerando lo siguiente:

(...)

13.2. El valor del perjuicio económico: Incluye la indemnización por el eventual perjuicio, que comprende únicamente al lucro cesante y daño emergente, siempre que se encuentren acreditados o cuenten con un informe debidamente sustentado. No procede indemnización de carácter extrapatrimonial. El monto de la indemnización incluye, entre otros, el resarcimiento de los gastos tributarios, incluyendo el Impuesto a la Renta. Asimismo incluye los gastos de traslado de bienes dentro del territorio nacional en que deberá incurrir el Sujeto Pasivo como consecuencia de la Adquisición o Expropiación, como parte del daño emergente.

(Subrayado agregado)

Bajo el texto normativo de la anterior ley que sigue el tenor la ley actual se ha alegado que se está ante una responsabilidad civil por actos lícitos, así se indica que:

(...) las teorías iniciales de asignación de responsabilidad al Estado como resultado de la realización de un acto ilícito por el mismo eran cuestionadas seriamente por el hecho de que en múltiples oportunidades dicho Estado se encontraba ante la obligación de indemnizar ante la realización de un acto lícito. La expropiación es un ejemplo claro. Suponer que la expropiación es en realidad un acto ilícito implicaría la existencia de actos ilícitos constitucionalmente consagrados, lo cual constituiría un absurdo. Ello no quiere decir que la Administración no deba responder de actos ilícitos que cometa, sino más bien que debe responder por todo daño que genere, aun cuando sus actos fuesen lícitos. (Guzmán 2011: 343)

Ante ello, resulta incorrecto en parte establecer que estamos ante un supuesto de responsabilidad civil por actos lícitos, ya que en realidad no estamos ante una responsabilidad civil propiamente dicha, ya que no se analiza la relación causal, o criterio de imputación, solo se toma en cuenta parte de los daños ocasionados, que actúa en forma accesoria, porque la expropiación gira en torno al justiprecio, convirtiendo el sacrificio patrimonial en un negocio, en la cual emitida la ley específica de expropiación, solo queda determinar el valor del bien expropiado en función al valor del mercado, y adicionar el monto por los costos ocasionados, en la cual sí será participe las voces de daño emergente y lucro cesante, esto es daños materiales, mas no daños morales, siendo este componente lo que se inserta algún juicio de responsabilidad civil (la misma ley establece que no procede indemnización de carácter extrapatrimonial).

Además, el monto a recibir, ya no es a título de resarcimiento sino a título de indemnización que no está ligado a un juicio de responsabilidad civil, sino a criterios económicos, así, el “resarcimiento” no debe confundirse con la “indemnización” (*Entschädigung, indemnité, indennizzo, indennità*). La indemnización no tiene origen en un acto de responsabilidad civil. Su finalidad, además, no es igual a la del resarcimiento, que siempre tiene vocación restitutiva de la posición alterada negativamente por un evento dañoso.

Como casos de indemnización tenemos aparte de la expropiación a los siguientes: i) Indemnización por despido, ii) Indemnización en ejecución de un contrato de seguro, iii) Indemnización del incapaz de discernimiento (art. 1977 del CC.), iv) Indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho (art. 345-A CC.), v) Indemnización por ruptura de esponsales (art.240 CC).

Entonces, la indemnización –a diferencia del resarcimiento de los daños emergentes, de los lucros cesantes y de las pérdidas de oportunidades– es un remedio que comprenden los casos en los cuales una obligación pecuniaria se constituye con miras a la composición de intereses que resulta necesaria por la pérdida o la limitación de un derecho derivada de la verificación de un determinado hecho jurídico concreto, que es lo que ocurre justamente en el caso de las expropiaciones.

En dicha línea, la doctrina italiana y nacional de carácter civil ha indicado lo siguiente:

(...) lo que caracteriza tales hipótesis [*obligaciones indemnizatorias*] no es la circunstancia que un daño es “lícitamente” producido (según los llamados actos lícitos dañosos), y ni siquiera los criterios para la determinación del *quantum* (que generalmente se refieren a un resultado inferior a la pérdida efectiva); sino al hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente permanente, de la esfera jurídica de dos sujetos, con incremento de una sobre la otra. La obligación indemnizatoria deriva, por lo tanto, de la exigencia – conforme a un principio general en materia de desplazamientos patrimoniales– de garantizar una justa contrapartida al sujeto cuya esfera jurídica es afectada. (Salvi 2005: 261)

La indemnización se presenta en infinidad de supuestos: en las transferencias coactivas de derechos reales (en la expropiación o en la constitución de servidumbre legal de paso, por ejemplo), en el campo de los seguros privados (donde las sumas pagadas por las aseguradoras son de antemano estipuladas mediante contrato, y no necesariamente cubren, a la larga, el monto exacto de los daños sufridos), en el derecho laboral (donde las cantidades a abonar a los trabajadores, en caso de despido injustificado, por ejemplo, se



liquidan en un mayor o menor número de remuneraciones, conforme a un método de cálculo señalado en nuestra legislación del sector), o en el caso de los llamados “actos lícitos dañosos”, como el que se presenta cuando alguien ocasiona daños a bienes ajenos para conjurar peligros actuales o inminentes. (León 2006: 501-502)

Así, la indemnización es una compensación genérica para reequilibrar o restablecer una situación desfavorable patrimonialmente, en casos determinados por ley que excluyen ciertos daños del juicio de responsabilidad civil: “Se trata de una prestación [la indemnizatoria] que apunta a la reintegración, no tanto del patrimonio (globalmente considerado), cuanto sí del bien específico (autónomamente considerado)” (Ciccarello 1971: 105).

En tal sentido, la expropiación no es supuesto de responsabilidad civil que genera un resarcimiento, al menos en puridad, ya que como la ley permite resarcir parte de los daños ocasionados, y no de justiprecio, entonces da cabida a que se analice solo en este punto bajo un juicio de responsabilidad civil extracontractual del Estado, en los tipos de daños materiales a resarcirse en base a daños directos, porque no encontré a jugar un papel la culpa, que conlleve a extender los daños a daños indirectos, ocasionales.

No obstante, se le ha aplicado ciertos criterios civiles en su implementación por ejemplo respecto del tercero adquirente de buena fe, cuando el Estado expropia un bien, que luego la ley que lo sustenta es declarada inconstitucional, o que la expropiación como tal no tenía amparo legal.

Así tenemos la sentencia recaída en el Expediente N° 3569-2010-PA/TC, en la cual indica lo siguiente:

En estos casos la tutela que la jurisprudencia de este Tribunal ha brindado al derecho a la propiedad privada vulnerado por un acto de confiscación, es que la propiedad confiscada por el Estado sea restituida al propietario que se le confiscó su bien; sin embargo esta solución no puede ser utilizada en todos los casos de confiscación, pues existen supuestos en los cuales el Estado ya no es propietario porque transfirió a título oneroso la propiedad confiscada a un tercero que la adquirió de buena fe.

Basándose en lo expresado supra, este Tribunal considera que cuando la propiedad privada es confiscada deben existir dos soluciones de tutela que son las siguientes:

- a. Si el acto de confiscación del derecho a la propiedad privada tiene su origen en una norma con rango de ley, la sentencia estimativa, además de disponer la inaplicación de la norma autoaplicativa al caso concreto, debe ordenar la nulidad de cualquier inscripción registral a favor del Estado y que se restituya la propiedad a la persona que se le confiscó, siempre y cuando el bien inmueble confiscado siga siendo propiedad del Estado.
- b. Si la propiedad confiscada por una norma con rango de ley ha sido transferida por el Estado a un tercero de buena fe y a título oneroso, la sentencia estimativa le ordenará al Estado que inicie el procedimiento de expropiación para que le abone al propietario que sufrió la confiscación una indemnización justipreciada por la propiedad confiscada, pues ordenar la restitución de la propiedad conllevaría que se le prive al tercero de buena fe y a título oneroso su derecho legítimo al uso y goce de la propiedad privada, lo cual afectaría también el principio de seguridad jurídica. (Fundamento 4)

No obstante se ha criticado esta posición en el sentido que “nada justifica que el titular del derecho termine siendo sacrificado por “un tercero de buena fe y a título oneroso”, ya que un mal (la pérdida que sufriría el tercero) no se remedia con otro mal (la pérdida que sufre el *verus dominus*). La fe pública registral es una solución excepcional, in extremis, que no se puede generalizar como si fuese un principio general del derecho, pues ello implicaría “legalizar” el desalojo, sancionar las injusticias extremas, respetar en exceso la forma en contra de la sustancia y validar una seguridad jurídica sin contenido valioso” (González 2013: 250-251).

Desde el lado de los administrativistas, también se ha establecido diferencias, como lo ha señala Garrido Falla (1991: 2846) quien dice lo siguiente:

Indemnización y responsabilidad se tratan como dos institutos diferentes. El primero se contempla en el artículo 33.3 [CE] del cual se desprende que la indemnización no es sino la conversión en su equivalente económico del derecho de propiedad, o de cualquier otro derecho del que su titular se ha privado “por causa de utilidad pública o de interés social”. En estos supuestos (expropiatorios) la Administración actúa no ya sin culpa o negligencia sino lícitamente, tal lícitamente que, supuesta la función social de la propiedad que se proclaman en el artículo 33.2, cabe modular la cuantía de la indemnización en relación cabalmente al cumplimiento de esa función (incluso se admite la expropiación–sanción). Por el contrario, la responsabilidad se regula en el artículo 106.2 [CE] y el uso de la palabra “indemnización” no nos debe confundir sobre la naturaleza de la acción de responsabilidad.

## **2. La supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (Estado Ejecutivo) y su falso criterio absolutista y excluyente frente a la responsabilidad civil**

Influenciados por la doctrina y la legislación española, nuestra sistema utiliza el término: “responsabilidad patrimonial de la administración [pública], incidiendo (equivocadamente) en que la administración resarce solo en forma pecuniaria, y que es tratado en los libros de derecho administrativo como si fuera independiente de la responsabilidad civil, amparados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pero en el fondo no cabe duda que estamos ante una responsabilidad civil aquiliana de la Administración Pública como se ha fundamentado en líneas atrás.

Tanto es así que, como se ha indicado anteriormente, la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 introdujo artículos sobre la Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado (dentro de los supuestos especiales de la responsabilidad civil), pero que luego fue eliminada por la Comisión reformadora, con la intención de limitar la responsabilidad del Estado y evitar ser enjuiciado.

No obstante, con la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General se regula dicha figura, que al querer pretender ser autónomo del derecho civil, la doctrina administrativista ha analizado dicha responsabilidad sin tomar en cuenta la evolución de la responsabilidad civil a través del tiempo, y catalogándose como “responsabilidad administrativa” (lo cual es claramente erróneo conforme lo explicado en el primera capítulo de esta investigación), “responsabilidad patrimonial”, o responsabilidad patrimonial administrativa”.

Asimismo, se señala equivocadamente que el fundamento de la responsabilidad del Estado, es la llamada “responsabilidad patrimonial”, por el cual proviene de un acto que genera obligaciones determinadas por parte de una persona o entidad por la generación de un daño en contra de otra u otras (Guzmán 2011: 340).

Esta referencia no debe confundir con lo que en derecho civil se conoce como el “principio de responsabilidad patrimonial” que se enmarca dentro de una relación obligatoria. En efecto, dicho principio se define como “la sujeción del patrimonio del deudor al derecho a la satisfacción de los créditos” (Bianca 1994: 407), por lo que el patrimonio del deudor constituye la garantía legal de los créditos, llamada garantía genérica (para distinguirla de las garantías específicas) o también llamada “prenda general”.

El llamado principio de la responsabilidad patrimonial, o de la garantía genérica o colectiva o flotante, nace porque el Derecho trata de salvaguardar el desbalance injusto que puede sufrir el acreedor en su patrimonio por, no solo posible incumplimiento del deudor, sino en la posibilidad real de que en una futura posible ejecución forzada, último mecanismo de protección que tiene el derecho del acreedor, tampoco se vea satisfecho su interés, y produzca como consecuencia el detrimento de su patrimonio como hecho final, sin ninguna manera de poder reparar su patrimonio.

De ahí, nace como columna vertebral el concepto del principio de la responsabilidad patrimonial en que una persona al realizar un contrato está ligado a su cumplimiento y que no está permitido, con o sin buena fe, con o sin intención, realizar actos que impliquen una conducta contraria a lo que se comprometió a dar, hacer o no hacer en un contrato; es decir, actos que coadyuvan a no cumplir con lo que se comprometió hacer.

Como se puede apreciar, el concepto de responsabilidad patrimonial no tiene nada que ver con lo que aluden los especialistas de derecho administrativo, sino que en el fondo se refiere a la responsabilidad civil en puridad.

Esto es a nivel de terminología, pero como se ha indicado al principio, también tendría un sustento conceptual, en la cual se ha indicado lo siguiente:

(...) las notas características de esta responsabilidad estatal es que es externa (debida a los administrados), de contenido económico o patrimonial de la Administración, en vía directa, extracontractual (al margen de cualquier relación jurídica que pudiera establecerse entre ambos), objetivo (es un mecanismo objetivo de reparación de perjuicios y no una sanción por determinados comportamientos indebidos culposos, por lo que es independiente de la existencia de culpa, negligencia o dolo en los funcionarios), y que demanda su determinación en vía judicial (la cuantificación e imposición del mandato de indemnización corresponde a las autoridades jurisdiccionales) (Morón 2011: 760-761).

Como se aprecia, la doctrina nacional ha partido de la idea de que el resarcimiento por ser solo económico (como puede ocurrir en la mayoría de casos) justifica señalar responsabilidad patrimonial, lo cual es un sin sentido, porque lo económico o no, no debe resaltarse como la característica principal de esta responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, incivilmente llamada “patrimonial” (Pantaleón 2000: 180).

Pero también está el sustento de que la supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es independiente de la responsabilidad civil.

En Argentina, muy tomada en cuenta por los administrativistas nacionales, se encuentra el siguiente fundamento:

(...) una tendencia francamente predominante en el Derecho Administrativo argentino, ha desechado la aplicabilidad de los principios del derecho privado a la responsabilidad estatal; repudiándose incluso la propia terminología utilizada de <responsabilidad civil>, con relación a la cual se ha dicho que sólo puede justificarse como una rémora de tendencias ampliamente superadas. (Trigo 2006: 763)

Al respecto, se debe señalar que ello resulta incorrecto debido a que la responsabilidad civil del Estado Ejecutivo no puede desarrollarse sin la institución de la responsabilidad civil, no pudiéndose desligarse del derecho civil; pensar así implica que el Estado es un sujeto de derecho distinto a los demás sujetos y que sus daños son también distintos, noción ya superada en la historia explicada líneas atrás.

Por otra parte, en Chile se señala lo siguiente:

Desde el punto de vista puramente léxico, no parece razonable referirse a este tipo de responsabilidad como <responsabilidad extracontractual del Estado>, porque con éstos términos usamos un lenguaje propio del Código Civil, y yo prefiero recurrir a una terminología que exprese la peculiaridad de la responsabilidad que se trata, a fin de no confundir, por asimilación, ambos tipos de responsabilidad. Por lo mismo, se hablará directamente de responsabilidad del Estado o responsabilidad constitucional del Estado, para así connotar con precisión la fuente normativa y dogmática de la que emana (Baraona 2006: 717-718).

De lo indicado, se debe sostener que la fuente normativa distinta al Código Civil no hace que una figura de responsabilidad civil no tome como fuente el derecho civil, sino lo hace por la propia naturaleza resarcitoria, aunque cuando se pretenda usar un lenguaje distinto; además, la doctrina comparada no parte de esas nociones, enmarcándola en su mayoría en la responsabilidad civil extracontractual.

Asimismo, se comenta “que se reconoce el derecho de los administrados a ser indemnizados por aquellos perjuicios que le produzca la Administración, ya sea que el despojo patrimonial se produzca directamente por su actuación o que sea una consecuencia incidental. En el primer caso estaremos ante una expropiación forzosa, mientras que en el segundo nos encontramos ante la responsabilidad patrimonial de la Administración” (Baca 2010: 233), lo cual resulta incorrecto debido a que se confunde indemnización (que es lo que se da en una expropiación) con responsabilidad civil del Estado Ejecutivo, en la que se involucra un juicio de responsabilidad.

Si bien “fue preciso esperar la aprobación de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General, para que existiera un reconocimiento normativo general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”(Baca 2010: 233), el cual siguió al modelo español, no se puede sostener que “se buscaba promover su funcionamiento a partir de un tratamiento desde la perspectiva netamente administrativa separándola de la responsabilidad civil ordinaria” (Morón 2011: 760), ya que la ubicación normativa de una responsabilidad civil aquiliana no hace que deje de serlo. Hay diversas normas que regulan supuestos de responsabilidad civil sin que pueda presumirse que no se aplica el derecho civil, condicionando las instituciones iusprivatistas a meras sumillas legislativas.



Por tanto, es incorrecto señalar lo siguiente:

(...) la responsabilidad extracontractual, llamada patrimonial, de la Administración Pública es una institución básica del sistema administrativo en un Estado de Derecho, como medio de resarcir a los ciudadanos de los daños causados por la Administración y que aquéllos no tengan el deber jurídico de soportar. Es, además, una garantía última y subsidiaria, pues, aparte de los casos en que se pretende directamente la reparación de unos daños, cuando la Administración no rectifica su actuación antijurídica siempre queda la posibilidad de exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados (García 2004: 742).

Esto debido a que imponer un juicio de responsabilidad civil atañe al derecho privado, igual que la imposición de delitos involucra al derecho penal sin importar cuales sean sus coordenadas legislativas, y además, no puede tomarse que sea una garantía subsidiaria ya que es el mecanismo natural para poder exigir resarcimiento al Estado Ejecutivo por los daños ocasionados en la actuación administrativa.

Desde el mismo modo, en Colombia parte de que esta figura no puede desligarse del Derecho Civil, indicándose lo siguiente:

Como bien se sabe, buena parte de la doctrina colombiana dedica al estudio de la responsabilidad del Estado, gasta la mitad de su tiempo en afirmar y en tratar de demostrar una superada doctrina del siglo pasado, según la cual la responsabilidad estatal nada tiene que ver con el Código Civil y que tiene elementos suficientes para manejarse en forma autónoma. La otra mitad del tiempo, la invierte buscando normas en el Código Civil para tratar de justificar sus interpretaciones, antes la carencia de un estatuto propio que resuelva todos los problemas que plantea la vida diaria. Y, en los descansos, sindicada de “civilista” al que trate de cuestionar esa autonomía. Es como el caso del hijo que se rebela contra el padre y se va de la casa tratando de montar su propio taller de carpintería, pero, ante la falta de presupuesto propio, al primer escollo, vuelve para que el padre le preste su herramienta. (Tamayo 2000: 76).

### **3. Acciones que generarían responsabilidad civil aquiliana en el Estado Ejecutivo**

Antes que nada, hay que señalar que lo que interesa al dañado y lo que, por otra parte, la norma jurídica debe tener presente es precisamente la determinación del titular de aquella actividad que ha incidido lesivamente en su esfera jurídica. Por consiguiente, el primer dato que cobra relieve jurídico cuando un particular entra en contacto con la actividad de la Administración Pública es precisamente que ésta tenga la titularidad jurídica de dicha actividad, de tal manera que si de aquel contacto se ha derivado un daño para el particular y este daño es susceptible de ser calificado como resarcible, entonces el primer sujeto a quien se pueden atribuir la responsabilidad civil es siempre la Administración Pública, con tal que, en efecto, aquella actividad pueda ser considerada como perteneciente a un sujeto público.

Como segundo punto está saber qué tipo de actividades de la Administración Pública puede generar responsabilidad, ya que el Estado Ejecutivo, puede emitir actos de gobierno a nivel de política pública y que en su aplicación concreta puede generar responsabilidad, pero ello no puede conllevar a que sea el titular del Ejecutivo responda por ello, ya que si fuera así todos los daños lo asumiría el Presidente de la República.

Asimismo, existen actos que emite el Poder Ejecutivo que puede seguirse bajo un procedimiento administrativo (presentación de documentos, evaluación por parte de una comisión) y generar la emisión de una resolución suprema por ejemplo, indultando, conmutando pena, o derecho de gracia, a un recluso, pero también puede ser que no logre la emisión de dicha resolución, lo cual no puede generar una responsabilidad civil ya que son actos graciabiles que el Poder Ejecutivo no está obligado a otorgarlos, e incluso puede darlos y luego si comprueba que han cambiado las circunstancias por las cuales se basó para otorgar un acto graciabie, puede dejarlas sin efecto (Caso Crousillat).

Entonces, resulta importante la determinación de que una actividad de un funcionario público se reputa como actividad administrativa que corresponde al ente público, caso contrario sería una actividad estrictamente personal del funcionario.

En efecto, en principio se puede sostener que toda actividad desarrollada a título de funcionario público, o sea toda la actividad comprendida en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas (aunque no debe pensar que se debe identificarlo), es una actividad del Estado Ejecutivo, lo que implica que no solo actos administrativos en el marco de un procedimiento administrativo, esto es, actividad administrativa jurídica, sino también actos materiales expresada en el desarrollo de servicios públicos (aunque si bien esto puedo engoblar al primero en sentido amplio).

Además, no basta determinar que se reputa responsable al Estado Ejecutivo, sino que debe individualizarse a la entidad pública lo cual ayuda tanto a la víctima para que sepa a quién efectivamente demandará y también al Estado para que sea una sola entidad que se defienda.

Esto se indica porque de la experiencia que se ha observado las demandas de responsabilidad civil se plantean no ante la entidad respectiva sino a nivel de Ministerios o Presidente de la República. Así por ejemplo, por actividades de la policía, no demandan a la Policía Nacional de Perú (que es un ente con autonomía económica y administrativa, por lo que puede asumir obligaciones de resarcimiento) sino al Ministerio del Interior, al Presidente de la República y al Ministerio de Economía y Finanzas (para que disponga el dinero...), lo cual es absurdo, y una ignorancia de los abogados que plantean dicha clase de demandas, que generan que se lleve un procedimiento de emisión de resolución de Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado que resuelva defensa única asignada a un procurador público de la entidad pública adecuada, ya que no pueden las entidades demandadas plantear excepción de falta de legitimidad pasiva porque determinar al responsable del daño es el asunto del fondo del proceso judicial.

Por ello, resulta necesario en el juicio de responsabilidad civil como punto de partida, revisar las normas administrativas y determinar el grado de autonomía de la entidad pública para poder ubicar al ente responsable, quedando en claro que no puede tomarse en cuenta la mera función pública (Que lo tienen incluso los notarios) para decir que el responsable es el Estado Ejecutivo.

Por lo que el hecho generador va a ser aquél presupuesto cuya realización origina el daño, para lo cual es necesario clasificar los actos del Poder Ejecutivo que puede generar responsabilidad civil aquiliana.

### **3.1. Actos de administración**

Según el numeral 238.1 del artículo 238 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General las entidades públicas son responsables por los actos de administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

Al respecto, se ha indicado que “desde la perspectiva material debemos entender como “acto de la Administración” en general, actos administrativos, hechos, comportamientos materiales, vías de hecho, inactividad de deberes de actuación de la Administración, declaraciones, regulaciones, etc.”(Morón 2011:762) deduciéndose que se abarca no solo actos administrativos, sino también actos de administración interna.

Esta atención de la doctrina nacional por esta clasificación no ha sido abordada profundamente por la mayoría de los administrativistas, salvo el autor citado, por lo que se requerirá un mayor análisis para determinar su alcance.

Como indica tal autor, los actos de administración en sentido amplio pueden abarcar actividades jurídicas como actos administrativos (que se ventilarían en el marco de un procedimiento administrativo) pero también actividades materiales como actuaciones de hecho (que podría darse cuando estamos ante servicios público), no siendo muy útil dicha definición, porque incluso los actos de administración puede darse en el marco de un servicio público (como el servicio registral).

### **3.2. Actuación en relación a los servicios públicos que ella misma gerencia**

Al respecto, se ha indicado que “la norma pretende diferenciar los niveles de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por los servicios públicos a su cargo, de los daños y perjuicios que puedan producir los concesionarios privados de servicios públicos. En esa línea, el Estado solo responderá por las deficiencias de los servicios públicos que ella misma gerencia” (Morón 2011:762).

De lo indicado por dicha autor, pareciera ser que la acotación especial a servicios públicos se hace no como diferencia de actos de administración sino esclarecer que solo los servicios públicos que son gerenciados por el ente público son objeto de responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, mas no los gerenciados por entes privados, por ejemplo, Telefónica, Luz del Sur, Edelnor, etc.

Esto debido a que los servicios públicos pueden comprender también actos de administración conforme lo explicado en líneas atrás para realizar los servicios públicos.

En tal sentido, esta clasificación legal resulta imprecisa y por tanto inútil para poder diferenciar qué actuaciones del Estado Ejecutivo son objeto de responsabilidad civil aquiliana.

Tanto por comisión o por omisión se puede generar responsabilidad, y la omisión puede ser total o parcial, similar a lo que ocurre en el incumplimiento que comprende inejecución total, inexacta o tardía, del modo que “la actividad administrativa no cumpla con los estándares exigibles a una actuación diligente de la Administración, siempre de acuerdo a los medios con los que se espera que tenga” (Aguado y Nettel 2009: 300), lo cual

será evidente cuando exista una obligación legal expresa, y con análisis más complejo cuando se refiera a obligaciones implícitas, pero enfocadas en cualquier caso a un deber en concreto y no un deber genérico, o fines de políticas públicas que no se concreten en una acción determinada.

Asimismo, cabe tener en cuenta que “el incumplimiento de un deber especial de cuidado o vigilancia sobre la actuación de una persona o sobre determinados bienes puede producirse ciertos daños que deben ser resarcidos. (...) Así, por ejemplo, podría darse esta situación en el otorgamiento de licencias y autorizaciones, de actividades que por su naturaleza pueden ser molestas, insalubres o llanamente peligrosas, así como de la vigilancia de los bienes que están al cuidado de la Administración” (Aguado y Nettel 2009: 301).

Ello cobra una gran relevancia cuando se refiere a prestación de servicios en vigilancia de establecimientos penitenciarios, psiquiátricos o geriátricos, en donde las situaciones de peligro están presentes continuamente y el funcionamiento defectuoso del servicio público puede traer causa de un comportamiento del interno que origine daños.

### **3.3. Delimitación de la actuación estatal a efectos de responsabilidad civil aquiliana**

Por lo analizado anteriormente, se puede deducir que la actuación perjudicial puede provenir de una decisión jurídica unilateral, esto es, un acto administrativo, como también de una actuación material del poder público.

En el primer caso, los actos administrativos de las entidades públicas pueden generar daños si son emitidos irregularmente y que luego de un proceso contencioso administrativo en que se declare la nulidad de dicho acto puede determinarse la responsabilidad civil aquiliana que haya generado tal acto. Puede tratarse de un cierre ilegal de un negocio, que conlleve a pérdidas económicas (lucro cesante), o puede tratarse de embargos, decomiso o incautación de bienes (daño emergente), o quizás una discriminación negativa que por ello esté afectando derechos fundamentales (daño moral).

En el segundo caso, puede entenderse a los servicios públicos en sentido estricto, como prestaciones estatales a los ciudadanos; es decir, actividades públicas prestacionales o materiales, de diverso índole. Por ejemplo, una Municipalidad puede organizar su aniversario y encender un castillo de fuegos artificiales, que haga que un niño sufra daños corporales. En tal caso, no cabe duda de que esto se genera por el desarrollo de actuaciones que la Municipalidad incluye en su programa de actividades, fomenta y patrocina.

También son supuestos los suicidios de enfermos en centros públicos, lesiones a un interno en un establecimiento penitenciario, asfixia de un niño en una piscina municipal con socorrista, personas heridas por policías que no han sido adecuadamente entrenados, variedad de supuestos de daños médicos, daños producidos por semáforos malogrados, caída de un niño a un pozo abierto por la Municipalidad, accidente por pistas con huecos, daños a un auto por caído de árbol de la Avenida Arequipa, contaminación del virus del Sida o la hepatitis C por transfusiones efectuadas en hospitales públicos, etc.



Bajo este concepto puede decir que el funcionamiento de los servicios públicos que una entidad pública gerencia ha de ser determinante de la causación de perjuicios a los ciudadanos.

Entonces, “si la actuación administrativa consiste en una actividad o en una omisión material nos situamos en el ámbito de la prestación de servicios, pero estas acciones u omisiones pueden ser también de naturaleza jurídica: el ejercicio de la potestad reglamentaria y la adopción de actos administrativos” (Busto 2002: 1454), pero esta investigación se centrará principalmente en los daños que puede generar la actuación material y no en la jurídica porque ésta última está más ligada al derecho administrativo (debido a que generalmente implica un proceso contencioso-administrativo previo), mientras la primera está más ligada y similar al derecho civil.



## CAPÍTULO IV

### APRECIACIÓN CRÍTICA SOBRE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AQUILIANA DEL ESTADO EJECUTIVO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son para un sector de la doctrina nacional (Espinoza 2013: 89) los siguientes:

- a) **La imputabilidad**, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b) **La ilicitud o antijuridicidad**, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c) **El factor de atribución (criterio de imputación)**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d) **El nexo causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e) **El daño**, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

A nivel jurisprudencial se ha seguido también esa estructura, así tenemos la Casación N° 001460-2006-La Libertad de fecha 4 de abril de 2007:

Que si bien en autos se encuentra acreditado los elementos generales de la responsabilidad civil extracontractual, como es el daño causado a la víctima, la conducta antijurídica del autor, la relación de causalidad adecuada, el riesgo creado como factor de atribución y la imputabilidad del actor directo, sin embargo, los requisitos especiales que establece el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, no se encuentran acreditados, pues si bien existe relación de dependencia ente el autor directo y el autor indirecto (pues Murga Huamán trabajaba para el demandado en el corte de caña), sin embargo no se encuentra acreditado que el evento dañoso se hubiere producido en ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, por cuanto la labor asignada al autor directo era la de cortador de caña y no de chofer; éste no tenía autorización del autor indirecto de usar el vehículo y menos de hacerlo en el día de los hechos; además, por la hora en que se produjo el accidente, es evidente que no se encontraba en cumplimiento del servicio, pues por su propia naturaleza las labores de corte de caña se realizan en las mañanas y no en horas de la noche, siendo que la responsabilidad del principal no puede quedar

comprometida nunca por un hecho ilícito del dependiente que carezca de toda vinculación con el ejercicio del cargo o el cumplimiento del servicio respectivo.

Resulta pertinente indicar que no requiere ser analizada aún más la imputabilidad, en tanto la Administración Pública es persona jurídica (de derecho público) con capacidad de ejercicio, en la cual, de acuerdo a lo desarrollado en el Capítulo II del presente trabajo, tiene la capacidad de imputación, esto es, la aptitud de ser responsable por los daños que cause a través de sus funcionarios y servidores públicos, más allá de considerarse la imputabilidad como un elemento o no de la responsabilidad civil.

Sobre los demás elementos resulta necesario establecer un panorama general de cómo se está tratando la responsabilidad civil del Estado – Administración Pública, Estado Ejecutivo.

Cabe anotar que en Argentina son solo cuatro: “hecho ilícito o antijuridicidad, un hecho atributivo de la responsabilidad, un daño, y la existencia de una relación de causalidad entre este último y el primer elemento mencionado; atento que tal hecho ilícito ha de constituirse, precisamente, en condicionante de la producción del perjuicio” (Trigo 2006:767), lo cual es seguido por la mayoría de su doctrina, que si bien se puede consentir en este caso, no se comparte necesariamente los conceptos que dan en cada uno de los elementos.

En sede nacional civil se ha indicado que “consiste en la verificación de la existencia del daño jurídicamente relevante (y su antijuridicidad), luego se verifica la subsistencia de una relación causal del evento dañoso y una de las hipótesis normativas de responsabilidad. Posteriormente, se establece la imputación (quién es el responsable) y se determina la relación obligatoria” (Mendoza 2008: 87), partiendo de un orden de prelación respecto al juicio de responsabilidad civil, además que inserta la antijuridicidad para analizarlo dentro del daño.

Por otra parte, en sede nacional administrativa, se ha señalado que los presupuestos son: actividad perjudicial, relación de causalidad, factor de atribución, perjuicio (daño) indemnizable (Morón 2011: 762-763), lo cual se repiten tres elementos en términos copiados de la doctrina argentina, salvo en la actividad perjudicial en la que su presencia podría ser catalogada como presupuesto, pero no puede mezclarse con los elementos, siendo por tanto confuso y erróneo dicha forma de establecer “los presupuestos” de la responsabilidad civil, porque además, la actividad se considerará perjudicial luego de culminado el juicio de responsabilidad civil, no siendo posible establecer que tal actividad pública sea parte del componente de la responsabilidad civil aquiliana.

Pero por otro lado, se han consignado solo dos. Así, se ha indicado que para que esa obligación resarcitoria se genere, deben darse ciertos supuestos concurrentes: 1. La existencia del daño indemnizable y 2. La existencia de un nexo causal entre el acto supuesto agente y el daño ocasionado. (Guzmán 2011: 340), lo cual evidentemente olvida el criterio de imputación o quizás se piensa que como no se incluiría a la culpa, entonces no existe criterio de imputación, lo cual resulta incorrecto, ya que la ley parte de un criterio objetivo (absoluto o no), lo que no significa que no exista, situación que se evidenciará posteriormente.

A nivel de Italia, los elementos son criterio de imputación subjetivo (y por excepción objetiva), daño injusto y relación de causalidad, lo cual se hace presente, al ser el país que ha influido en los trabajos nacionales sobre la responsabilidad civil.

### **1. ¿Antijurídica o ilicitud? (Crítica a la división de actos legítimos e ilegítimos que generan responsabilidad)**

Ante todo, se debe hacer la precisión de que la “ilicitud” o “antijuridicidad” de la conducta como presupuesto de la responsabilidad civil, a diferencia de lo previsto en el Código Civil Alemán o en el Código Civil italiano, no ha sido contemplado en nuestro Código Civil; sin embargo, aún se habla de actos ilícitos en nuestro sistema, aunque solo a veces como “actos que dan lugar a responsabilidad civil” (León 2007: 36).

Así, se puede señalar que un daño es ilícito porque es contrario o viola una norma jurídica, que es la norma que impone respetar los intereses tutelados en la vida de relación bajo el deber fundamental del *neminem laedere* o *alterum non laedere*, y como contrapartida un daño lícito es un daño ocasionado autorizado por una norma, esto es, en el ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento jurídico, que conlleva a una ausencia de responsabilidad. Pero también debe entenderse que ayuda en la delimitación de las actividades permitidas (aun a costa que ocasionen daños) por el ordenamiento jurídico, para así poder determinar que no basta que una conducta dañosa sea autorizada por una norma jurídica sino que debe ejercerse sin causas más daños que los necesarios.

En base a lo anteriormente indicado se puede sostener que la ilicitud es un presupuesto necesario para generar el efecto de responsabilidad, sea penal, civil o administrativa, o sea es un presupuesto del derecho, mas que un elemento exclusivo de la responsabilidad civil. Aunque, un sector importante de la doctrina civil indica que “si bien el Código Civil peruano no cuenta con un reconocimiento normativo específico de la ilicitud (o antijuridicidad), como lo hace el § 823 BGB cuando hace referencia a la “forma antijurídica”, o el artículo 2043 del *Codice* que alude al “daño injusto”, no se debe llegar forzosamente a la conclusión que la ilicitud no es un elemento constitutivo del supuesto de la responsabilidad civil” (Espinoza 2015: 117).

Al respecto, que sea parte o no de la responsabilidad civil no es objeto de análisis de este trabajo, lo que importa es que cualquier acto que no sea reconocido por el ordenamiento jurídico puede decantar en un daño resarcible.

No obstante, a nivel de responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, que prefieren hablar de actos legítimos, en vez de lícitos porque es supuestamente es un concepto amplio que incluye los actos legales o lícitos e intrínsecamente justos (Acosta 2014: X-4), se ha sostenido que la ilicitud o legitimidad marca la pauta para determinar los tipos de actos de la administración pública: actos legítimos y actos ilegítimos, siendo ambos objeto de ser considerados actos dañosos (lícitos o ilícitos).

Así, “la responsabilidad por los daños provocados por esta clase de actos surge del hecho de que aunque el daño provenga de un acto lícito resulta justo desde la perspectiva de la justicia legal pero no así en el plano de la justicia distributiva, ya que no es justo que una persona soporte el sacrificio o la carga en forma desigual al resto de la comunidad” (Acosta 2014: X-4), pero resulta ello contradictorio, porque esto conlleva a que al final sea



ilícito, porque contraviene el ordenamiento jurídico (sea como fraude a la ley o abuso en el ejercicio del derecho).

Este mismo error proviene también de otros administrativistas, que no comprenden la noción correcta respecto a la ilicitud, por ejemplo, Morón Urbina señala que:

(...) el Estado asume el deber de indemnizar pese a que su actuación sea legal porque produce un daño injusto a administrados individualizados superando las condiciones normales de exigencia de solidaridad en sociedad, y por ende, no se encuentran sujetos al deber jurídico de soportarlo. Este es un sacrificio especial o irrazonable que los administrados no están obligados a aceptar dentro de un concepto de igualdad esencial en la comunidad. (Morón 2011: 761)

Lo que conlleva a deducir obviamente que al final no era la actuación (en todo su desarrollo) compatible con el orden jurídico, y por ende es ilícito.

Por último, esta clasificación no se deduce de la norma vigente que no hace esa distinción, siendo una copia de la doctrina española como lo hace varias normas latinoamericanas.

En Chile, por ejemplo, se habla de actividad legal de la Administración que puede causar daños resarcibles que no se justifica desde el punto de vista de orden constitucional, conforme el inciso 2 del artículo 38 de su Constitución y el artículo 4 de la Ley 18.575: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones (...)”.

En virtud de estas normas, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que es posible impetrar una indemnización pecuniaria a los órganos del Estado, incluso en el evento que la administración haya actuado dentro del ámbito de sus funciones. En estos casos, el quicio en que se funda el derecho a la indemnización no es la debilidad o insuficiencia del comportamiento de la administración sino el daño causado como consecuencia de dicho comportamiento, aunque lo que se haya hecho sea no solo legal, sino necesario, y por lo mismo lícito.

En principio que parece emanar de estas normas es el siguiente: No hay derecho a ser dañado por la acción del Estado de una manera desproporcionada (Baraona 2006: 725).

Al respecto, se puede indicar que esta clasificación no tiene sustento por tres razones:

i) Si ambos supuestos causan daños resarcibles entonces qué tiene sentido dividir los actos, solo tendría lógica si solo los actos ilegítimos fueran resarcibles;

ii) la justificación de que causen daños resarcibles es porque contravienen el deber general de no dañar a alguien sin una causa normativa justificante, y ello no depende de que la actuación pública se avale en una norma o no, sino que la forma de actuar no infrinja en concreto derechos de las personas (derechos fundamentales) de manera injustificada y desproporcional; y,

iii) esta clasificación parte equivocadamente del origen de la actuación pública, o sea que se actúa en base a una norma jurídica, pero la licitud acompaña también en su aplicación material, por lo que puede ser que en ese momento cause daños más de los

permitidos por la norma habilitante, y conlleve a que sea un acto ilegítimo, por lo que solo serían resarcibles los daños generados por dichos actos, y no por actos legítimos, lícitos o legales.

Esto mismo se puede sostener respecto a lo que los españoles señalan como funcionamiento normal y anormal del servicio público, siendo que al final en caso se comprobara responsabilidad aquiliana del Estado Ejecutivo sería porque provendría de un funcionamiento anormal del servicio público, ya que sería ilógico (y de paso inconstitucional) pensar que el Estado Ejecutivo tenga como política pública (expresada en el funcionamiento normal de un servicio público) dañar a terceros sin una justificación.

“No se trata, pues, de un supuesto antijurídico sino de un factor objetivo de atribución. De lo contrario, la propia figura de la expropiación sería antijurídica, lo cual nadie ha llegado a sostener” (Cassagne 2013: 142), sin perjuicio de indicar que la expropiación no es un supuesto siquiera de responsabilidad civil.

De similar modo, respecto a la actuación material del Estado Ejecutivo, que es lo que aquí se analiza, ya se ha indicado lo siguiente:

Tratándose de la actividad material –es decir, en sentido amplio, toda la actividad del ente no ejercitada a través de actos jurídicos- se suele sintetizar su ilegalidad en la fórmula de la <anormalidad> del servicio. Un servicio público, su actividad material cualquier de la Administración, que haya funcionado o haya sido ejercitada de tal manera que se hayan causado daños a los particulares –daños que éstos no tenían el deber de soportar- se dice que es una actividad o un servicio anormal, es decir ilegítimo. Por tanto, la ilegitimidad de la actividad material (que, en sustancia, no es sino la misma injusticia del hecho dañoso contemplado desde el punto de vista de la actividad que ha dado lugar a éste) presenta dos notas características: por un lado, tal ilegitimidad se manifiesta exclusivamente en el hecho dañoso, formando un todo inseparable con la lesión del derecho patrimonial ajeno, de tal manera que no se puede hablar de anormalidad e ilegitimidad del servicio antes de que haya sido causado un daño antijurídico; y por otro lado, es totalmente independiente de la eventual culpabilidad en que haya podido incurrir el agente que tuviese la obligación de gestionar el servicio o de realizar la actividad material. (Leguina 1983 197-198)  
(Subrayado agregado)

Por tanto, es un contrasentido cuando Morón Urbina señala que “el Estado asume el deber de indemnizar pese a que su actuación sea legal porque produce un daño injusto a administrados individualizados superando las condiciones normales de exigencias de solidaridad en sociedad y, por ende, no se encuentran sujetos al deber jurídico de soportarlo. Este es sacrificio especial o irrazonable que los administrados no están obligados a aceptar dentro de un concepto de igualdad esencial en la comunidad”.

Sin embargo, el hecho que el acto sea ilícito o antijurídico no dará a responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo a menos que la calificación de los otros elementos concluya en sentido positivo.

Despejado esa noción de clasificación, este elemento está ya más vinculado al daño mismo, para determinar la resarcibilidad. Siendo ello así, “el daño, en consecuencia, será calificado como antijurídico en la medida en que sea consecuencia del funcionamiento (anormal) administrativo, de manera que sea posible su atribución a la Administración. Una atribución, por tanto, que pasa por la necesaria constatación de la existencia del

correspondiente nexo causal, y que, en su caso, comprobada la anormalidad del funcionamiento, se verificará bajo el título de culpa” (Muñoz 2012:125).

Por último, es necesario recordar que existe diferencia entre expropiación y responsabilidad civil desarrollada líneas atrás, y esto se menciona porque han aludido que el primero es un supuesto de daños por actos legítimos o lícitos del Estado Ejecutivo, lo cual como se ha advertido resulta equivocado.

Sin embargo, algunos administrativistas han sostenido que:

(...) el Estado está en muchas ocasiones obligado a resarcir daños producidos por conductas <conformes> o <acordes> con el ordenamiento jurídico, es decir, por un obrar que no es antijurídico o ilícito; en tanto que otros autores, en una postura menos rígida, pretenden distinguir entre lo que es propiamente <responsabilidad>, expresión que reservan para los daños antijurídicos, de lo que se ha dado en llamar <compensación o indemnización>, para los perjuicios derivados de conductas que se ajustan y que por lo tanto no infringen las normativas del derecho positivo. (Trigo 2006: 769)

Ante lo cual ya se ha establecido que la segunda posición es la correcta, no siendo la expropiación un supuesto de responsabilidad civil aquiliana del Estado, sino que se enmarca dentro de los supuestos de indemnización pero esta apreciación que resulta clara, no lo era cuando se desarrolló la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que ha trasladado normativa de expropiación a la responsabilidad, confundiendo conceptos y aún más a su inaplicabilidad.

### **1.1 Causas eximentes de responsabilidad civil aquiliana (Supuestos de irresponsabilidad)**

Se ha establecido que la ilicitud o antijuridicidad es un presupuesto de toda responsabilidad y no solo de la responsabilidad civil, y que por tanto no podría ser un elemento de ella, pero que sea o no, no obsta a dejar de lado los daños lícitos e ilícitos, legítimos e ilegítimos.

En tal contexto, se puede decir que a partir de este punto se estaría analizando recién los elementos de la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, pero antes de ello, resulta necesario analizar los supuestos de irresponsabilidad que, por un tema didáctico se analizan en este punto ya que “han sido tratadas tradicionalmente dentro de lo que se denomina causas de exclusión de la antijuridicidad” (Castro 2006: 56).

El análisis de los supuestos de irresponsabilidad no significa que se niegue la existencia de un daño, sino que éste no amerita ser resarcido por el supuesto dañante ni por otra persona, o que el daño siendo resarcible fue producto del caso fortuito o fuerza mayor, siendo las tres últimas menciones las vinculadas a causas no imputables. De igual modo cuando es imprudencia de la propia víctima, siendo en este punto que tiene los mismos efectos que los supuestos de irresponsabilidad porque el dañado no puede trasladar los costos de los daños sufridos a otras personas.

Los supuestos de irresponsabilidad están regulados en el artículo 1971° del Código Civil, en la cual no será aplicable la tutela resarcitoria aunque hubiere daño, conforme lo siguiente:

**Artículo 1971.-** No hay responsabilidad en los siguientes casos:

- 1.- En el ejercicio regular de un derecho.
- 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
- 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

Como se puede advertir de la norma, se establece causas de exoneración de responsabilidad, aunque realmente son supuestos de que el tercero tiene el deber jurídico de soportar, si lo vemos desde el lado opuesto de la relación jurídica. No deben ser confundidos con los supuestos de causas no imputables que exoneran de responsabilidad, porque en el primero escapan de las normas que disciplinan el instituto de responsabilidad civil que hacen innecesario el análisis material y de imputabilidad, mientras que los segundos se encuentran dentro del radio de aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, cumpliendo con el análisis material mas no con el de imputabilidad.

En los sistemas que tienen como elemento de la responsabilidad civil la antijuridicidad, la ubican como causas de exclusión de la antijuridicidad, pero como en nuestro Código Civil no se hace referencia a la categoría de “actos ilícitos”, se puede denominar como causas de exclusión de la responsabilidad.

Si bien se hace referencia a 3 supuestos, se pueden reconducir al “ejercicio de regular de un derecho”, siendo las otras dos expresiones la misma figura pero en situaciones más concretas.

Por otra parte, aunque se suele decir causas eximentes o causas de justificación de hechos daños, lo correcto es hacer referencia a supuestos de irresponsabilidad, que escapan de las normas que disciplinan la responsabilidad civil

En relación al **ejercicio regular de un derecho**, se debe partir que no puede analizarse de manera superficial en el sentido que baste que esté amparado el derecho subjetivo bajo una norma, sino que implica sopesar los intereses tanto del dañador como del daño, y que guarda una especial importancia cuando los intereses no tienen la misma categoría (interés privado vs. interés público) sino distintas (interés público vs. interés privado).

Así, existen daños generados por las entidades públicas que no necesariamente deben ser resarcidos, en la cual el administrado o tercero tiene el deber jurídico de soportar frente al ejercicio legítimo y regular de un derecho pero específicamente determinados por norma jurídica, a diferencia de los privados que basta que su actuar no sea contrario a una norma imperativa, orden público y buenas costumbres.

Ejemplo: destrucción del octavo piso de un edificio, donde solo se podía construir hasta el sétimo, por ordenanza municipal o en la actuación de ejecutores coactivos donde



su acciones no genera obligación de la Administración de resarcir si el daño ha sido generado como resultado de la ejecución forzosa efectuada por la Administración.

“En el caso de las medidas cautelares no podría incluirse en estos supuestos, puesto que el daño que las mismas causen sí debe ser reparado. Una limitación a la imposición de medidas cautelares estriba precisamente en el hecho de que no puedan adoptarse si es que pudiesen causar al administrado un perjuicio de imposible reparación” (Guzmán 2011: 351).

Pero la referencia a ejercicio “regular” de un derecho genera la idea de que el ejercicio del mismo no basta para no haber responsabilidad civil, en razón a que los derechos, sean absolutos o relativos, tienen limitaciones intrínsecas y extrínsecas, en función de su relación con otros derechos o intereses jurídicamente protegidos.

En atención a ello, Diez Picazo ha establecido que existen dos limitaciones: el abuso del derecho y la colisión de derechos, salvo que las leyes establezcan claramente el criterio de prevalencia o preferencia de uno solo de ellos (Diez Picazo 1999: 303).

La figura del ejercicio abusivo del derecho (que es lo diametralmente opuesto al ejercicio regular del derecho) está regulada en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil que establece lo siguiente:

#### **Artículo II.-**

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

Por otra parte, respecto a la colisión de derechos se ha indicado que “procede efectuar una ponderación de los intereses en juego (del agente y de la víctima del daño), para efectos de demarcar el ámbito de aplicación de la tutela resarcitoria, lo que no es otra cosa que seleccionar los intereses pasibles de ser protegidos por la responsabilidad civil, tomando no solo en consideración los intereses de la víctima, sino también del potencial responsable (juicio de resarcibilidad) (Campos 2012: 223), lo que conlleva a señalar que el verdadero límite no es la colisión de derechos, sino la prevalencia de un derecho sobre otro previa análisis de ponderación, o mejor dicho un interés sobre otro.

En el caso de la responsabilidad civil aquiliana de la Administración Pública, el conflicto sería entre un interés público y un interés privado, que en ponderación prevalecería en todos los casos el interés público, pero no es tan sencillo como parece, porque una ponderación o balance de intereses si bien puede tender a inclinarse en el interés público va ser importante el grado de afectación del interés privado.

En términos constitucionales sería un “test de proporcionalidad” con sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que tendrá que hacerlo el órgano jurisdiccional, y no partir directamente al quantum resarcimiento, solo porque se trata del Estado, al contrario, con mayor razón, la presencia de supuestos de ejercicio regular de un derecho (debido a que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, conforme el artículo 1 de la Constitución Política del Perú) estarían presentes en diversos casos de daños ocasionados por la actividad pública y más aún en la ejecución de servicios públicos.

Pero puede llegarse al caso que la prevalencia de un interés sobre otro no sea absoluta sino relativa, y por tanto susceptible de que el interés subordinado tenga alguna tutela pero no podría ser resarcitoria porque ya no se estaría en un supuesto de irresponsabilidad, en la cual no puede haber zona gris en ese punto.

La referencia a ejercicio regular de un derecho está medianamente establecida en el segundo párrafo del numeral 238.2 del artículo 238 de la Ley N° 27444, cuando señala que “se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”, bajo términos desde el punto de vista del ciudadano-dañado, mientras que en el Código Civil parte desde el punto de vista del dañador. Pero algo curioso y equivocado señala esta referencia normativa cuando hace mención a que también es irresponsable el Estado Ejecutivo cuando se trata de un deber jurídico de soportar “de acuerdo a las circunstancias”, como hecho aparte del ordenamiento jurídico, ya que todo supuesto de irresponsabilidad debe estar conforme con éste (lo cual incluye a los principios generales del derecho) y no puede admitirse hechos en contra.

Un caso sobre daños a terceros pero que no amerita responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo es cuando éste ejerce la recuperación extrajudicial de los bienes estatales regulada en los artículos 65 y 66 de la Ley N° 30230, pudiendo expulsar a los invasores de los predios estatales, así como destruir las construcciones temporales informales, aun cuando haya procesos judiciales en trámite.

Ello tiene su fundamento en que el Estado como sujeto de derecho es titular de derechos reales, entre ellos el derecho de propiedad pero con caracteres especiales ya que tiene limitaciones intrínsecas en su uso y disposición debido a que tiene que dirigir su actuación hacia el interés público.

Siendo ello así, toda entidad pública se encuentra facultada y en la obligación de iniciar de forma directa la defensa jurídica de sus bienes estatales a través de su procurador público, conforme el artículo 19 de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, los artículos 29 y 55 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades y los numerales 22.2 y 22.3 del artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1068, que crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado (Roca 2015: 89), causando daños en sus bienes a los ciudadanos pero que éstos no pueden exigir resarcimiento por estar frente a un ejercicio regular del derecho (en el caso también que materialmente se ejerza de forma proporcional al caso concreto).

En relación a un supuesto concreto de ejercicio regular de un derecho llamado “**legítima defensa**”, éste encuentra su fundamento en que es “una elemental exigencia social de autotutela privada en defecto de la tutela judicial” (Bianca 1994: 675). Está condicionada a la concurrencia de determinados presupuestos que no están indicados en el Código Civil, lo cual es necesario recurrir a su otra fuente: el artículo 20 del Código Penal, de donde se debe recabar la información necesaria para construir la figura jurídica de cara a los problemas que pudiera plantearse en el responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo.

Así, el numeral 3 del artículo 20 del Código Penal señala que está exento de responsabilidad penal el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios que se disponga para la defensa.
- c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

La agresión, que no solo puede ser física sino también mediante la amenaza de un mal grave, debe ser actual, es decir el peligro de lesión del interés de la víctima debe ser inminente. El fundamento de este requisito es que es preciso que el sujeto amenazado con un peligro inminente de lesión en un interés suyo jurídicamente relevante se encuentre en una situación tal que el recurso a las vías ordinarias que para estos casos el Estado reserva se torne demasiado costoso; es decir, que la autotutela, en atención a las peculiares circunstancias en que la agresión se presenta, sea la única vía razonable para conjurar el peligro (Castro 2006: 58). El segundo requisito es que dicha agresión debe ser ilegítima, es decir, debe afectar un interés jurídicamente relevante de la víctima sin autorización del ordenamiento jurídico, es por ello que no es viable contra alguien que ejerce regularmente un derecho.

Por ejemplo, el serenazgo puede defenderse de agresiones físicas de una protesta pero no de la ejecución por la policía de una orden judicial.

Otro elemento que se requiere es la proporcionalidad (altamente cuestionado y difícil de dilucidar), que no debe ser entendida obviamente como equivalencia de medios de “lucha” sino que se pondere el medio y la habilidad del medio empleado entre el agresor y el que se defiende.

En lo que respecta al Estado Ejecutivo, la legítima defensa lo efectúa a través de la Policía Nacional del Perú, las Fuerzas Armadas, entre las más importantes, quienes pueden defenderse de las agresiones de personas que protestan, mediante bombas lacrimógenas pero no mediante el uso de armas de fuego.

Por último, se encuentra el **estado de necesidad**, que se da cuando afectas (de manera indispensable) el bien de un tercero para proteger tu propio bien de un futuro daño (peligro) inminente, irresistible e imprevisible, pero que en el balance jurídico evidente de esos dos bienes, el tuyo merezca ser tutelado en primer término.

“Queda claro que la situación de peligro debe constituir un caso fortuito. De otra forma, esto es, mediar un causante, el mismo quedará sometido a las reglas de la responsabilidad civil” (Pazos 2007: 111). Y también que el balance evidente debe reducirse a supuestos como evitar daños inmateriales optando por daños materiales hacia un tercero.

Cuando el Código Civil hace referencia al estado de necesidad no indica que el daño debe ser grave, por lo que no se considera un requisito, así que el estado de necesidad debe aplicarse en función a la afectación del tipo de bien que está en riesgo y no las consecuencias dañosas. Tampoco se considera que deba haber la ausencia de un particular deber jurídico de exponerse al peligro (a cualquier peligro), sino a un peligro previamente ya asumido como marco de sus funciones. Por ejemplo, un policía se expone a un peligro, pero no al mismo peligro que lo asume un militar, así que cabe estado de necesidad del

policía si se expone a un peligro propio de militares. Aunque no obsta a que plantee enriquecimiento sin causa.

Estos supuestos de irresponsabilidad regulados en el Código Civil han sido trasladados en parte a las reglas de la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, que establece en el numeral 238.2 del artículo 238° de la Ley N° 27444 lo siguiente:

238.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.  
(Subrayado agregado)

Como se puede advertir, la redacción incentiva a que se confunda las causas no imputables con los supuestos de irresponsabilidad, teniendo que haberse separado ambos párrafos por técnica legislativa.

El segundo párrafo es el que alude a los supuestos de irresponsabilidad, pero no al ejercicio regular de un derecho, sino en específico a la legítima defensa de los derechos de la misma entidad o de los ciudadanos, pero cuando se refiere a daños que el administrado tiene el deber jurídico que soportar está aludiendo (aunque desde el punto de vista del dañado) al ejercicio regular de un derecho por parte de la entidad pública, como se había indicado líneas atrás.

Esto conlleva a señalar que la configuración de estos supuestos debe alimentarse de lo desarrollado en el derecho civil y más aun en el derecho penal, que implica que la legítima defensa por parte de la entidad pública no solo debe ser razonable (proporcional) sino que la agresión de sus bienes o derechos de sus ciudadanos debe ser ilegítima, y falta de provocación suficiente de la entidad pública que hace la defensa.

Y ello implica que lo correcto es indicar que no solo no hay reparación sino que no puede haber juicio de responsabilidad civil.

Respecto al estado de necesidad, no existe una mención en la Ley N° 27444, por lo que podría entenderse que aquí la entidad pública debe ser responsable; sin embargo, se considera que los supuestos de irresponsabilidad no son una mera opción legislativa sino que responden a fundamentos que justifican la irresponsabilidad. Por tanto, resulta factible jurídicamente que la entidad pública pueda alegar estado de necesidad para no responder frente a los mismos daños que ocasione en esas circunstancias.

De lo contrario, se estaría creando desigualdad: un favoritismo al sector privado, en detrimento del sector público solo por tratarse del Estado Ejecutivo. No obstante, en la realidad si una vivienda se daña por balas en una balacera a un policía que se ocultó en ella, aunque sea parte del peligro que debe enfrentarse no ha llevado a alguna exigencia de resarcimiento por parte del dueño de la vivienda.



## 2. El nexa causal (causalidad aplicable en esta responsabilidad)

Con la causalidad se identifica al causante del daño, y con la imputabilidad al responsable. Al respecto, sobre la relación causal, el artículo 238.1 de la Ley N° 27444 señala que:

Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

Ello guarda similitud, como si fuera su fuente normativa, del artículo 1321° del Código Civil, paradójicamente ubicado en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, que establece lo siguiente:

### **Artículo 1321.-**

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 cuando 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.

(Subrayado agregado)

Los exponentes principales del derecho administrativo nacional, Morón Urbina y Guzmán Napurí, señalan que la Ley N° 27444, ha adoptado la “causalidad adecuada” (¿?). El primero señala que como uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado es la relación de causalidad adecuada entre la actividad estatal con el daño que se ha de indemnizar (Morón 2011: 762), mientras que el segundo señala que uno de los supuestos recurrentes en este tipo de responsabilidad es la relación de causalidad, que “el principio universalmente aceptado –en cualquier sistema de responsabilidad– es el de la causalidad adecuada, que implica que cabe indemnizar daños generados por hechos que normalmente causan dichos daños” (Guzmán 2011: 341); no obstante, alguno señala que no se indica o exige en la ley (Martín 2002: 296).

Al respecto, dichos argumentos no tienen sustento, porque es común que la doctrina y jurisprudencia señale que el artículo 1321° del Código Civil (que tiene similar redacción que el numeral 238.1) está aludiendo a la “causa próxima” y de ninguna forma a la “causalidad adecuada” que sí lo establece taxativamente el artículo 1985° del Código Civil que señala lo siguiente:

### **Artículo 1985.-**

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.

(Subrayado agregado)

En efecto, es usual decir que en el incumplimiento se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y en la responsabilidad civil aquiliana, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito, de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales son los de la teoría de la “causalidad adecuada”.

Ello parte de interpretar conforme la legislación comparada que parte de la división de sistemas (responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y aquiliana) se decanta por una teoría causal para cada una. Así, “teóricamente, todos los sistemas considerados tienden hacia una bipartición de las especies causales, incluso si luego, en la práctica, aquella dualidad a menudo termina siendo ignorada por las cortes u olvidada por sus propios defensores” (Infantino 2015: 85).

Pero si bien podría indicarse que se optaría por la “causalidad próxima” cuando hay la mención a daños directos e inmediatos, en realidad esto se refiere al límite del resarcimiento más que una teoría específica, por lo que no habría una teoría a aplicar pudiendo el juez resolver invocando la causalidad que más se aproxime a cumplir con la justicia resarcitoria y así es como debería entenderse más aún en la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo.

En efecto, la referencia a daños inmediatos, mediatos, consecuencial, remotos, se refieren a los límites del resarcimiento y por tanto toda referencia normativa a estos términos no guarda relación con las teorías causales.

Se estima que la creencia errónea de los administrativistas nacionales es por seguir la interpretación española que indica que “entre el daño y su productor debe mediar una relación de causalidad que los tribunales no siempre aciertan a definir, aunque suelen apuntar a la idea de causalidad <adecuada>. La relación no tiene que ser necesariamente directa, ni exclusiva” (Martin 1999: 346).

Entonces, entre el daño y los servicios públicos debe existir un nexo causal que junte a ambos extremos para probar que el funcionamiento (regular o no) de las actividades materiales públicas ocasionaron el daño resarcible, pero que no está basado en una sola teoría causal (previsibilidad, causa remota, causa próxima, equivalencia de condiciones, causalidad probabilística, y otras), pero que debe traducirse en un juicio de proporcionalidad o adecuación entre el hecho y las consecuencias dañosas, la cual deberá demostrarse, según el tipo de actividad realizada en vez de tomar en cuenta solo la condición del dañante.

Así, resulta para el juez una gran libertad en el manejo de la causalidad, pues la apreciación del carácter determinante de un hecho imputable al Estado Ejecutivo sobre la producción del perjuicio cuya reparación evalúa no tiene nada mecánico.

Cabe recordar que la relación causal puede determinarse “materialmente” (se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad y ligada al autor) o “jurídicamente” (se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir y ligada al responsable). En el campo de la responsabilidad civil interesa la causalidad “jurídica”, pero hay diversas teorías.

Puede distinguirse, en principio, tres conceptos principales de “causa”: “causa adecuada”, causa “sine qua non” y “causa próxima”:

Respecto a la causa adecuada, por el fisiólogo alemán Von Kries, quien propuso sobre el final del siglo XIX que “se debe considerar causa de un evento solo aquellas conductas que, según un juicio *ex ante*, resulten adecuadas a determinar el efecto sobre la base del *id quod plerumque accidit*”, ideándose el criterio según el cual “cada uno es responsable solamente de las consecuencias de su conducta que acoplen previsibles al momento en la cual ha actuado, excluyendo así surgir responsabilidad por todas las consecuencias absolutamente atípicas que se debieron verificar.” (Capechi 1999: 313).

Entonces, se puede decir que existe cuando, sobre la base de la evidencia disponible, la recurrencia del acto o actividad (pública) incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá, o sea que la causa viene a ser una pero no por la temporalidad sino por la razonabilidad, según lo cotidiano, común u ordinario. “En suma, el concepto de causa adecuada no es más que una expresión de la creencia empíricamente basada de que el acto o la actividad en cuestión, en caso de repetirse en el futuro, aumentarán las posibilidades de que el daño en consideración también ocurra” (Calabresi 1996: 192).

Pero los autores nunca se han puesto de acuerdo en qué grado de probabilidad –entre 0 y 1- es el adecuado según el derecho; y siempre han discrepado acerca de si el juicio sobre la probabilidad debe consistir en una prognosis puramente subjetiva –similar a la que se lleva a cabo en el análisis del dolo y la culpa-, es decir, en un juicio sobre la evitabilidad del resultado, o si, por el contrario la prognosis ha de ser objetiva en el sentido de que un agente dotado de conocimientos especiales habría de haber conocido la probabilidad de la producción del resultado. A menudo, ambos puntos de vista se acumulan y se pregunta qué cabe esperar de una persona dado su papel en la sociedad. (Salvador Y Fernandez 2006: 8)

Dicha teoría causal tiene eco en Italia, en donde se sostiene que “un principio, o criterio, a considerarse presente en cualquier caso, parece aquello de la adecuación, en el que se expresa precisamente la idea de que entre el hecho imputado a los efectos de la responsabilidad el evento malicioso debe subsistir un nexo de derivación causal coherente a la realización de los fines que el ordenamiento jurídico persigue, estableciendo la responsabilidad de sujeto” (Scognamiglio 2010: 78).

Por otro parte, respecto a la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, creada por Von Buri, se ha sostenido que es uno de los muchos actos o actividades sin los que un daño, en particular, no hubiese ocurrido” (Calabresi 1996: 192), esto es que la secuencia causal entera produjo el daño, así que todo lo enlazado son condiciones (considera todo con grados de incidencia), que está más ligada a la causalidad, entendida como causalidad de hecho, pero siendo ello así “en cualquier caso, la causalidad de hecho, ya sea por acción u omisión, es un mal criterio de imputación de daños, pues plantea una infinidad de problemas en casos de causación múltiple y causación indeterminada” (Salvador y Fernández 2006:4).

“A la luz de esta teoría, pues, la valuación del nexo de causalidad va operada mediante una evaluación *ex post*, mediante la cual debe averiguarse si la causa de la cual se entiende establecer la incidencia haya o no abstraído parte al proceso causativo del evento” (Capechi 1999: 309).

En sede nacional se ha criticado también está teoría la cual se cita un ejemplo dado (Espinoza 2013: 211):

(...) imaginemos a una persona que consume un sándwich en un establecimiento y resulta que se encontraba descompuesto y es tan fuerte el malestar que lo trasladan en ambulancia a un establecimiento clínico, sin embargo, un conductor distraído embiste con su camión a la ambulancia y fallece el desafortunado consumidor. ¿Quién es el responsable? Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo serían todos, vale decir, el camionero, quien manejaba la ambulancia, el que hizo el sándwich e, incluso, habría que remontarse a quien plantó la lechuga, lo cual resulta ser del todo inaceptable.

Respecto a la causa próxima, creada por Francis Bacon en el siglo XVII se refiere a que la causa del evento es el hecho temporalmente más cercano a él, entonces comprenderá por lo general, “aquellas causas *sine qua non*, presumiblemente vinculadas causalmente, a las que, en ausencia de ciertas defensas específicas, un sistema legal desea asignar, al menos, responsabilidad parcial por un accidente” (Calabresi 1996: 192). Al respecto, como crítica se ha indicado que “admitir esta teoría en supuestos de responsabilidad civil extra-contractual, generaría situaciones injustas, y como ejemplo, tenemos el caso del daño causado por el dependiente” (Espinoza 2013: 212), esto debido a que frente a un daño de un dependiente de una persona jurídica, sería el dependiente quien sería el responsable y no la empresa o el Estado, bajo la concepción original en que se creó esta teoría (época de la industrialización y se usaba al derecho para subsidiar la construcción y mantenimiento de servicios privados y públicos).

Pero existen otras teorías causales como la causalidad probabilística, causalidad alternativa, causalidad de la ocasionalidad necesaria, que pueden servir a la víctima para demostrar el nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público.

Otra teoría que merece resaltar es la teoría de la subsunción bajo leyes científicas, Creada por English, que consiste en que “se podrá considerar causa un antecedente si acaso haya una ley científica sobre la base de la cual es posible sostener que la eliminación de aquel hecho habría impedido el verificarse el evento” (Capechi 1999: 311), que podría aplicarse en los casos de daños por cosas inanimadas.

Asimismo, como todo ente público en general, existen actos hechos por los órganos en el ejercicio de sus funciones y actos hechos por los dependientes en el ejercicio de sus competencias. Los primeros son actos directamente imputados a la Administración Pública en virtud a la relación orgánica, y los segundos son directamente imputados a la Administración Pública también en virtud del principio de preposición, cuando subsista un nexo de “ocasionalidad necesaria” entre las competencias y la producción del daño (Bianca 1994: 633-634). Al respecto, se ha indicado lo siguiente:

El supuesto de la ocasión o de la ocasionalidad se da en los casos en los cuales una persona se vale de un tercero, y este último genera daños que, si bien no han sido en ejercicio de sus funciones, si no hubiera sido por su particular posición jurídica (de ahí, la ocasión), no se hubiera producido tal daño. Téngase en cuenta que la ocasionalidad podría presentarse, tanto en el terreno (denominado por comodidad) contractual, cuando se emplea al tercero para cumplir una obligación (art. 1325 c.c.) o en materia extra-contractual, o sea, cuando el daño lo ocasiona el dependiente (art. 1981 c.c.). (Espinoza 2013: 222)

Si se plantea el caso de que un servidor público que atiende a ciudadanos a domicilio (como vacunación domiciliaria) hurta objeto de valor de dicha casa, bajo esta teoría el responsable sería la entidad pública que lo mandó aunque no era obviamente su función hurtar cosas pero con ocasión de cumplir su función pública, pero no por *culpa in*



*vigilando* de la entidad pública, ya que esta responde en forma objetiva, sino porque estaba en mejor posición de evitar esos daños. Sin embargo, el sustento no puede ser aquí porque se beneficia económicamente con la actividad realizada a través de un tercero, y que por ello debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio), ya que el Estado Ejecutivo no se beneficia económicamente sino lo hace para beneficio exclusivo de los ciudadanos.

Situación distinta que no genera responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo cuando dicho servidor público se queda por pedido del dueño de la casa o finge dar vacunas cuando la campaña aún no se inicia. Sin embargo, “se ha admitido, empero, el resarcimiento del daño por parte de la Administración con dolo de por medio. Así ocurrió en un caso donde un perito, nombrado por un juez, emitió un informe gravemente erróneo e insuficiente” (Alpa 2006: 701).

En la aplicación del funcionamiento de los servicios públicos que causan daños resarcibles porque no se efectuó conforme la normativa lo establece se ha señalado que puede aplicarse la teoría de la “equivalencia de las condiciones” “con objeto de responsabilizar a la Administración, incluso en el supuesto de que concurra en la acción dañosa un hecho de tercero o haya culpa de la víctima (Vignolo 2011: 388), lo cual no resulta correcto porque no puede el Estado Ejecutivo responder sin tener en cuenta el nivel de participación en el acto dañoso, y más aún cuando su acto no ha sido la causa sino una mera condición.

Puede decirse que esta teoría ha sido mitigada “con la introducción de algunos supuestos abstractos de exclusión basados en la culpa exclusiva o concurrente por el hecho determinante del administrado damnificado o de tercero que produzca una determinada lesión” (Vignolo 2011: 388), pero estas causas no imputables atañen a todas las teorías, y que en caso no existiera, la equivalencia de las condiciones no sería tampoco viable cuando concurre causa, condición y ocasión, o causas múltiples.

En cuanto al funcionamiento del servicio público que actúa conforme la norma reglamentaria o disposiciones similares pero que en el caso concreto no actúa en proporción conforme a derecho se ha aceptado la aplicación de varias teorías causales, y que el juez debe valorar, tomando en cuenta adicionalmente el grado de discrecionalidad administrativa que puede llevar a o no resarcimiento, a fin de evitar la parálisis futura de la entidad pública responsable y una justificación a su ejercicio cotidiano de potestades habilitadas por el ordenamiento jurídico.

Por todo ello se puede sostener que no existe una teoría causal única que debe aplicarse a los supuestos de responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, pudiéndose optar por cualquier que ayude a la víctima a ser resarcido conforme a derecho. Por ejemplo, si mueren gallinas por el estruendo de una obra municipal, por la teoría de la causalidad adecuada no cabe responsabilidad del Gobierno Local ya que no pudo conocerse que haría ese comportamiento.

Asimismo, en caso de omisiones, el nexo causal se determina tomando en consideración la efectiva y concreta obligación de actuar, como puede ocurrir cuando el Estado está obligado a asegurar los vuelos, y si ocurre un choque de aviones, como esto pertenece a los casos en que la norma dispone evitar, no requiere que se acredite la

existencia del peligro, y, en específico, la presencia segura de rutas asignadas a los aviones, por lo que la entidad pública que tenga tal función en base a una norma debe responder.

Como dice Guido Alpa (2012: 41):

El juicio relativo a la subsistencia del nexo causal, por lo tanto, no puede limitarse a la mera valoración de la materialidad fáctica, por el contrario, postula la preventiva individualización de la obligación, específica o genérica, de mantener la conducta omitida a cargo del sujeto. La individualización de dicho deber se connota, entonces, como preliminar para la apreciación de una conducta omisiva sobre el plano de la causalidad, en el sentido que, si primero no se identifica, en relación al comportamiento que no resulte necesario, el deber genérico o específico que lo imponía, no es posible estimar la omisión del comportamiento sobre el plano causal.

## 2.1. Supuestos de causas no imputables (mal llamada ruptura del nexo causal)

Según la Ley N° 27444 antes acotada, en su artículo 238.2 señala lo siguiente:

No hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

Como se puede apreciar, esta norma (bajo su última modificación) tiene afinidad con lo dispuesto en el artículo 1972 del Código Civil que indica lo siguiente:

### **Artículo 1972.-**

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.

Con estas causas eximentes se establece que no existe una responsabilidad absoluta del Estado. Además una responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Públicas por todos los daños fortuitos que sean realizados de riesgos propios de cualquier actividad que aquéllas realicen, se trate o no de actividades especialmente peligrosas, resulta un despropósito jurídico y social (Pantaleón 2000: 181).

Pero ello no debe hacer pensar que estas causas no imputables conlleva a que sean la responsabilidad civil aquiliana necesariamente objetiva, ya que también puede aplicar en la responsabilidad subjetiva, ya que se aplica a cualquier nexo causal (Espinoza 2013: 238)

Respecto al hecho determinante de tercero “la imputación de responsabilidad a la organización administrativa implicará entender que no necesariamente toda intervención de tercero exime a la Administración Pública de la posibilidad de resarcir” (Vignolo 2011: 389), debido a que el legislador ha incluido el concepto de *hecho determinante* que abre la posibilidad de flexibilizar la responsabilidad del Estado, pero no lo exonera de responsabilidad necesariamente.

En relación al caso fortuito y fuerza mayor, la Casación N° 823-2002-Loreto del 29 de setiembre de 2003 señaló lo siguiente:

Quinto: Ahora bien la sentencia califica el desperfecto ocurrido en la motonave como un caso fortuito, por ende es necesario analizar su definición. El caso fortuito esta tratado en nuestro ordenamiento civil en el artículo 1315 del Código Civil, que dispone: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial tardío o defectuoso". Nuestra legislación da una misma definición al caso fortuito y a la fuerza mayor, sin embargo la doctrina y la jurisprudencia ya han establecido que su origen es distinto pero sus hechos constitutivos comunes. El caso fortuito se aplica a los hechos producidos por la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre.

(Subrayado agregado)

En tal sentido, a nivel nacional existe una diferencia que conlleva a que en la última modificación se incluyera el caso fortuito, (donde antes solo había fuerza mayor) y no innecesariamente, porque siendo un concepto diferente, requería estar presente, y no porque realmente antes el Estado Ejecutivo debía resarcir, aun siendo un criterio de imputación objetivo.

Además, el caso fortuito suele ser considerado como "evento natural irresistible" mientras que la fuerza mayor "es un evento humano irresistible", por lo que si un sujeto hubiera actuado diligentemente y podido evitar el daño de un evento natural o humano, entonces dicho evento no es un caso fortuito ni una fuerza mayor (Beltrán 2007: 67).

Esto debe entenderse de ese modo y no como lo entiende el sector administrativista español que la falta expresa de "caso fortuito" ha inducido a que sean resarcibles (Cueto 2006: 434), lo cual ya ha sido duramente criticado por el sector civil español que ha indicado que "una responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Públicas por todos los daños fortuitos que sean realización de riesgos propios de cualesquiera actividades que aquéllas realicen, se trate o no de actividades especialmente peligrosas, me parece un despropósito jurídico y social de primer orden" (Pantaleón 2000: 181).

Constituye caso fortuito cuando ocurre un huayco y obstruye una autopista ocasionado daño a los carros que circulan en ella, pero no cabe admitir como casos fortuitos aquellos eventos que se vinculan estrechamente a la actividad pública que realiza el Estado Ejecutivo, por más que estos retraten de fenómenos naturales de relativa intensidad ya que no revisten ajenidad o externalidad respecto de la actuación pública, por ejemplo, cuando caen piedras de la costa verde y dañan autos que circulan por la autopista de abajo ya que es un hecho natural pero que el Gobierno Local debió prevenir poniendo mallas de protección.

Por otro lado, se considera también dentro del caso fortuito el riesgo del desarrollo, teniendo como imitación la Ley 4/1999 española que introdujo un inciso segundo en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, bajo el siguiente texto:

**Artículo 141. 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 aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Actualmente, con la expedición de la nueva legislación aprobada en octubre de 2015, pero aun será vigente en octubre de 2016, y es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se cuenta con un casi idéntico texto:

**Artículo 34. 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 aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Siendo ello así, el Estado Ejecutivo no respondería de los daños que sean imprevisibles o inevitables conforme al estado de la ciencia y de la técnica en el momento de producirse, de manera que se vincula la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo al incumplimiento de un estándar de diligencia. “Se trata de daños cuya imputación sólo es posible en un momento temporal posterior a aquel en el que se han causado, tras haberse producido un avance científico en el sector de actividad de que se trate. Por este motivo, se alude a ellos con la expresión <riesgos del desarrollo>” (Busto 2002: 1467).

Asimismo, se ha señala que “el estado de la ciencia y de la técnica se configura como el conjunto de los conocimientos científicos y técnicos disponibles objetivamente en el momento de la puesta en circulación del producto en relación con la valoración de la existencia del defecto de que se trate” (Busto 2002: 1468).

Si bien esto es en España, cabe dilucidar si los llamados riesgos de desarrollo obedecen a una disposición legislativa para poder alegarse, y ya es propio del caso fortuito, y que por ende, en nuestro país, podría ser alegado.

Si este supuesto no se deriva del caso fortuito entonces requiere una norma jurídica y por ende actualmente no se aplicaría en el sistema jurídico peruano.

Al respecto, se debe indicar que el nivel de la ciencia sí es una limitante de responsabilidad y puede subsumirse como supuesto de caso fortuito, en tanto elemento externo y no controlable por el dañador.

Es cierto que el continuo avance de la ciencia en todas las ramas de la actividad humana hace que constantemente surjan nuevos métodos para resolver problemas técnicos o científicos, pero cuya eficacia no ha sido del todo comprobada o cubierta sus implicancias totales pero que no debe evitar que se aplique para lograr una mejora en el servicio, que no ameritaría a que se aplique el régimen general de la responsabilidad civil. Un ejemplo de ello es el privilegio de los profesionales en el ámbito de la responsabilidad civil artículo 1762° del Código Civil (responsabilidad por inexecución de obligaciones), que también puede darse cuando no hay obligación civil.



En efecto, los médicos del sistema integral de salud, o frente a una atención de emergencia, en la que no existe un acuerdo privado previo, pueden generar daños y por tanto también deben alegar el riesgo de desarrollo para poder medir su diligencia.

Y en ese punto, es importante aquí ya que entra en ese escenario la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo – Ministerio de Salud y sus unidades ejecutoras (Hospitales).

Bajo la redacción actual ni en la Ley N° 27444 o en la parte de responsabilidad civil aquiliana del Código Civil hace mención expresa de ello, teniendo que deducirse bajo análisis de la diligencia, estando ya en el escenario de un criterio de imputación subjetivo.

Un caso de hecho de imprudencia de la propia víctima es cuando la crecida del río Rímac afecta las casas circundantes cuando el Gobierno Local desde ya tiempo dispuso la prohibición de habitar dichos lugares, pero puede concurrir con la actuación del Estado Ejecutivo cuando no clausura un puente roto y una persona ebria al cruzar se cae. Este supuesto de concausa no está regulado en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General lo cual deberá que ser valorado juiciosamente por el juez, y debería aún más estar regulado expresamente, para evitar mayor o menores responsabilidades del Estado Ejecutivo.

Por lo antes indicado, el Estado no puede ser responsable de robos, terrorismo, muerte en esferas privadas porque el que está en mejor posición o más preparado para evitarlo es el privado. Por otra parte, la agitación social es riesgo típico de la actividad y siendo un derecho la huelga el Estado no puede evitarlo, así que no puede la empresa demandar al Estado, teniendo que asumir los daños que ocasione la huelga.

Sin embargo, no hay que creer que toda obligación de reparar será excluida pues en la medida que el Estado Ejecutivo ha agravado las consecuencias de la causas no imputables podrá ser declarada responsable proporcionalmente por la parte causada por su actuación en la producción del daño.

### **3. El daño resarcible (y como se resarce)**

Ante todo hay que señalar que se habla de un *daño-evento* (lesión del interés tutelado) y de un *daño consecuencia* (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Las violaciones de derechos fundamentales, por ejemplo, no requieren, para ser resarcidas, la acreditación de ningún daño.

En el ámbito de la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, el daño puede provenir de un funcionamiento (normal o anormal) de la actuación o del servicio público. Dentro del funcionamiento anormal que genera daños está por ejemplo cuando no se brinda un servicio público médico porque se celebraba una pollada en el hospital y por ello muere un paciente. Respecto al funcionamiento “normal” que genera daños, estamos a que la actuación es legal pero produce un daño resarcible porque la actuación daña superando las condiciones normales de exigencia de solidaridad en sociedad y por ende no se encuentren sujeto a soportado, en base a las circunstancias y no por el orden jurídico, ya que es una actuación legal, (lo que conlleve que al final no sea un

funcionamiento normal sino anormal, como ya se tuvo la oportunidad de analizar previamente).

Bajo la tradición del derecho civil, existen 2 sistemas de clasificación de los daños:

- El sistema francés se funda en la susceptibilidad o no de efectuar una valorización económica directa del daño. O sea, que la clasificación está pensada en función de la cuantificación. Se diferencia el hecho dañino, el daño y el perjuicio.
- El sistema alemán, por el contrario, parte de la naturaleza del bien jurídico afectado.

En el Perú no se ha seguido la clasificación alemana (daño “patrimonial” y daño “no patrimonial”), sino la francesa (daño “material” y daño “moral”), incluso también para asignar responsabilidad civil aquiliana al Estado.

Los daños materiales son los daños susceptibles de valorización económica directa, son:

“Daño emergente” es la pérdida económica (p.e.la resultante de calcular el valor de reposición de un bien). “la disminución de la esfera patrimonial” del dañado.

“Lucro cesante” es la ganancia frustrada, o sea, la pérdida de una utilidad futura, pero cierta. Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” por el dañado.

Por otra parte, los daños inmateriales es aquel no susceptible de valorización económica directa, y que no producen consecuencias de orden patrimonial, relacionado a consecuencias afectivas dolorosas aunque no siempre es necesario (Salvi 1985: 114), cuando se trata por ejemplo por daños a los derechos fundamentales.

La suma en dinero concedida a título de “daño moral” recibe el nombre de “*pretium doloris*” o “reparación”, atendiendo a que no es, estrictamente, “resarcitoria”, mientras que la voz “daño a la persona” llamada también “daño existencial”, se puede subsumir en la categoría de daño moral o inmaterial, salvo que se haga la distinción entre daño a la persona como daño a los derechos fundamentales (que se resarce por el solo hecho de presentarse) y daño moral como afectación psicológica como consecuencia directa del primer daño (que puede o no presentarse).

Siendo este el esquema que tendría que tomarse en cuenta, en relación a la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, a nivel legislativo, el artículo 238 de la Ley N° 27444 señala lo siguiente:

#### **Artículo 238.- Disposiciones Generales**

238.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

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

238.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

Ante todo, debe tratarse de daño cierto, sea presente o futuro, si están rodeadas de un coeficiente de incertidumbre demasiado importante pues se descartará.

La referencia de daños inmediatos y directos se dispone en el *Codice Civile* que reproduce la expresión usada en el *Code Civil*, y esta fórmula lleva a la mente aquellas del *Common Law* que limitan la responsabilidad a las “consecuencias próximas” con exclusiones de las consecuencias que sean “demasiado remotas” pero “es claro que se trata de fórmulas metafóricas, las cuales no pueden venir tomada a la letra” (Trimarchi 1967: 20).

En efecto, si se interpreta literalmente, limitaría la resarcibilidad solo a los daños inmediatos y directos, por ejemplo, los gastos de curación de la persona afecta por mala praxis médica estatal, el valor de cosa destruida o del animal muerto por construcción de parques o sitios municipales, esto es, daño emergente, lo cual es incorrecto ya que también se resarce lucro cesante (suspensión del negocio unipersonal por descanso médico necesario, la participación de una competencia de velas, por destrucción del velero) que es una figura de daño necesariamente mediato, y que incluso el mismo daño emergente se compone normalmente de daños inmediatos y directos (los ejemplos ya indicados) y de daños que en rigor no podrían decirse que son tales (por ejemplo, la inacción de la máquina para reparar el negocio dañado), pero que lo haría inoportuno excluir la resarcibilidad (Busnelli 1991: 18).

Es por ello que “no parece tener importancia decisiva el hecho que los jueces utilicen para sostener el juicio de resarcibilidad, la expresión daño mediato o inmediato, directo o indirecto, porque, como se ha observado, solamente una vez concluido el examen el daño puede ser calificado como consecuencia directa e inmediata: lo importante es que la indagación se lleve a cabo con el fin de individualizar una conexión causal normal entre el hecho dañoso y las consecuencias perjudiciales” (Pinori 1999: 93), y es por ello que “el carácter de *directo* se refiere en realidad al *nexo de causalidad*” (Le Tourneau 2004: 66).

Además que el mismo artículo 238.5 establece el resarcimiento del daño directo e inmediato así como “las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño”, o sea también a los daños mediatos e indirectos.

Asimismo, cabe anotar que el problema del carácter directo del daño no se plantea cuando los elementos invocados por el demandante son apenas la consecuencia natural del hecho dañoso, por ejemplo la interrupción de una actividad profesional entraña mecánicamente una pérdida de utilidades, pero puede aparecer un elemento perturbador que tiende a modificar el curso normal de las cosas, de ahí que el juez debe apreciar si el vínculo directo que debe existir entre el hecho y daño.

Por otra parte, en Italia existe, o existía, el problema respecto a los daños a los intereses ilegítimos ocasionado por el Estado Ejecutivo (Administración Pública), porque era considerado no resarcible, hasta la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación Italiana, del 22 de julio de 1999, N° 500, que admite por primera vez y con carácter general la posibilidad de que también la violación de intereses legítimos genere la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, y por consiguiente, el resarcimiento del daño.

En palabras de la misma Corte de Casación:

La idea de la “resarcibilidad” no está por tanto definida por otras normas (...), sino por una cláusula general, expresada en la fórmula “daño injusto”, en virtud de la cual es resarcible el daño que presenta las características de la injusticia, esto es, el daño realizado non iure, como aquel inferido en defecto de una causa de justificación, que se resuelve en la lesión del interés legítimo para el ordenamiento (par. 8).

Al objeto de la configuración de la responsabilidad aquiliana no tiene una relevancia determinante la calificación formal de la posición jurídica hecha valer por el sujeto, ya que la tutela resarcitoria viene referida sólo en relación a la injusticia del daño, que constituye una figura autónoma, definida por la lesión de un interés jurídicamente relevante (par. 9).

[el juez] procederá por lo tanto a establecer si el daño verificado es cualificable como daño injusto en relación a su incidencia sobre un interés relevante para el ordenamiento, el cual puede ser indiferente un interés tutelado en las formas del derecho subjetivo (absoluto o relativo), o del interés legítimo (cuando ello resulte funcional para la protección de un determinado bien de la vida, ya que es la lesión del bien lo que es relevante para los objetivos en examen), u otro interés (no elevado a objeto inmediato de tutela, pero) jurídicamente relevante (en cuanto tomado en consideración para fines diversos de los resarcitorios, y por lo tanto, no reconducibles a menos intereses de hecho) (par. 11).

Al respecto, se debe indicar que la calificación de una situación jurídica no puede ser *a priori* un impedimento para otorgar resarcimiento sino a los resultados que conlleve el juicio de responsabilidad civil aquiliana, además dependerá del concepto que uno tenga del derecho subjetivo y el interés legítimo. Por otro lado, no se encuentra objeción jurídica alguna por el cual no tenga que resarcirse estos daños.

En España, a través de la figura de los <derechos públicos subjetivos reaccionales>, se ha pretendido solucionar el problema del resarcimiento de los intereses legítimos (que era problema en Italia), “considerando que, con independencia de la posición de origen, toda intromisión ilegítima de la Administración en la esfera jurídica del particular genera en el momento mismo de producirse un derecho subjetivo del sujeto afectado a ver indemnizados los daños que dicha injerencia ha producido, viendo así restaurada en su posición original la situación lesionada” (Salerno y Moreno 2000: 455), lo cual no resuelve nada (y menos crea un supuesto derecho público ¿? Subjetivo reaccional), ya que hay que diferenciar la situación jurídica afectada merecedora de tutela y la situación jurídica nueva que se crea debido al daño.

En el primer caso puede ser derecho subjetivo, interés legítimo, pérdida de chance pero hay que determinar cuáles son merecedoras de tutela resarcitoria, y en el segundo caso se genera claramente el derecho subjetivo resarcitorio.

En la legislación nacional no se alude expresamente al derecho subjetivo como justificación de resarcimiento, pero a través de una interpretación sistemática de la Ley N° 27444 antes acotada se puede advertir que es merecedor de tutela, tanto el derecho subjetivo como interés legítimo, que son mencionados expresamente en los artículos 51, 60, 105, 107, 109, 203, 206 de dicha norma, a efectos de sean protegidos.

Por otra parte, respecto a las características del daño, los administrativistas han señalado lo siguiente:



En el numeral 238.3 de la Ley, se establece un conjunto de criterios para determinar desde la perspectiva administrativa, el daño que será materia de indemnización. Se afirma en tal sentido, que el daño alegado por el administrado que pudiera ser objeto de resarcimiento, es aquel que se encuentra vinculado a los siguientes requisitos:

- Daño efectivo
- Daño sea valorado económicamente
- Daño individualizado en relación a un administrado o grupo de ellos

Tal como se puede apreciar, la noción de daño administrativo que se utiliza en la ley, si bien se nutre de categorías de orden civil un criterio restrictivo y objetivo en función de las obligaciones que pudieran derivarse en contra de la administración (Martín 2002: 295-296).

Antes que nada, hay que aclarar que no existe obviamente tal “daño administrativo” (otro intento de creación de voz de daño) y menos puede ser de orden restrictivo sin tener en cuenta el resarcimiento que requiera la víctima.

Por otro lado, Morón Urbina (2011: 763-764) también indica que:

Sin daño injusto o lesión antijurídica y efectiva al patrimonio o derechos de los administrados individualizados no existe deber de indemnizar o responsabilidad patrimonial a cargo del Estado. La antijuridicidad o carácter resarcible del daño no vine dado por el autor del acto lesivo sino por la situación particular del afectado, quien no debe tener el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas del hecho sobre su ámbito patrimonial. Si así lo fuera, no cabe hablar de posibilidad de resarcimiento económico, pues sería un sacrificio económico admitido y legitimado por el sistema jurídico.

Si bien aquí ya incluye a derechos, más allá del patrimonio, aun hace referencia a resarcimiento económico solamente y sigue sosteniendo lo siguiente:

(...) el artículo se refiere a otras particularidades del daño inferido cuando afirma que: “El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos”, reconociendo como presupuestos para la responsabilidad estatal la efectividad del daño, su valuación económica y su individualización. Para que el detrimento o menoscabo patrimonial sea efectivo es necesario que sea cierto, constatable e inmediato y no meramente hipotético, posible o especulativo sobre pérdidas contingentes. Incluso el daño futuro o la pérdida de chance pueden ser resarcibles en la medida que el menoscabo inferido sea de inmediato y de necesario acaecimiento y no meramente probable o eventual. (Morón 2011: 764)

Al respecto, se hace necesario sostener de que el daño sea efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos, haría pensar que no sean resarcibles daños a la persona ni daños morales, pero esto ocurre porque el legislador peruano copió la legislación española que a su vez no mejoró su redacción (artículo 122.1 de la Ley de Expropiación Forzosa) y solo mantuvo la legislación anterior que tuvo esa redacción porque se refería exclusivamente a daños indemnizables que afectaban a los bienes y derechos a que constituían su objeto, esto es, los bienes y derechos susceptibles de expropiación, de manera que quedaban al margen de su ámbito objetivo de aplicación los derechos de la personalidad (vida, integridad física y moral, etc.),

en el marco histórico de la irresponsabilidad de la Administración Pública (Busto 2002: 1444).

Entonces, no puede sostenerse de ningún modo que los requisitos de daños sean que sea efectivo, valuable económicamente e individualizado ya esto cabe en la expropiación y no en la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo.

Respecto a que sea efectivo o tener certeza actualmente tiene un noción relativa porque basta que sea muy probable. “La evolución marcante aquí es la generalización de la *probabilidad*, incluso la irrupción de la posibilidad al rango de las condiciones suficientes de la existencia del perjuicio reparable” (Le Tourneau 2004: 67), y respecto a que sea individualizado es claro que el daño debe afectar a una persona determinada que tendrá que demostrar su legitimidad activa a nivel de juicio.

El problema surge cuando se hace referencia a que el daño deba ser “valuable económicamente” porque da entender que el daño ocasionado deba tener carácter económico; es decir, un detrimento o afectación patrimonial es lo que obliga al Estado resarcir, y ello implica a su vez que el Estado repare el daño con dinero (es por ello incluso que los administrativistas llaman a esta responsabilidad “patrimonial”).

Sin embargo, esto es incorrecto e inaceptable, ya que ninguna norma puede restringir el conjunto de daños que el Estado Ejecutivo está obligado a resarcir por su actuación pública, y menos pretender que el Estado Administrador solo otorgue resarcimiento traducido en dinero, porque ello acusa una doble afectación: A la víctima cuando el daño es de carácter inmaterial y requiera atención constante, perdón público, rectificación oficial, y no necesariamente dinero; y, por otro lado, afecta al Estado Ejecutivo ya que se piensa que como tiene un presupuesto público alto comparado con los entes privados nacionales, tiene que ceñirse solo a dar grandes sumas de dinero incluso bajo situaciones en que a los entes privados no resarcen necesariamente con dinero.

Es por ello que el artículo 238.4 requiere ser modificado urgentemente, e incluso ser eliminado, porque no suma a una evaluación adecuada del daño. En dicha línea, que sea efectivo e individualizado es parte consustancial al juicio de responsabilidad civil aquiliana y la valuación económica es abiertamente contradictoria con el artículo 238.5 que resarce tanto daños materiales (daño emergente y lucro cesante), así como daños inmateriales (daño moral -y daño a la persona-).

Por ejemplo, nadie puede dudar que deba existir resarcimiento por daño moral a los padres de estudiantes muertos ocasionada por el uso reglamentario de armas en actos de servicio por militares y policías. También cuando un enfermo mental salta de tercer piso del hospital público psiquiátrico y mata a un transeúnte que era padre de familia, o cuando cae una pabellón de un cementerio municipal a mata a un visitante.

Ello no implica que la justificación se base en el principio de reparación integral de daños, ya que no es un principio y porque jamás se puede volver al estado previo (dicha frase proviene de Francia en alusión a los accidentes de tránsito con el fin de que los jueces impusieran un adecuado resarcimiento).

Cabe anotar que en España se hace referencia a lesión, diferenciándolo de perjuicio, alegando que el primero “será todo perjuicio causado a un particular que éste no

tenga el deber jurídico de soportar” (Cueto 2006: 429), que de por sí son distinciones aparentes, y que no deben tener eco en nuestro sistema jurídico y más aún cuando se parte de la noción de daño.

Por otra parte, respecto a los tipos de daños que serán resarcidos por el Estado Ejecutivo se puede advertir que han incluido todos los daños a los que alude en el Código Civil incluso el daño a la persona, lo que implica la importación de la problemática que se desata a su alrededor, ya que están definidos conforme lo establecido por los civilistas.

De otro lado, ¿cabe daños por pérdida de chance frente al Estado?, Morón Urbina señala en este punto que “incluso el daño futuro o la pérdida de chance pueden ser resarcibles en la medida que el menoscabo inferido sea de inmediato y de necesario acaecimiento y no meramente probable o eventual” (Morón 2011: 764), pero si no puede ser meramente probable entonces no cabe pérdida de chance, ya que justamente la pérdida de chance es la pérdida de la probabilidad actual de un resultado beneficioso.

### 3.1 Resarcimiento del daño

Se estima valorizando los daños ocasionados (daños materiales: daño emergente, lucro cesante) y/o fijando un valor según el criterio de equidad (daños morales: padecimiento anímico-dolor o violación de derechos de la personalidad) que no varía si el dañante es ente privado o ente público, y por ello no justifica que el Estado Ejecutivo pague más por ser *potentior persona*, ¿o qué daña más fuerte: atropellan los vehículos públicos más sanguinariamente que los privados, lesionan los trozos de cornisa que caen de los edificios ministeriales más que los que caen de las sedes bancarias? (Pantaleón 2000: 183).

Existen modos de resarcimiento, en primera lugar se tiene al *resarcimiento en forma específica o in natura o in pecunia numerata*, a través de la reconstitución, en línea de principio, de la situación material anterior a la producción del daño (aquí opera la ficción porque en verdad nunca se puede volver a la situación anterior). Sin embargo, este tipo de resarcimiento engloba, además, otros supuestos: un ejemplo de resarcimiento en forma específica que no reconstituye la situación anterior, pero alivia a la víctima (o la desagravia), es el de la publicación de una sentencia condenatoria.

Asimismo, según De Trazegnies (2001: 63):

(...) la indemnización en especie es la más perfecta cuando se trata del daño a una cosa, ya que cumple a cabalidad el principio de la *restitutiones in integrum*; Sin embargo, a pesar de su mayor plenitud reparativa, la indemnización en especie presenta indudablemente numerosos problemas prácticos. Piénsese simplemente en las dificultades para reponer de manera equitativa una cosa usada que ha sido inutilizada por el daño: o se repone con una cosa nueva (lo que enriquecería indebidamente a la víctima) o se busca una cosa con desgaste equivalente (lo que es bastante subjetivo).

En efecto, si el Estado Ejecutivo destruye una casa prefabricada por error, no puede la víctima exigirle una casa de cemento, aunque sea ésta la necesaria para vivir debido a la ubicación del lugar. Con mayor razón cuando se trata de bienes muebles que siempre tienden a devaluarse, por lo que la entrega de un bien de igual características puede darse pero no del mismo valor económico.

Además, la reparación *in natura* es un derecho y no una obligación de la víctima, que puede escoger el tipo de reparación que más le convenga, según el caso, para borrar (en la mayor medida posible) los efectos del daño; sin embargo, si el responsable ofrece reparar en especie, la víctima no puede negarse a aceptar (De Trazegnies 2001: 67).

En el marco de daños materiales, el Estado Ejecutivo a diferencia de un particular no está en condiciones de resarcir en forma específica porque implica comprar un bien para entregarlo al dañado, y ya de por sí tiene demasiados procedimientos administrativos para poder adquirir bienes y servicios, conforme las normas de contrataciones necesariamente aplicables, y aunque lo hiciera generaría el problema de la diferencia de valor, y otorgar un resarcimiento excesivo, lo que conllevará a que el juez, aun en contra de la víctima, ordene que el resarcimiento sea por equivalente o reducir la medida del resarcimiento (Visintini y Pinori 1999: 21).

No obstante, esto no es aplicable frente a la pérdida de derechos reales sobre bienes que no son reemplazables (bien inmueble que hace de hogar), que requieren ser recuperados sin importar el costo económico que actualmente ocasione.

Lo mismo ocurre cuando son daños inmateriales en las cuales debe optarse necesariamente por el resarcimiento por equivalente, que consiste en la compensación económica a la víctima. Se distingue dos situaciones: “por un lado, cuando el daño ocasionado puede ser evaluado en dinero, adquiriendo el carácter de compensatorio; lo contrario es cuando el agravio no puede medirse en términos económicos, en cuyo caso, el dinero adquiere un rol de satisfacción” (Morales 2005: 192).

Pero el resarcimiento por equivalente cuando el Estado Ejecutivo es el dañante tiene mayor diversidad a diferencia de los privados, porque siendo titular de diversos bienes, y de servicios públicos puede otorgar compensaciones que ayudaría a la víctima a retomar su vida económica o social en vez que otorgar necesariamente dinero.

Así, el reconocimiento del daño ocasionado por parte del Estado Ejecutivo puede asegurar al actor una satisfacción vinculada a la naturaleza del bien lesionado, así como una divulgación amplia y oficial, haciendo que tal reconocimiento puede eliminar los efectos permanentes del daño moral, añadido a una reparación pecuniaria simbólica, así como dar bienes inmuebles con fines de vivienda, servicios de salud gratuitos, educación gratuita, etc.

Por ejemplo, se tiene el caso de responsabilidad civil por errores judiciales en los procesos penales y detenciones arbitrarias se personas acusadas de terroristas pero que siendo inocentes se les liberó, y ante ello el Estado presentó una rectificación pública, así como servicios educativos a los hijos de las víctimas que fallecieron, servicios de salud, así como un bien inmueble con fines exclusivamente de vivienda formando la “Asociación de Vivienda Hubert Lansiers”.

En efecto, mediante Decreto Supremo N° 002-2002-JUS se creó la Comisión Especial de Asistencia a los Indultados Inocentes (CEAI), la misma que se encargó de diseñar y poner en práctica un Programa Integral de Reparaciones No Dinerarias a favor de los beneficiarios de las Leyes N° 26655 y N° 27234, así como a los familiares de estos.

Mediante Decreto Supremo N° 005-2002-JUS se conformó la Comisión Especial de Trabajo Interinstitucional para el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión



Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), contenidas en el comunicado conjunto suscrito con el Estado Peruano, el 22 de febrero de 2001, a la cual se le encargó realizar el seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por la CIDH y diseñar un Programa Integral de Reparaciones No Dinerarias a favor de las víctimas y/o familiares a las que se hace referencia en los informes de la referida Comisión.

A partir de los Informes Finales de ambas comisiones, se estableció un Programa Integral de Reparaciones No Dinerarias en materia de salud, vivienda, educación, entre otras, y se acordó el otorgamiento de viviendas a favor de los beneficiarios del Decreto Supremo N° 002-2002-JUS y del Decreto Supremo N° 005-2002-JUS, como forma de reparación.

En tal contexto, mediante Decreto Supremo N° 014-2006-JUS, se autorizó al Ministerio de Justicia [y Derechos Humanos], en representación del Estado peruano, a adoptar las acciones necesarias para efectuar la transferencia a título gratuito del Sub Lote 1-A que resultó de la subdivisión e independización del referido Sub Lote N° 01, y que figura inscrito en la Partida N° 12168463 del Registro de Predios de la Zona Registral N° IX - Sede Lima de la Oficina Registral Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), a favor de los beneficiarios a los que se refiere el Decreto Supremo N° 002-2002-JUS, que conforman la Asociación de Vivienda Hubert Lanssier, cuya relación se detalla en el Anexo 01 del Decreto Supremo N° 014-2006-JUS.

Y para que esto cumpla la finalidad del resarcimiento, en el artículo 4 de dicha norma se establece que “los documentos de formalización de la transferencia de propiedad que se autoriza mediante el artículo 1 del presente Decreto Supremo deberán consignar de manera expresa que la misma se realiza con la limitación de destinar el inmueble única y exclusivamente a fines de vivienda, a favor de los beneficiarios a los que se refiere el D.S. N° 002-2002-JUS, bajo sanción de reversión a dominio del Estado”.

Por otro lado, un buen ejemplo de diversidad de modos de reparar a la víctima, aunque a nivel de indemnización y no resarcimiento, es en la Ley N° 28592 y su Reglamento, donde se advierten los siguientes programas en el Plan Integral de Reparaciones:

- a) Programa de restitución de derechos ciudadanos.  
(Regularización de desaparecidos, de los indebidamente requisitorizados por terrorismo y traición a la patria, anulación de antecedentes de los indultados inocentes, regularización de las personas indocumentadas, de los derechos sucesorios y saneamiento legal de la propiedad mueble e inmueble).
- b) Programa de reparaciones en educación.  
(reserva de vacantes en los exámenes de admisión en instituciones educativas de nivel técnico y superior, exoneración de pagos de matrícula, pensiones en instituciones educativas públicas de nivel básico, técnico y superior, otorgamiento de becas, acceso prioritario a educación para adultos y capacitación técnico productiva, y a oportunidades de calificación laboral adecuada)

- c) Programa de reparaciones en salud.  
(Atención en los servicios públicos de salud, recuperación integral desde la intervención comunitaria, desde la intervención clínica, inclusión en las políticas públicas de salud, mejora de la infraestructura de atención en los servicios de salud)
- d) Programa de reparaciones colectivas.  
(saneamiento legal de las comunidades, instauración de las autoridades y poderes locales, capacitación en derechos humanos, recuperación y reconstrucción de la infraestructura económica, productiva y de comercio, apoyo al retorno, reasentamiento y repoblamiento, la recuperación y ampliación de infraestructura de servicios básicos de educación, salud, saneamiento, electrificación rural)
- e) Programa de reparaciones simbólicas.  
(Disculpas públicas, actos de reconocimiento, recordatorios a los héroes de la pacificación, inclusión como héroes por la paz a las víctimas fallecidas inscritas en el RUV)
- f) Programa de promoción y facilitación al acceso habitacional.  
(construcción y adjudicación de viviendas, apoyo a la reconstrucción y rehabilitación de viviendas rurales, saneamiento legal de la propiedad de la vivienda, fomento y apoyo para la ubicación de las familias desplazadas internas en situación de alojados en los asentamientos elegidos en coordinación con los gobiernos locales, fomento, apoyo financiero y asesoría técnica para la autoconstrucción de las viviendas de las familias desplazadas internas que cuentan con viviendas precarias y provisionales)
- g) Programa de Reparación Económica.  
(Conforme lo dispone el artículo 38 del Reglamento de la Ley N° 28592, el Consejo de Reparaciones determina e identifica a los beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas).
- h) Otros programas que la Comisión Multisectorial apruebe.

Esto conlleva a apreciar que no puede entenderse el resarcimiento solo como sinónimo de dinero sino que, en aras de cumplir justamente la función resarcitoria de la responsabilidad civil, debe diversificarse la forma de resarcimiento según el tipo de daño ocasionado y según la manera en que mejor pueda la víctima dejar de ser víctima, y seguir con el desarrollo de su vida.

En efecto, se puede apreciar que resulta más adecuado para la víctima que el Estado Ejecutivo otorgue beneficios dirigidos a mejorar la vida de la víctima en el marco de sus posibilidades reales teniendo en cuenta las condiciones y atribuciones que tiene, y que los privados no tienen o no podrían asumir, como ser el titular de diversos servicios públicos que podría ayudar a la víctima de mejor forma que solo dinero (y que muchas veces no son usados para recuperarse a sí mismo), es por ello que se propugna para que legislativamente se establezca las formas de resarcimiento que el Estado Ejecutivo le estaría permitido reparar el daño, dejando en último término la entrega de dinero.

Además, la factibilidad de que el Estado Ejecutivo otorgue montos económicos resulta complicado ya que los límites presupuestales que se fijan cada año fiscal no están proyectados para asignar presupuesto para pago de resarcimientos, pero no significa que no exista crédito presupuestario, por tanto no pueden dejar de pagar las sentencias de reparación civil.

Para afrontar ello, se expidió el Decreto Supremo N° 175-2002-EF que establece “disposiciones de carácter administrativo y presupuestal para la atención de obligaciones de dar sumas de dinero a cargo del Estado” que señala lo siguiente:

**Artículo 1- Atención de Obligaciones de Pago**

Las Obligaciones de Pago, deberán ser atendidas única y exclusivamente con cargo a la asignación presupuestal disponible del Pliego Presupuestal.

**Artículo 2.- Límite para la Atención de las Obligaciones de Pago**

El Pliego Presupuestal sólo podrá disponer hasta un 3% de la asignación presupuestal anual, con cargo a la Categoría del Gasto 5 Gastos Corrientes, en el Grupo Genérico 3, Bienes y Servicios, de la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 42.3 del artículo 42 de la Ley N° 27584.

Pero frente a una sentencia o un laudo que establezca responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo e imponga un resarcimiento que acumulado con otras sentencias en un mismo periodo puede generarse el riesgo de que sobrepase el límite y no pueda ser pagado en su oportunidad, por el cual aún más tiene sustento de que el Estado efectúe acciones de recuperación de las lesiones a los derechos de las personas y en su defecto otorgarle montos económicos, el cual tiene que imponerse el resarcimiento en atención a la función resarcitoria y preventiva y en menor grado punitiva porque ya viene siendo cubierta por los distintas responsabilidades que es sometida la entidad pública (administrativa, funcional, penal) y que no se aplica en los privados.

Por otro lado, la Administración Pública no solo está compuesta por entidades estatales, hay otras que no lo son pero desempeñan funciones administrativas. “En este caso no existe consideración alguna respecto al presupuesto público que pueda tomarse en cuenta. Es el caso de los colegios profesionales, por ejemplo, los mismos que no se encuentran sustentados por el presupuesto público” (Guzmán 2011: 383).

Por último, para calcular el resarcimiento no puede basarse en la condición del sujeto: Estado Ejecutivo, sino en el grado de daño sufrido en forma estricta, lo cual dependerá si estamos ante daños materiales e inmateriales.

Asimismo, dependerá si el hecho dañoso proviene solo de un mal servicio público en su aplicación o proviene de la misma manera como se ha estructurado.

De igual forma, tener en cuenta la presencia de concausa que conlleva a que el resarcimiento del Estado Ejecutivo sea proporción a su participación del hecho dañoso. De igual modo, como se ha advertido, permitir que el resarcimiento que el Estado Ejecutivo deba de cumplir esté compuesto por el ofrecimiento de servicios públicos o bienes estatales que sean de interés de la víctima pero más importante, que efectivamente lleven a un equilibrio de su vida social afectada por el daño, y no solo traducirlo en dinero en efectivo, que no siempre es la mejor solución, y menos en daños que no se pueden reparar en dinero.

Así, se debe partir que primero se otorgue el restablecimiento de todos los derechos vulnerados como consecuencia del hecho dañoso y la devolución de la víctima a la situación anterior a la vulneración de sus derechos en lo que fuera posible.

Asimismo, tratándose de bienes económicamente valorizables, la restitución del bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de estos para reclamar su valor contra quien corresponda. Si no es posible la restitución física del bien, el pago de su valor.

De igual forma, también el resarcimiento puede comprender una declaración oficial orientada a restablecer la dignidad, la reputación u otros derechos de la víctima o de las personas estrechamente vinculadas a ella, conmemoraciones u homenajes a las víctimas si el hecho dañoso fue de gran envergadura con muchos dañados, la publicación de la sentencia en los portales virtuales del Poder Judicial y de las entidades involucradas en el caso concreto o las que estime pertinente el juez, y por qué no, una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.

#### **4. El criterio de imputación que se ha optado legislativamente (una primera aproximación)**

Ante todo se debe indicar que la responsabilidad objetiva es “la situación en la que alguien, señalado por ley y ante la verificación de un presupuesto normativo, tiene que responder, sin más, frente al damnificado” (Fernández y León 2007: 65).

Siendo ello así, se ha indicado que “la idea de que la administración responde directamente de los actos del personal que se encuentre a su servicio, no es una regla específica de la llamada responsabilidad de derecho privado, sino que es una regla de la total responsabilidad de las administraciones públicas” (Diez Picazo 1999: 62).

En tal contexto se debe analizar los criterios de imputación que se aplica a la responsabilidad civil aquiliana de la Administración Pública (Estado Ejecutivo) abordado en todo el artículo 238 de la Ley N° 27444.

Al respecto, se ha indicado en sede nacional lo siguiente:

Este régimen es una verdadera respuesta frente a las carencias que plantea la responsabilidad civil (aquiliana) por daños, contruidos sobre la base de la culpa o negligencia del causante, pues esta última resulta desequilibrada para atender las afectaciones patrimoniales causadas por las actividades propias de la Administración Pública, marcadas en toda su extensión por las potestades y privilegios habilitados por el ordenamiento a esta organización del poder público, los cuales son completamente distintos al ejercicio de derechos y libertades presentados en las acciones de los particulares. (Vignolo 2011: 382-383).

No obstante, esta apreciación es incorrecta debido a que la responsabilidad civil no excluye a la responsabilidad objetiva, y si bien es cierto que la culpa no puede ser el criterio único para determinar la responsabilidad al Estado, tampoco puede decirse que lo objetivo sea el único criterio.



Por otra parte, Morón Urbina señala lo siguiente:

Los factores de atribución normalmente usados son el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración en relación con sus estándares admisibles técnica o legalmente (comúnmente denominada la falta del servicio) y el riesgo creado por la acción estatal (responsabilidad por riesgo o por enriquecimiento sin causa). Son ejemplos típicos de factores de atribución por funcionamiento anormal del servicio, la ausencia de servicio público prestado por el Estado, mala señalización de una vía pública, fugas en las redes de servicios públicos de agua, embargo y disposición de caudales o recursos cuando no existe deuda, etc. Actuaciones desproporcionadas de la fuerza pública que causan daños a la propiedad privada, demolición mal efectuada que daña construcciones vecinas, etc.

Como se puede apreciar, la responsabilidad patrimonial de la Administración se genera de manera objetiva, sin que sea indispensable requerir que medie dolo o culpa en la acción u omisión de sus autoridades; estos son factores a considerar para efectos de la cuantificación de la compensación.

Al respecto, lo indicado es confuso, errado, e impreciso, ya que el funcionamiento anormal solo denota la actividad pero no el criterio de imputación aplicable, y el riesgo creado solo ocurre por el tipo de actividad (que no tiene que ver con el enriquecimiento sin causa), no siendo un fundamento para establecer el criterio objetivo en todos los supuestos de responsabilidad; por el contrario, el riesgo solo en un supuesto excepcional, que tiene pertinencia en ciertas actividades, que aun estando presente debe apreciarse de modo distinto.

En efecto, mientras el riesgo que crean los particulares depende de la autonomía de la privada, pues cada persona privada es libre para adoptar la decisión de asumirlo, el Estado se encuentra en una posición distinta al hallarse obligado a asumir el conjunto de riesgos, prácticamente infinitos, que provoca su actuación en la esfera de los ciudadanos (Cassagne 2013: 148), es por eso que el riesgo creado se limita a supuestos muy particularizados como las actividades peligrosas.

Respecto a los ejemplos se percibe que no requiere culpa, pero antes hace referencia a estándares de técnica, que aludiría a un estándar de diligencia; esto es, a la noción de culpa objetiva, además que actuaciones desproporcionadas, demolición mal efectuada, denota que tenga que recurrirse al comportamiento del agente.

No obstante, se puede indicar que la regulación citada desarrolló en sus inicios la idea de una responsabilidad objetiva casi absoluta, cuando solo planteaba como causa no imputable al caso de fuerza mayor, pero luego se incluyó otras causales como hecho determinante del administrado damnificado o de tercero, y el caso fortuito, siendo las causas completas de la causa no imputable, en el marco aun de la responsabilidad objetiva (llamada por ello también semiobjetiva).

Pero luego se introdujo otros elementos de exoneración de responsabilidad aunque no ligados necesariamente al elemento objetivo sino que tendría que tomarse en cuenta la conducta del agente para determinar responsabilidad en el Estado Ejecutivo.

Empero, se ha partido que “presentada la demanda por el afectado, en la que se deberá especificar, entre otros extremos, la presunta relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento del servicio público, el órgano competente

impulsará el procedimiento de oficio en todos sus trámites, que concluirá mediante resolución que se pronunciará sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización” (Guzmán 2011: 345).

Esta regulación nacional tiene su fuente de importación española, teniendo por tanto regulaciones similares, que señalan que tanto en funcionamiento de los servicios públicos se es responsable sin mediar culpa, y sin probar que el servicio público se haya realizado de manera anómala, generando mayor protección al administrado bajo el ámbito comparado, pero se ha indicado también que es uno de los más caros de los existentes en los países del entorno jurídico-cultural de España, lo que se hace más evidente al extender tal régimen de responsabilidad civil a todos los daños ocasionados en el marco de la prestación de servicios públicos, sin que el incremento de reclamaciones inherente a todo sistema de responsabilidad objetiva conlleve, en el caso de la Administración, un descenso del número de accidentes, lo que se traduce en un incremento de los costos terciarios (gestionar los costos primarios y secundarios) (Busto 2002:1459), lo cual conlleva a que se genere la siguiente pregunta: ¿si este sistema es costos para un país europeo, por qué elegir dicho sistema para un país como el nuestro?.

Además, la responsabilidad civil aquiliana de la Administración Pública no es exclusivamente objetiva, muchas veces es vicaria (Es responsable la entidad si se demuestra la culpa del dependiente). Un ejemplo de ello es la responsabilidad civil de los hospitales públicos y médicos (dependientes) para el caso de profesionales dependientes, en que el artículo 48° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud establece que:

El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece.

Ante tal escenario, que solo es un ejemplo, resulta preciso delimitar una frontera de los daños resarcibles, fundamentalmente en la determinación del criterio de imputación objetiva frente al funcionamiento de los servicios públicos.

Esto debe realizarse dentro del marco de que “nunca puede reducirse la responsabilidad objetiva a responsabilidad por la mera causalidad; para arribar a esta conclusión, debe bastar el análisis de los supuestos de responsabilidad objetiva por hecho ajeno, en donde claramente se puede hallar un responsable que no sea causante del daño” (Fernández y León 2007: 68).

Para poder demostrar ello, se debe analizar algunos principales supuestos de daños del Estado Ejecutivo para advertir si funciona la aplicación del criterio de imputación objetivo como alude la ley.

## CAPÍTULO V

### CRITERIO DE IMPUTACIÓN APLICABLE EN LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL ESTADO EJECUTIVO EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

#### 1. Criterio de imputación en la comparación jurídica respecto a esta responsabilidad en atención al sistema jurídico peruano

Si bien la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo es en principio una institución forjada históricamente, no lo es base en el derecho romano, sino que surge con la edad moderna, en países europeos, en la cual la regulación y aplicación no es uniforme en la tradición romano - germánica, particularmente en el sistema italiano, alemán, francés y español, que como efecto del desarrollo jurisprudencial, legislativo y doctrinario en los últimos 50 años, ha llevado a un cambio de orientación tanto en la naturaleza, estructura y campo de aplicación, pudiendo encontrarse tanto semejanzas como importantes diferencias con nuestro sistema jurídico nacional, teniendo por objetivo este trabajo justamente demostrar dichos cambios y apreciar si los mismos pueden ser tomados en cuenta o por el contrario advertirse que no son convenientes o necesarios en nuestra sistema.

En efecto, en más de los veinticinco años, tiempo en el que ha estado vigente nuestro Código Civil, y más de diez años desde la expedición de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se han producido cambios en el mundo jurídico que nuestros legisladores no pudieron prever, cambios que un código o ley que pertenece a un tiempo determinado, no puede comprender y necesita ayudarse de la doctrina y la jurisprudencia, más en institutos de defectuosa regulación como el tema aquí investigado, y es el objetivo de nuestro trabajo, de hacer un estudio crítico para una mejor comprensión del fenómeno y ver su adaptación en la realidad, para proyectar su cambio en la presente y futura reforma del Código Civil peruano y/o leyes especiales, y para lo cual hacemos la siguiente pregunta: ¿puede el sistema jurídico italiano, francés, alemán y español advertir nuestros errores y plantearnos adecuadas soluciones?.

Para ello se utilizará el método comparativo que apunta al conocimiento crítico de nuestro propio sistema jurídico en base a la enseñanza que se puede extraer de la mirada dirigida sobre el sistema jurídico italiano, llegando a la indefectible conclusión que nada tiene valor universal, porque una transferencia de modelos jurídicos, con el tiempo van

tomando distancia de su punto de origen en base a una determinada sociedad y cultura, sea evolucionado o involucionando la institución importada.

Para ello, previamente se requiere apuntes respecto al derecho comparado que “es un tipo de análisis jurídico cuyas finalidades se han ido alternando en la historia. Si dicho análisis es una disciplina autónoma o si se trata de un método de investigación aplicable a otras disciplinas consolidadas es un debate que ha acompañado al Derecho comparado desde su nacimiento” (De la Sierra 2004: 25) postulando varias maneras de concebirla y aplicarla.

Al hablar de derecho comparado no puede ceñirse a la comparación de leyes (que son solo una apreciación abstracta de un fenómeno jurídico en un tiempo y espacio determinado), sino abarcar el desarrollo de las instituciones jurídicas tanto a nivel doctrinario, jurisprudencial, normativo, y de apreciación y realización en una sociedad determinada con el transcurrir del tiempo.

A este conjunto es llamado “familia jurídica” (David 1973: 10) o “tradición jurídica” (Merryman 1971: 15) que se presenta como “un conjunto de comportamientos profundamente enraizados, históricamente condicionados, sobre la naturaleza del derecho, sobre el rol del derecho en la sociedad y en la estructura política, sobre la organización y el funcionamiento de un sistema jurídico y sobre el modo en el cual el derecho es (o debe ser) creado, aplicado, estudiado, perfeccionados y enseñado” (Somma 2006: 200). Que difiere de la noción de sistema jurídico, si se le define “como un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas” (Somma 2006: 200) y no como “algo real e históricamente presente”, expresión última que redefine la concepción de “sistema jurídico” (Gambaro y Sacco 1996: 22).

La comparación presupone evidentemente la certeza que existe una pluralidad de modelos jurídicos, pero ella va más allá de este simple reconocimiento. Si ella dirige su atención hacia esos múltiples modelos, lo hace para establecer en qué medida los modelos son idénticos, y en qué medida son diferentes. En términos más simples, ya que la identidad de los modelos puede ser representada con la idea de una diferencia igual a cero, la comparación consiste en medir las diferencias que existen entre una multiplicidad de modelos jurídicos (Sacco, citado por Somma 2006: 9).

Se ha advertido en doctrina que la expresión más idónea no es “derecho comparado” sino “comparación jurídica” porque “no hay, evidentemente ningún área del ordenamiento jurídico susceptible de ser catalogada como derecho comparado, en el sentido en que se utilizan las expresiones derecho civil, derecho administrativo o derecho de seguros. No existe, en sentido jurídico, ningún derecho comparado” (Osuna 1992: 107). Es por esta razón, probablemente, que los juristas alemanes usaron el término (*die*) *Rechtsvergleichung*, el cual connota un proceso de comparación (la acción de comparar derecho) (Tamayo 1988: 1356).

Cumpliendo con la requisito de la comparación próxima (clasificación desarrollada por Duverger (1974) se ha escogido sistemas jurídicos que pertenecen a la misma tradición jurídica romano – germánica, y que la responsabilidad civil aquiliana del Estado pertenece al campo del derecho civil tanto en los sistemas alemán, francés, italiano, más en el sistema español es catalogado como parte del campo del derecho administrativo, como el peruano, reconociéndose como fuentes importantes la legislación (fuente jurídica privilegiada), apoyado en su interpretación por la jurisprudencia, doctrina y demás rasgos propios de la



tradición jurídica, respetando la terminología jurídica de los sistemas, que se acentúa por la diferencia de idiomas, teniendo por ello cuidado en la traducción de los fuentes consultadas, y que no se centrará solo en el estudio del derecho extranjero porque ello no es realizar comparación jurídica (Tamayo 1988: 1363). Ello “permite conocer y desarrollar los diversos estilos de realización jurídica del fenómeno humano” (Ciuro 1989: 1086).

## 1.1. España

Como se ha podido apreciar en el transcurso de este trabajo, este sistema jurídico ha servido de modelo (de importación) para la regulación del sistema jurídico peruano (Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), de quien tomó la idea de una responsabilidad objetiva absoluta pero que se ha ido modulando con las siguientes reformas.

Brevemente se puede señalar que su punto normativo de partida es la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, donde se regula la responsabilidad de la Administración Pública, a diferencia de nuestro sistema que nunca se ha regulado en las normas relativa a la expropiación (actualmente Decreto Legislativo N° 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura (de agosto de 2015).

Actualmente, el régimen legal se contiene en la Ley N° 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común empezando por el artículos 139 que señala lo siguiente:

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.

El artículo 141.1 de dicha norma agrega que “daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.

Posteriormente, se ha reforzado con la nueva legislación aprobada en octubre de 2015, pero aun será vigente en octubre de 2016, y es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone lo siguiente (se aprecia en el texto del artículo 139 y 141.1 se ha unido en uno solo):

### **Artículo 32. Principios de la 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Como en cualquier Código Civil, se establece la regla general de que aquel que ocasiona un daño está obligado a resarcirlo, incluso cuando es por hecho de terceros si es que éste actuó bajo las órdenes de alguien (responsable), siendo uno de ellos el Estado, pero con la ley especial se determinó que la Administración debe responder por hecho propio,

dado que el funcionario es un órgano de la Administración, quedando lo estipulado en el Código Civil como una responsabilidad más que puede asumir el Estado.

Al igual que en Francia se parte de la fórmula “funcionamiento normal o anormal de un servicio público”, que abarca toda la actividad pública posible (tanto volitiva como material), y parten de la antijuridicidad como elemento importante del daño, como efectivo, económicamente valuable e individualizado con relación a una persona, que también ha sido seguido de dicho modo en nuestra legislación peruana.

Respecto al papel de la culpa se ha indicado lo siguiente:

Naturalmente, la ilegitimidad o anormalidad de la acción administrativa de la que se deriva un daño antijurídico se comprobará más fácilmente si se identifica primero el comportamiento culposos o doloso del funcionario causante material del daño. Sin embargo, tal comportamiento culpable no es en absoluto necesario para determinar la objetiva ilegitimidad de la actividad administrativa, cuya existencia y valoración concretas se realizan efectivamente en el <hecho lesivo>, con independencia del comportamiento personal del funcionario. (Leguina 1983: 170)

Sin embargo, se puede sostener que esta ausencia de culpa con el transcurrir del tiempo ha recobrado un papel para la búsqueda de la responsabilidad civil aquiliana del Estado a nivel nacional y también español. “Así, los tribunales afirman el carácter objetivo de la responsabilidad en sus pronunciamientos, pero a renglón seguido suelen buscar alguna razón que justifique la imputación de una conducta dañosa a la Administración. El criterio puede ser la ilegalidad de la actuación o la culpa de la Administración” (Diez 2012: 67), que alude a la inobservancia de un estándar objetivo de cuidado o servicio en una determinada actuación.

Eso conlleva a que cuanto se trate de una actuación estatal que daña por infracción normativa se usa el criterio objetivo (eximiéndose por causas no imputables) y cuando sea material se usa criterio subjetivo, (eximiéndose además por ausencia de culpa, esto es, seguir una conducta diligente).

Un caso curioso es la teoría del margen de tolerancia aplicada en varias oportunidades por el Tribunal Supremo Español, consistente en una eximente de responsabilidad civil del Estado Ejecutivo, en la cual el ciudadano tiene el deber de soportar el daño causado aún por un acto ilegal cuando la interpretación sostenida por la Administración era razonada y razonable, aunque un Tribunal haya anulado el acto con posterioridad, aplicable solo en los supuestos en que la Administración ejerce potestades discrecionales o integra conceptos jurídicos indeterminados en un contexto normativo o fáctico complejo. (Ej. Interpretación de conceptos poco claros o complejos para la concesión de una licencia de apertura de farmacia o para la imposición de una sanción). Pero esto también puede llevar a que la complejidad se deba a la incompetencia de la misma entidad, por lo que solo podría circunscribirse a una oscuridad en la interpretación por el mismo texto normativo.

Como se puede apreciar “es evidente que introduce un criterio culpabilístico en la determinación del deber indemnizatorio de la Administración” (Diez 2012: 70), ya que se apoya en la diligencia del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones, más allá de la legalidad o no de su actuación, debiendo responder cuando el daño se genera por una

actuación ilegal por negligencia de la Administración Pública, que obviamente contradice el carácter objetivo de las normas españolas.

Si bien podría generar indefensión a la víctima que el Tribunal Español ha indicado que “la derivación de responsabilidad de la mera anulación de un acto, que ha producido un perjuicio, produciría un grave riesgo de paralización de la actividad administrativa, con lesión de los intereses públicos” (STS de 24 de enero de 2006) o que “podría generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones” (STS de 31 de enero de 2008), pero ello no es seguido de forma unánime en la jurisprudencia española aunque ello no lo descarta para encontrar soluciones razonables en determinados supuestos.

## 1.2. Italia

“El régimen de la responsabilidad civil de la Administración Pública en el ejercicio de sus competencias no solo ha sido incorporado de manera unitaria dentro del esquema aquiliano, sino sobre todo se ha endurecido dentro de cánones extremadamente restrictivos, que han desarrollado parcialmente las posibles interpretaciones y las potencialidades expansivas de una fórmula general, que es precisamente el ilícito extracontractual” (Avanzini 2007: 64).

En tal contexto, se parte del artículo 28° de la Constitución italiana de 1948 (“Los funcionarios y los dependientes del Estado y de las entidades públicas son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados en violación de los derechos. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos”), y luego del Código Civil, en la cual se desarrolla la responsabilidad civil desde el punto de vista de la víctima y no del agresor, por lo que también se le aplica la regla general de no dañar a otros o caso contrario resarcir estipulado en el artículo 2043 (que viene inspirado del Código Civil francés). En tal contexto, “se dispone la resarcibilidad de todo daño injusto causado a un particular, con lesión de su patrimonio, por el ejercicio de la actividad de los entes públicos” (Leguina 1983: 180), bajo la responsabilidad civil aquiliana.

Si bien se indica que se resarce los actos realizados con lesión de derechos, ya se apertura la noción de resarcir la lesión a intereses legítimos, lo cual ocurre así en nuestro sistema jurídico, como ya se ha anotado líneas atrás, porque lo que importa es la afectación a una situación jurídica (sea derecho subjetivo o no) que sea resarcible y que genera el derecho subjetivo de resarcimiento. Y cuando se refiere a actos, se debe entender como actuación administrativa y no como “acto administrativo” en sentido estricto.

Se hace una remisión a las normas de Derecho Privado, para obtener los criterios jurídicos que permitan establecer la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, lo cual resulta imperativo que sea entendido de esa forma en Perú, porque no puede entenderse esta responsabilidad solo con la Ley N° 27444, sino junto con el Código Civil, al igual que lo hace Italia.

Respecto al criterio de imputación, se rige como toda responsabilidad por supuestos bajo culpa y de forma excepcional por criterios objetivos, lo cual significa que queda sujeto a los mismos esquemas que a los particulares, cualidad que se considera

adecuada pero se estima que también debe tenerse en cuenta aspectos diferentes según su posición como ente público.

Se ha indicado que “el requisito de la culpa se ha visto reforzado, además, por la reciente jurisprudencia de la Cassazione (sentada en la Sentencia 500/1999, de 22 de julio), que ha insistido en la necesidad de que la misma concorra para que nazca la responsabilidad administrativa y ha acabado con la presunción –en la práctica *iuris et de iure*- de culpabilidad de los actos administrativos contrarios a Derecho existente durante mucho tiempo en dicho país” (Mir 2001: 177). Esto puede traducirse en que ya no tenga que sostenerse que se presume culpable al Estado por los daños ocurridos sin antes probarse la culpa en todos los casos.

La referida Casación señala en su f.11, los requisitos de la responsabilidad de la Administración según la nueva interpretación del artículo 2.043 del *Codice Civile*: 1) existencia de un daño; 2) calificación del daño como injusto; 3) existencia de relación de causalidad entre el daño y una conducta positiva u omisiva de la Administración; y, 4) imputabilidad del daño a dolo o culpa de la Administración.

Al respecto, siendo el sistema jurídico peruano similar al italiano (imitación por admiración) puede partir de este esquema, pero tendrá que sopesar con la legislación especial administrativa y llegar a un punto medio.

Entonces, en Italia, la responsabilidad civil aquiliana de la Administración Pública se produce por un acto administrativo contrario a derecho, que en principio tendría que cuestionarse a nivel administrativo, pero con la Casación citada ya no resultaría necesario. Respecto a la mera constatación de contrariedad a derecho para la culpa de la Administración, puede conllevar a una responsabilidad objetiva ya que presumida la culpa es como si no se requeriría, lo cual no es cierto porque cuando la actuación de la Administración sea contraria a las normas, no será responsable cuando sea producto de una interpretación razonable de la norma objetivamente ambigua.

Sobre el tema de la culpa, la Casación indicada establece que habrá culpa de la Administración cuando “la adopción y la ejecución del acto contrario a Derecho (...) se hayan producido en violación de las reglas de imparcialidad, corrección y buena administración que deben inspirar el ejercicio de la función administrativa” (fj.11), quedando el concepto de negligencia administrativa vinculado a los principios rectores de la Administración italiana (Mir 2001: 488).

Mir Puigpelat (2001: 488), comparándolo con el sistema español ha señalado lo siguiente:

(...) este nuevo concepto de culpa manejado por la Casación en materia de responsabilidad administrativa se asemeja en gran medida al recogido por la legislación española desde la LEF (Ley de Expropiación Forzosa): en España, en efecto, existe culpa de la Administración cuando ha habido un funcionamiento anormal de los servicios públicos, esto es, cuando la actividad administrativa no se ha desarrollado de forma normal, según las reglas específicas a que la misma queda sometida. Se trata, tanto en la nueva formulación italiana como en la ya tradicional española, de un concepto objetivo de negligencia, ajeno a connotaciones psicológicas.



En efecto, existe una objetivización de la culpa que ameritaría ser evaluada para determinar sus alcances y aplicación en los supuestos de daños por el Estado Administrador. Asimismo, según la decisión del *Consiglio di Stato*, sez. V, 6 de agosto de 2001, n. 4239, en particular, la comprobada ilegitimidad (anormalidad) del acto que se asume dañoso para el interés del solicitante puede representar generalmente el indicio (grave, preciso y concordante) de la culpa de la Administración (Fracchia 2010: 840), pero que pueden ser rebatidas con pruebas en contrario, por tanto la ilegitimidad no supone culpa necesariamente.

Cabe anotar que por la Ley N° 205 del 21 de julio de 2000, se asignó al juez administrativo el conocimiento de las cuestiones de resarcimiento en todos los casos en los que tuviese jurisdicción, privando así al juez ordinario (civil) de un entero ámbito de materias que acababa de obtener, lo que implica que el juicio de responsabilidad civil lo haga un juez administrativo, generándose los problemas de falta de especialización que ocurren en Perú cuando un juez penal debe determinar la reparación civil.

Respecto a los daños ocasionados por actos ajustados a Derecho (o legítimos) se parte de que no es una responsabilidad y por ende no otorga resarcimientos, pero si indemnización, que es un concepto distinto, ya explicado líneas atrás, y que en función de ello debe tomarse en cuenta en nuestro sistema, dejando de lado la concepción española de considerarlo como responsabilidad civil, aunque en el fondo ellos no le apliquen resarcimiento sino solo indemnizaciones. Por ejemplo conocido es de las expropiaciones.

En relación a los daños por actuación material del Estado Ejecutivo (Administrador) surge la cuestión de que si les aplican los supuestos de responsabilidad objetiva que se aplican a los particulares y hasta qué punto. Un ejemplo es daños que puedan sufrir quienes usan las vías públicas por el defectuoso estado de las mismas, en que cabe analizar si se juzga al Estado como responsabilidad subjetiva u objetiva, inclinándose la jurisprudencia por la primera, exigiendo que la víctima pruebe la existencia de un peligro oculto, de una trampa (*insidia o trabocchetto*) en la vía pública. Existirá “trampa”, peligro oculto, cuando concurren el carácter objetivo de la no visibilidad y el subjetivo de la no previsibilidad del mismo (MIR 2001: 494), por ejemplo, agujeros profundos en las pistas que abundan en la capital y en provincia del Perú sin estar señalizados, que hace que el accidente tenga que ser reputado en responsabilidad al Estado Administrador.

Entonces en Italia prevalece la responsabilidad subjetiva (culpa objetiva) y excepcionalmente objetiva, de forma similar que los particulares, mientras en Perú es como en España, responsabilidad objetiva, sea por actos administrativos o actos materiales (sea actividades peligrosas o no, o desarrolle actividades de especial dificultad técnica o no), que conlleva a que no se tome en cuenta la culpa, aun cuando se pruebe diligencia, y responda igual el Estado Administrador, lo cual no parece correcto, teniendo que responder del mismo grado de responsabilidad que cualquier persona natural o jurídica tomando en cuenta sus peculiaridades como persona jurídica de derecho público.

Por ello, Fabrizio Fracchia (2010: 839) ha indicado lo siguiente:

(...) la posición de la Administración con respecto al particular no se puede asemejar a aquella del tercero indeterminado, pues de hecho el tercero cualquiera que encuentre por la calle, es el protagonista de la responsabilidad extracontractual. Existe, de hecho, un procedimiento que es el lugar donde se establece un contacto con la Administración y los ciudadanos, y no se puede ignorar el diálogo que se crea en tal sede: el punto de llegada de

esta orientación es la identificación de un modelo de ilícito análogo al de la responsabilidad extracontractual, que presupone la preexistencia de un vínculo entre víctima y autor del daño (así que la ilegitimidad al mismo tiempo constituye violación de las reglas del procedimiento e integra el ilícito contractual o cuasicontractual).

En efecto, partir de las reglas de la responsabilidad civil aquiliana para nutrirse de la doctrina y jurisprudencia civil, como rama técnica especializada en resarcimiento, es el camino adecuado para desarrollar la responsabilidad del Estado Administrador, y no crear una regulación especial que rompa su vinculación con su fuente técnica, creando el riesgo de desarrollarse equivocadamente o de manera lenta y por ende no genere un avance en este tipo de responsabilidad civil, lo cual viene ocurriendo en nuestro sistema jurídico con la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Respecto a rol de la culpa en Italia que es de culpa objetiva, el estándar de la culpa del Estado Administrador cambia según las condiciones iniciales, el comportamiento de la parte y, más en general, lo que ha acontecido en el procedimiento (Fracchia 2010: 844), siendo un reparto de carga tanto para dañante como dañado, tomando en consideración el grado de legitimidad presunta en todas las actuaciones del Estado, que conllevará a que el particular tome sus precauciones por un nivel medio mayor al que tomaría con un particular, y pueda advertir al Estado o que tome en cuenta ciertas consideraciones para evitar que le haga daño, que por norma constitucional está éste obligado a proteger a su población (lo que no ocurre con otro sujeto de condición solo de particular).

Por ello, se concuerda con lo sostenido por el profesor Guido Alpa (2006: 613):

La responsabilidad civil de la Administración pública constituye todavía, por todo lo expuesto, un laboratorio en gran actividad, donde maduran nuevas orientaciones legislativas, de derivación comunitaria y de iniciativa interna; donde se enfrentan tendencias doctrinales, que ya no admiten reparticiones según las competencias tradicionales (civilísticas y publicísticas); donde se debe proceder a ulteriores y complejas verificaciones. La erosión de los privilegios y de las inmunidades de las que sigue circundada la Administración pública –proceso que ya está en camino, en el ámbito contractual– no puede sino expandirse, de igual forma, en el ámbito extracontractual.

Hoy por hoy, dichas verificaciones se refieren:

- En cuanto a las áreas de exclusión de la responsabilidad, al mantenimiento de la distinción formal entre situaciones subjetivas, al mantenimiento del criterio de imputación de la culpa, con exclusión de la responsabilidad objetiva, al mantenimiento de las disposiciones legislativas sectoriales donde la no responsabilidad ha sido codificada, al mantenimiento de la repartición de las jurisdicciones.
- En cuanto a la equiparación de la posición de la Administración pública y la de los particulares, a las *policies* que justifican, incluso en el plano económico, la expansión de la responsabilidad, y la correlación de las decisiones legislativas y jurisprudenciales domésticas con las comunitarias y las de los ordenamientos más avanzados.

### 1.3. Francia

La responsabilidad civil del Estado parte del Arret Blanco de 1873 como un sistema autónomo al margen de las normas del Código Civil, al igual que nuestro sistema jurídico peruano, pero la influencia civilista llevó a que se tomara en cuenta la culpa en el

funcionamiento de un servicio público, generado la *faute de service* (falla en el servicio), que se desarrolla como noción aparte de la culpa del funcionario, autor material del hecho dañoso, por parte del juez administrativo. “pero después el panorama de repartición de las competencias se ha complicado singularmente y si la competencia del juez administrativo es tradicionalmente preponderante asistimos a una cada vez más creciente puesta en tela de juicio de esa competencia[civil]” (Paillet 2001: 292).

“Es a través de su propio sistema concursal que ese juez ha construido la teoría administrativa de la falla, en especial teniendo en cuenta desde el punto de partida que ésta, aunque cometida por hombres (agentes y representantes de colectividades públicas), debe tratarse como culpa de entidades colectivas cuyas misiones y medios son específicos”. (Paillet 2001: 143).

La expresión francesa *faute* tiene un significado mucho más amplio y, en cierto modo, más objetivo que el término culpa, ya que el primero se refiere más que al fundamento o a la naturaleza de la responsabilidad, al criterio delimitativo de los daños imputables, sea a la Administración (*faute de service*), sea al funcionario (*faute personnelle détachable*), y esto es porque la noción básica en torno a la que gira el instituto de derecho público es la de servicio público, que se entiende no sólo una de las formas de ejercicio de la acción administrativa, sino toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos y constitutiva de la llamada gestión pública de la Administración Pública (Leguina 1983: 1559), a diferencia de nuestro sistema que al menos legislativamente distingue entre servicio público y actuación administrativa.

Cabe anotar que es el daño y no la culpa que se alude cuando se expresa el anormal funcionamiento del servicio (*fonctionnement fautil ou anormale*), que se imputa a la Administración, cuando un nexo de causalidad entre daño y servicio.

Así, se puede señalar que existe responsabilidad con independencia de la existencia o no de culpa en el comportamiento de un funcionario, incluso en los casos en que este último sea identificable o se compruebe la inculpabilidad de su acción. Pero ello no significa que se aplique a todos los supuestos.

Sin embargo, en principio, la opinión dominante de la doctrina (francesa) es que la responsabilidad de la Administración Pública es una responsabilidad por culpa, lo que supone que el juez administrativo debe establecer su existencia, apreciar el comportamiento de la Administración para calificarlo como culposo (Paillet 2001: 154-155), habiendo también presunciones de culpa, que permite tener por cierto lo que es probable.

Las hipótesis de presunciones de culpa está enfocado a: ciertos daños por trabajos públicos, varias soluciones vinculadas a la responsabilidad hospitalaria, y a algunos casos de responsabilidad por falta de vigilancia (Paillet 2001: 1589).

Respecto a las modulaciones de la culpa, Michell Paillet (2001: 169) ha sostenido lo siguiente:

En tanto que el derecho civil admite toda culpa (art. I.382 C.C: “todo hecho cualquier del hombre”) –cualquier que sea su gravedad- compromete la responsabilidad de su autor o la de aquél que por él responde, en derecho administrativo francés ningún principio equivalente se impone al juez. Muy por el contrario, la sentencia Blanco declara que la responsabilidad del Estado no es “absoluta”, lo cual autoriza a la jurisdicción

administrativa a modular el grado de la culpa requerida para comprometer esta responsabilidad “dependiente de las necesidades del servicio”.

Por otro lado, solo en ciertos contextos, frente a ciertos daños que no se inscriben en una situación determinada, que el compromiso de la responsabilidad administrativa se perseguirá en ausencia de una culpa. Los principales supuestos de responsabilidad objetiva (*responsabilité sans faute*) identificados por el *Conseil d'Etat* y el legislador son: daños accidentales sufridos por terceros, (y no, en cambio, por los usuarios) como consecuencia de la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas; daños sufridos por los colaboradores ocasionales de la Administración; daños derivados de cosas, métodos o situaciones especialmente peligrosos (explosivos, armas de fuego, productos sanguíneos, obras e instalaciones públicas especialmente peligrosas, permitir que presos y enfermos mentales puedan salir a la calle para facilitar su reinserción social, vacunas obligatorias, métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas, etc.) y deben cumplir generalmente dos requisitos adicionales: el daño sufrido por la víctima debe ser anormal y especial.

El de la anormalidad es un requisito básicamente cuantitativo que alude a la entidad gravedad del daño, mientras que el de la especialidad es de tipo cualitativo y hace referencia a la pertenencia de la víctima a un grupo fácilmente identificable y particularmente afectado por la acción administrativa lesiva (Mir 2001: 185).

En tal sentido, se puede sostener que la ausencia de culpa es generalizada en las responsabilidades estatales, siendo admitido el criterio objetivo en supuestos delimitados, aunque es difícil hallarle el rastro porque “el derecho francés de la responsabilidad se encuentra, en esencia, fuera del *Code Civil*. Así pues, posee un derecho común de la responsabilidad que ha sido completamente transformado por la jurisprudencia y cuenta con regímenes especiales dispersos en diversos textos normativos ajenos al *Code*” (Leduc 2015: 190).

Respecto al daño o “perjuicio”, se clasifican en económica, corporal y moral (Paillet 2001: 274), y que son reparables con un pago de un equivalente monetario, lo cual se advierte que se sigue un esquema apreciable solo en dinero.

Cabe anotar que si bien legislativamente no existe distinción entre daño o perjuicio, la reciente doctrina francesa sí hace distinción, considerando que “el daño se define como una lesión a una persona, a una cosa o a una situación. El perjuicio consiste, por su parte, en las consecuencias de esta lesión para el demandante. Estas consecuencias pueden ser patrimoniales –disminución del valor del patrimonio, pérdida de ingresos, entre otros– o extra-patrimoniales-sufrimiento psíquico o moral, esencialmente” (Borghetti 2014: 289), lo que de manera similar, se puede indicar cuándo se señala “daño evento” y “daño consecuencia”.

#### 1.4. Países latinoamericanos

En Argentina, la responsabilidad del Estado se alude directa y objetiva fundada en la figura de la falta de servicio (a lo francés) que se independiza de la idea de culpa y que no requiere la individualización del autor del daño. En efecto, “el concepto de falta de servicio, que prescinde de la noción de culpa, aparece estructurado positivamente en el artículo 1112 del Código Civil, pero su fundamento es el principio unitario que rige la responsabilidad



estatal que exige "afianzar la justicia" a través de la restitución que procede para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo" (Cassagne 2002: 287).

Actualmente, la nueva normativa de hace recién dos años, al igual que España y similar a Perú, establece una regulación especial y taxativamente aislada de la regulación del Código Civil, siendo esta la norma (promulgada el 07 de agosto de 2014):

## **RESPONSABILIDAD ESTATAL**

### **Ley 26.944**

ARTICULO 1° — Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

ARTICULO 2° — Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;

b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

ARTICULO 3° — Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;

b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;

c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;

d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

ARTICULO 4° — Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;

b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;

c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;

d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;

e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

ARTICULO 5° — La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

ARTICULO 6° — El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

ARTICULO 7° — El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

ARTICULO 8° — El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

ARTICULO 9° — La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

Sin embargo, se ha indicado también que “llevada al extremo, esta teoría puede derivar en consecuencias inaceptables, como sería sostener que es el propio Estado quien actúa cuando una enfermera de un hospital público, por su obrar negligente, le causa daños a un paciente internado, o cuando un chofer de un vehículo oficial atropella a un peatón o colisiona con otro automotor” (Trigo 2006: 780).

Como se puede apreciar, Argentina como Perú se ha influenciado por la legislación y doctrina española en el contexto ideológico de tener Estados autoritarios e irresponsables que ameritaba ser drásticos en imponer responsabilidad al ente estatal por todos sus actos dañosos, sean considerados legítimos o no, generando, a su vez, las críticas presentadas en otros países en el contexto actual de que resulta injustificado una responsabilidad objetiva contra el Estado, en supuestos incluso que no se aplica a otras personas jurídicas, o que debería responder necesariamente el personal, como se cita en la crítica del párrafo anterior, lo cual no se comparte, porque están en el ejercicio de la función pública debería responder efectivamente el Estado Ejecutivo.

De la revisión de la normativa argentina, se aprecia una responsabilidad directa, objetiva, y excluyente de las normas del Código Civil, y que se aplica a las actuaciones legítimas e ilegítimas estatales con diferencias en la teoría causal aplicar, lo que es diferente con nuestro sistema, así como aluden a la “falta de servicio” como sinónimo de “ausencia de culpa”, y diversos aspectos que han sido criticados en su apreciación y que se trasladan a la nueva normativa argentina que solo hizo eco de la parte legislativa española, pero no del sistema jurídico español, esto es, también la doctrina y jurisprudencia.

En el caso de Chile, su jurisprudencia se ha inclinado por la responsabilidad objetiva, en atención a la noción de “falta de servicio” de los artículos 4 y 42 de la Ley Orgánica de bases de la Administración, e interpretando el inciso 2 del artículo 38° de la Constitución Chilena, siendo solo necesario comprobar la relación causal entre la lesión y el hecho de la administración para generar el derecho al reclamo; no obstante, existe un sector minoritario que insiste en la noción de culpa (Baraona 2006: 721).

Parten de distinguir, como en España y Perú, de daños causados por actividad legal e ilegal, pero en la actividad legal se percatan que lo que importa es como se desenvuelve ya que lo relevante es que no hay derecho a ser dañado por la acción del Estado de una manera desproporcionada.

Respecto a actividad ilegal o ilegítima lo ligan con la “falta de servicio”, que la doctrina mayoritaria con fuerte apoyo jurisprudencial estiman que se aplica la responsabilidad objetiva (Baraona 2006: 729); no obstante “la falta de servicio es una noción que, si bien técnicamente no es asimilable a culpa, en los términos recogidos en el artículo 43° de nuestro Código Civil [Chileno], creo que al menos envuelve la constatación de una carencia o ausencia de actividad, y ello supone un juicio de imputación a la conducta del sujeto público imputado, lo que nos lleva al campo de la imputación subjetiva” (Baraona 2006: 730).

Al respecto, “falta de servicio” más que causa es un efecto más, originado por la ausencia de una actuación o mala actuación estatal, que alude necesariamente a la negligencia: falla en su actuación.

Baraona (2006: 733) señala este ejemplo jurisprudencial de Fierro con Servicio de Salud de Talcahuano: Una paciente ingresada al Hospital de Las Higueras en Talcahuano, falleció a consecuencia de una enfermedad contraída en el mismo hospital y distinta de la que causó el ingreso al establecimiento hospitalario. Frente a dicho caso, la Corte de Apelaciones de Concepción, confirmada por la Corte Suprema, señaló en sus considerandos 23 y 24 lo siguiente:

23)(...)Si las infecciones intrahospitalarias existen, es deber del servicio erradicarlas, y si ello no es completamente posible, debe contar con el personal, equipamiento y los procedimientos adecuados para detectarlas cuando ocurren, a fin de impedir su nefasta acción, y cuando de todas maneras debido a una infección de esa naturaleza el paciente, fallece, quiere decir, entonces, que ha habido una falla estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia.

24) Que, para que tenga lugar la responsabilidad extracontractual del Estado o del organismo público personificado y nazca el derecho de la víctima a ser indemnizada, sólo son condiciones para su procedencia la existencia del daño para un administrado y una actuación u omisión de parte de la Administración que haya sido la causa de aquel, de modo que entre uno y otra se dé la necesaria relación vinculante de causalidad.

Por otra parte, ello no les impide que utilicen las reglas del Código Civil cuando no puede atribuirse responsabilidad al Estado “por falta de servicio” cuando se refiere a negligencia en medidas de seguridad.

En Colombia, se encuentra regulado en la Constitución Política de 1991, que señala lo siguiente: “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”, por el cual se ha señalado que “dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que debe ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar” (Nader 2010: 64), influenciado por la doctrina española, especialmente en García de Enterría.

Caso curioso es que aquí ocurre lo contrario que Argentina, ya que históricamente (por influencia francesa) se ha considerado a la “falla de servicio” ligada a la noción de culpa, y que por la constitución de 1991, ahora solo se puede hablar de “daño antijurídico” (Nader 2010: 62-63) en su reemplazo, y que usa las nociones del Código Civil, pero la jurisprudencia no lo desliga de la “falla de servicio”.

Por ello Nader (2010: 70) señala lo siguiente respecto a su propio país:

Con la promulgación de la Constitución de 1991, se establece en nuestro sistema jurídico, la noción de daño antijurídico, con un criterio más objetivista, tendiente a la favorabilidad del individuo afectado con ocasión de una actividad del Estado. Sin embargo es de resaltar que a partir de los distintos pronunciamientos judiciales estudiados, encontramos que en la aplicación de la teoría de la responsabilidad por daño antijurídico por parte de la justicia administrativa, aún subyacen rezagos de la teoría de la culpa, falla o falta en la prestación del servicio, cuya existencia limitan y en la mayoría de oportunidades suprimen la esencia objetiva del nuevo fundamento de responsabilidad constitucional.

De igual forma, Carrillo Ballesteros (2001: 36) señala que “Dentro de la precitada norma cabe la noción de falla sin eliminarla y el concepto de daño antijurídico no hace por sí solo objetiva la responsabilidad. Todos los regímenes de responsabilidad constituyen formas de expresión del daño antijurídico y por consiguiente la responsabilidad del Estado tiene fundamento múltiple. Pese a la tendencia objetivante que se aprecia en el artículo 90 de la Constitución (la responsabilidad) continúa siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva”.

Por último, respecto a México, en el año 2004, modificada en el 2009, se emitió una ley federal que regula en una norma especial solo la responsabilidad del Estado, siendo más específicos a lo optado por el Perú. Es la “Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, pero que es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que al igual que Colombia, España e Italia tiene base constitucional.

A continuación se cita los artículos más relevantes para su posterior análisis:

Artículo 1.- La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.



De ello se puede deducir que se parte de la “actividad administrativa irregular” por lo que siguen la diferencia dada entre “legítima e ilegítima”, “legal” e “ilegal”, pero aquí no establecen que tenga que ser resarcida la actuación legal, a diferencia de lo establecido en nuestro sistema jurídico, y otros países iberoamericanos, lo que podría llevar a una aparente injusticia que afecta al representado, a menos que aquí tomen en cuenta la observación que se hace en esta tesis, respecto a que debe centrarse en el producto de la acción y no en su origen legal o no. Su definición normativa de “actividad administrativa irregular” lamentablemente no permite esa deducción ya que lo enlaza a la inexistencia de un fundamento legal o causa jurídica de justificación, pero puede interpretarse de ese modo, ya que la ejecución estatal desproporcionada aun en base a una norma válida, no tiene alguna justificación jurídica.

Artículo 3.- Se exceptúan de la obligación de indemnizar, de acuerdo con esta Ley, además de los casos fortuitos y de fuerza mayor, los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, así como aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento y en aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño.

Aquí parte de eximentes de responsabilidad tanto de carácter objetivo y también subjetivo, al poner como eximente el estado del conocimiento de la ciencia o de la técnica existentes al momento de su acaecimiento, lo cual resulta adecuado para poder evaluar mejor la participación del Estado cuando ocurre daños por actividades médicas.

Artículo 4.- Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población.

Se parte de un error que proviene de la legislación española al querer reducir cualquier reclamo a solo dinero, siendo la gama de daños que ocasiona el Estado muy variada que conlleva a resarcimientos de otro tipo como disculpa pública, o medidas de atención pública gratuita.

Artículo 9.- La presente Ley se aplicará supletoriamente a las diversas leyes administrativas que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado. A falta de disposición expresa en esta Ley, se aplicarán las disposiciones contenidas en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el Código Fiscal de la Federación, el Código Civil Federal y los principios generales del derecho.

A diferencia de Argentina, existe ese nexo de poder analizar la responsabilidad civil aquiliana con ojos civilistas, como corresponde.

Artículo 12.- Las indemnizaciones corresponderán a la reparación integral del daño y, en su caso, por el daño personal y moral.

Artículo 14.- Los montos de las indemnizaciones se calcularán de la siguiente forma:

I. En el caso de daños personales:

a) Corresponderá una indemnización con base en los dictámenes médicos correspondientes, conforme a lo dispuesto para riesgos de trabajo en la Ley Federal del Trabajo, y

b) Además de la indemnización prevista en el inciso anterior, el reclamante o causa habiente tendrá derecho a que se le cubran los gastos médicos que en su caso se eroguen, de conformidad con la propia Ley Federal del Trabajo disponga para riesgos de trabajo.

II. En el caso de daño moral, la autoridad administrativa o jurisdiccional, en su caso, calculará el monto de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en el Código Civil Federal, debiendo tomar en consideración los dictámenes periciales ofrecidos por el reclamante.

La indemnización por daño moral que el Estado esté obligado a cubrir no excederá del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, por cada reclamante afectado, y

III. En el caso de muerte, el cálculo de la indemnización se hará de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil Federal en su artículo 1915.

Artículo 22.- La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo. Por su parte, al Estado corresponderá probar, en su caso, la participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo; que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado; que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento, o bien, la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial.

Artículo 23.- Las resoluciones que dicte el ente público federal con motivo de las reclamaciones que prevé la presente Ley, deberán contener como elementos mínimos los siguientes: El relativo a la existencia de la relación de causalidad entre la actividad administrativa y la lesión producida y la valoración del daño o perjuicio causado, así como el monto en dinero o en especie de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cuantificación. Igualmente en los casos de concurrencia previstos en el Capítulo IV de esta Ley, en dicha resolución se deberán razonar los criterios de imputación y la graduación correspondiente para su aplicación a cada caso en particular.

De ello se puede deducir que no se determina una teoría causal aplicable sino que se deja a criterio del órgano jurisdiccional, pero no se hace mención bajo qué criterio de imputación será responsabilizado el Estado, quedando también a criterio de la judicatura, aun cuando en su artículo establece que la responsabilidad sería objetiva.

## **2. Problemas en la aplicación de la imputación objetiva en la casuística nacional y extranjera**

Una vez analizado el panorama nacional, se ha advertido inconsistencias y recomendaciones a la estructura de la responsabilidad civil aquiliana del Estado Administrador (Estado Ejecutivo) que muchas veces arrastra fallas que proviene de la legislación modelo que es la española, y que a su vez está influida por la francesa, que establece conceptos que son tomados bajo distinta apreciación por los modelos latinoamericanos.

Por tanto, no existe una apreciación unánime sobre el criterio de imputación, ni siquiera, dentro del criterio de imputación objetiva, ya que consideran como tal a la “falta de servicio” pero otras veces todo lo contrario, y lo asocian con la culpa. En otros aspectos, indican expresamente responsabilidad directa pero en otras latitudes hacen referencia que pueda haber en ciertos casos responsabilidad indirecta (lo cual se considera incorrecto);

parten de una regulación especial excluyente del Código Civil, y en otros países indica su remisión supletoriamente al Código Civil.

Siendo este el escenario doctrinal, y legislativo es pertinente analizar la casuística nacional y extranjera sobre la aplicación de la responsabilidad civil aquiliana y en especial la aplicación de nuestra legislación para poder advertir aciertos y desaciertos, y específicamente, en la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Se hace presente que de la investigación efectuada nuestro país es el que menos casos jurisprudenciales se encuentran en materia de responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo a diferencia de otros países, lo cual se puede deber a la larga historia de daños por parte del Estado que no han sido resarcidos y que se ha vuelto costumbre no reclamar por parte de la población creando injusticia, lo cual se entiende que a nivel legislativo se haga al Estado peruano responsable por cualquier daño sin meditar en sus alcances o en su aplicación.

Pero ello conlleva a que cuando se demande al Estado y se logra un resarcimiento, éste sea exorbitante, haciendo responsable a la entidad pública en casos que un particular no respondería o no lo haría de dicho modo, o también sancionando a sus funcionarios y no a la entidad pública, para lo cual es pertinente analizar los casos que se citan a continuación y apreciar los fallos y aciertos de nuestros órganos jurisdiccionales.

Por último, exponer también la posible solución que se debió aplicar en cada caso que haya conllevado a un correcto juicio de responsabilidad civil hacia el Estado peruano, siendo el sustento, no solo doctrinario, sino jurisprudencial que ameritaría corregir nuestra actual legislación.

Se hace presente que existen muchos más supuestos como daño por falta de colaboración de la fuerza pública, omisión de vigilancia en las cárceles, omisión de vigilancia en hospitales psiquiátricos, entre otros, por lo que aumenta la convicción de que no se puede tratar todos esos casos de la misma manera.

## **2.1. Responsabilidad de los centros e institutos educativos públicos por daños causados a sus alumnos**

### **Casación N° 4299-2006-Arequipa, Caso Ramos Salinas vs ISTP Pedro P. Díaz y la Dirección Regional de Educación de Arequipa**

El caso consiste en la demanda de responsabilidad civil interpuesta por Jimmy Rodolfo Ramos Salinas en contra de la Dirección Regional de Educación de Arequipa, el Instituto Superior Pedro P. Díaz, Fredy Murillo Romero (propietario del vehículo), y Jimmy Flores Acosta (conductor del vehículo), por los daños y perjuicios causados como consecuencia del accidente de tránsito acaecido como consecuencia de la volcadura del vehículo conducido por Jimmy Flores, que le produjo lesiones graves, accidente que se produjo en circunstancias en que el demandante con otros pasajeros se encontraban de regreso del viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria - Formación Magisterial del Instituto Superior Pedro F. Díaz de Arequipa.

Por ello, se declaró responsables a la Dirección Regional de Educación de Arequipa, el Instituto Superior Pedro P. Díaz, Fredy Murillo Romero y Jimmy Flores Acosta, considerando que se trata de una responsabilidad objetiva conforme al artículo 1970 del Código Civil, y que existe responsabilidad del conductor del vehículo y del titular del mismo, así como del Instituto Superior Pedro P. Díaz y de la Dirección Regional de Educación porque les corresponde responder por sus dependientes profesores quienes organizaron el viaje de estudios y el director que autorizó el viaje, invocando la responsabilidad vicaria que se encuentra prevista en el artículo 1981 del Código Civil.

Sin embargo, la Casación en su décimo cuarto considerando excluye correctamente a la Dirección Regional de Educación porque el nombramiento del director implica asignar a una persona para que ésta ejerza las funciones de dirección de la escuela o institución, y la represente conforme la autonomía asignada en tal persona jurídica, que es independiente en materia presupuestal y administrativa de la Dirección Regional de Educación, no siendo por ende una unidad o dependencia de ésta, por lo que en este sentido no existe responsabilidad a cargo de la Dirección Regional de Educación.

En tal contexto, uno de los problemas advertidos en esta investigación es que cuando se encuentra involucrada en el daño un empleado público, dirigen la demanda resarcitoria a toda la cadena de funcionarios y entidades públicas hasta incluso llegar al Presidente de la República (soy testigo ocular de ello habiendo trabajado 8 años en el Sector Público), siendo lo correcto demandar a la entidad pública que dirige, supervisa, controla, y tiene autonomía funcional, administrativa y presupuestal respecto a su actividad pública. Es en tal sentido que era obvio que la Dirección Regional de Educación no podía ser considerada responsable; sin embargo, solo se pudo corregir recién a nivel casatorio.

Respecto al tema de fondo, debido a que se está frente a daños ocasionados por la actuación de servicios públicos educativos le hubiera sido aplicable la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; sin embargo, se abordó solo desde el Código Civil, y de ahí puede surgir críticas sobre el fundamento de responsabilidad objetiva porque no se basa en riesgos de desarrollo obviamente, ya que es un ente público que por naturaleza no actúa por intereses económicos de obtener ganancias.

Además, debido a que hubo participación de un ente público no se dio análisis al parecer de las circunstancias dañosas que ocasionaron el accidente porque sin más se establece que el accidente se debió por la volcadura del bus a cargo de un chofer pero no establece si hubo eximentes de responsabilidad civil, partiendo de que se aplica la responsabilidad objetiva sin más, aunado más en la aplicación de las leyes de tránsito (según el artículo 29 de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito es objetiva y solidaria entre el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre), pero no analiza los demás elementos de la responsabilidad civil, como ocurría usualmente a nivel casatorio, siendo importante el nexo causal.

En tal sentido, podría decirse que “en el presente caso efectuando el juicio de probabilidad debemos consultarnos si la acción del Instituto de organizar un viaje o la de suscribir el contrato de transporte son idóneas para producir el evento dañoso. Me inclino a pensar que no. Por lo tanto al no existir causalidad adecuada entre el hecho del Instituto y el daño esta Institución educativa no respondería civilmente” (Cieza 2007)



Al respecto, esto no resultaría correcto, ya que hay que tomar en cuenta que si un ente público genera un viaje de sus alumnos, como parte de los servicios públicos educativos que brinda, está asumiendo su seguridad, y por ende si ocurre un accidente debe responder por ello, ya que era el responsable de que dicha actividad se realice de forma adecuada, por lo que si el dependiente que contrató lo llevó a cabo negligentemente que generó a que ocurriera un accidente, el ente público debe responder por ello frente a las víctimas, siendo evidente una relación adecuada entre el hecho dañoso y el actuar del ente público.

Entonces, partiendo que no hubo ninguna ocurrencia de una causa no imputable, y que tuvo como autor al conductor del bus, por responsabilidad directa y bajo relación titular-dependiente, sería responsable el Instituto Superior Pedro F. Díaz de Arequipa, como el responsable de llevar a cabo tal incursión, conforme el artículo 1981 del Código Civil que establece que “Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”. A través de ello se deduce que debe existir a) Una relación de subordinación; b) Que el subordinado ocasione daños y c) Que exista una relación de causalidad o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño.

Pero aquí el fundamento no puede ser el riesgo creado, ya que autorizar una salida de viaje no es crear un riesgo, sino el hecho de conducir un vehículo automotor, por tanto eso no sería el fundamento para una responsabilidad hacia el Estado.

Se indica que “el sustento de responsabilidad del centro educativo privado es la actividad empresarial, por la que asume la guarda de sus alumnos y porque debe responder por los actos dañosos de las personas por él contratadas para llevar a cabo su actividad empresarial” (Mondéjar 2011: 524), lo cual, aplicado en los centros educativos públicos, dejando de lado el sustento de responsabilidad, tienen la misma obligación.

Cabe anotar que la responsabilidad del dueño del vehículo se da por ley y no por tener alguna causalidad en el daño, y menos tendría un control o vigilancia, ya que las coordinaciones dependía del Instituto Superior Pedro F. Díaz de Arequipa, por lo que bien puede en vía de regreso demandar a dicho Instituto para que se encargue del resarcimiento, éste a su vez puede demandar la empresa que se encargó del transporte en caso de advertir negligencia de ésta.

Por otra parte, resulta pertinente señalar el presente caso: **Sentencia del 08 de agosto de 2013 emitida por el Tercer Juzgado de Familia del Cusco recaída en el Expediente N° 00147-2012-0-1001-JR-FT-03, E.G.G, representado por A.G.M y V.I.G.A. contra J.A.J.A, A.H.D.A Y E.K.I.L** (publicado en Dialogo con la Jurisprudencia N° 186. Marzo. 2014. Año 19, pp. 137-151), que aunque se trata de un colegio privado, se puede advertir que la confusión de a quién demandar y cómo, también se presenta aquí, y que puede ocurrir de igual modo cuando se trate de colegio público.

Aquí se trata de que dentro del Colegio Salesiano del Cusco, se produjo un caso de *bullying* (que en los colegios públicos es pan de cada día), y que fue demandado el Director y dos profesores (tutor del aula y coordinador de RR.HH del Colegio (¿?)). Si bien se acreditó el acoso escolar, es claro que la función de cuidado de la integridad personal de los alumnos

dentro de las instalaciones educativas corresponde directamente a la Institución Educativa y no a sus dependientes.

En efecto, los profesores y Director actúan pero lo hacen como Institución Educativa, sea pública o privada, por lo que la omisión al deber de cuidado educativo por parte del personal de educación le es imputable a la Institución Educativa. Asimismo, resulta necesario anotar que aquí juega un rol importante la diligencia, el deber de cuidado que prevenga este tipo de daños, por lo no podría tener cabida una responsabilidad objetiva.

En efecto, durante los períodos de tiempo en que los alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro educativo público o privado éstos responden, en principio, por los daños causados por los alumnos al no haber sido vigilados o controlados correctamente por los profesores del centro, en base a una culpa objetiva, esto es, un estándar de diligencia, que está regulada por el Sector Educativo y que, con inversión de la carga de prueba, debe probar el centro que actuó con la diligencia debida.

“Y es si la diferenciación entre responsabilidad subjetiva u objetiva se redujera a una proclamada inversión de la carga de la prueba, no habría razón para entender por qué se debe abandonar el principio de la culpa, que, en lo sustancial, permanecería como único fundamento del deber de resarcimiento” (Scognamiglio, citado por Fernández y León 2007: 66).

Por otro lado, siempre que el daño pueda imputarse al comportamiento negligente de un profesor, al titular del centro docente le será prácticamente imposible exonerarse de responsabilidad probando que empleó toda la diligencia exigible en la elección o vigilancia del profesorado, no teniendo incluso por qué tener que repetir contra el profesor.

Como se puede apreciar en este caso, no resulta aplicable la responsabilidad objetiva en caso de *bullying* en los centros educativos públicos, esto es, en el ejercicio de servicios públicos, teniendo que ser tratado al igual que los centros educativos privados, y que la responsabilidad sea gradual en función a la edad de menor de edad.

De igual forma, el deber de vigilancia y control debe adecuarse a las circunstancias de tiempo, lugar y edad del menor, puesto que no es la misma vigilancia y control la que debe tenerse con niños pequeños, que con alumnos que por su edad se les supone una cierta capacidad de control y de discernimiento que ya implicaría que tengan que asumir la responsabilidad por su actos dañosos; así también, la responsabilidad se circunscribe a las áreas de control del centro educativo (no necesariamente dentro de las instalaciones sino la puerta y perímetro del centro) y en el tiempo de que se imparten clases educativas curriculares, extracurriculares y complementarias, esto es, durante horarios de clase, de receso, del comedor, excursiones, actividades culturales, o de ocio y demás actividades desarrolladas.

Es cierto que la edad del alumno juega un rol importante porque entre más menor se hará más objetivo la responsabilidad del centro docente. Al respecto, Mondéjar (2011: 532) señala lo siguiente:

La tendencia a la objetivización de la responsabilidad de los centros docentes, tal vez provenga del carácter del riesgo asumido cuando de menores se trata, pues estos cuando son de muy corta edad son inconscientes, e imprudentes por naturaleza, y necesitan que

otros prevean por ellos todos los peligros a los que se enfrentan; lo que se debe pretender es que estos menores sean cuidados de manera tal que les permita no correr peligros. Por ello, cuando el daño se produce puede presumirse que han faltado las correspondientes medidas de cuidado y vigilancias.

No se ha advertido algún desarrollo jurisprudencial que analice esta cuestión, mas sí el Tribunal Supremo Español (Mondéjar 2011: 532-535) que establece determinados criterios para saber si existió una diligencia suficiente o si hubo caso fortuito, lo cual se cita a efectos de tener una apreciación similar:

- La existencia de una posible *situación de riesgo que debió preverse*, si los daños provienen de la utilización de instrumentos peligrosos o durante la realización de actividades peligrosas. Adoptándose una solución absolutoria del centro cuando se trata de un juego sin peligro.
- La actuación diligente o no del personal educador.
- El carácter rápido, inopinado e imprevisible de la actuación del menor que impide toda reacción humana a fin de evitar sus consecuencias, so pena de exigir una labor de inmovilización de los menores que iría más allá de lo razonable.
- Si concurre culpa (en el sentido de causa) exclusiva de la víctima. Sin embargo, este criterio no basta para exonerar al centro, pues en aras a una especial protección que debe brindarse a los menores en ocasiones, incluso deberían acentuarse las medidas de diligencia a adoptar.
- La edad del alumno. El Tribunal Supremo ha estimado en numerosas ocasiones que dicho deber de vigilancia ha de exigirse con mayor rigurosidad cuanto más pequeño es el menor y que, por el contrario, cuanto mayor edad posee, menos riguroso debe ser ese cuidado.
- El carácter y personalidad del alumno y su comportamiento anterior. Si se trata de un alumno bueno y tranquilo hace más imprevisible su reacción, e implica que no hubiera de prestarse un cuidado extraordinario por parte de los encargados de la vigilancia. Sólo si el menor es problemático, nervioso, agresivo, etc, podría exigirse una especial diligencia y cuida en su vigilancia.
- El estado de las instalaciones del centro. No siendo preciso para que surja la responsabilidad que se infrinja alguna norma reglamentaria, Para entender que no se ha actuado con la debida diligencia, basta a estos efectos, que en relación al caso concreto se deduzca que las medidas adoptadas no eran las adecuadas.
- La ausencia del profesor es una circunstancia muy tenida en cuenta para apreciar la responsabilidad del centro docente.
- Situación especialmente comprometida surge cuando los daños se ocasiona durante la práctica de actividades deportivas y se debe analizar si éstos derivan o no de los lances típicos del juego.

Sin embargo, la responsabilidad puede concurrir en no pocas ocasiones con la responsabilidad de los padres, cuando se aprecia que en alguna medida contribuyeron negligentemente a la producción del daño.

Tal circunstancia es claro que se produce si permiten o no se preocupan de controlar que sus hijos lleven consigo al centro escolar objetos que puedan resultar en sí mismos peligrosos, con los que después resulta que causan daño a otros menores, y también puede producirse cuando se aprecia que el daño se debe a una inadecuada educación imputable a los padres o cuando éstos se han desatendido de las funciones educadoras inherentes a la

patria potestad determinando una situación de abandono que contribuye a favorecer la conducta enjuiciada (Mondéjar 2011: 550).

Y es que los alumnos de nuestro país están tan expuestos a la violencia (por radio, televisión, periódicos) que vuelcan sus frustraciones o falta de educación familiar en los colegios, que generan riñas o abuso a sus compañeros menores o se accidentan a sí mismos porque no miden las consecuencias de sus actos, y esto están recurrente pero que no se expone mucho, lo cual no se puede recargar la responsabilidad solo al Estado, siendo un deber y asunción de responsabilidad de forma compartida entre todos los actores vinculados a la educación del menor. Por ende, no puede sostenerse que todo daño en las aulas es responsabilidad del colegio.

## **2.2. Responsabilidad de la entidad competente sobre los accidentes en la autopista**

En estos la responsabilidad recae en la autoridad con competencia sobre la vía sea Estado y/o ente concesionario vial. Este tipo de responsabilidad no es muy común en nuestro país, aunque el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, señala que “el Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales decisiones”, y eso incluye también a la entidad pública que tiene también su cuota de participación.

Claro está, ello no significa que ante la ocurrencia de un accidente de la circulación, la autoridad administrativa competente sea responsable en forma automática y en virtud del pretendido incumplimiento de su obligación genérica de seguridad vial (o por el solo hecho de ser propietaria de la vía de circulación que por su riesgo o vicio produce el perjuicio), sino que se debe abordar cada infortunio vial en particular, a los fines de determinar si la acción u omisión antijurídica por parte del órgano estatal tuvo incidencia causal en el evento dañoso (Pirota 2014: 9).

Narro una historia personal, hace ya hace tiempo, unos familiares tomaron un taxi desde Chorrillos hacia el Callao, y mientras iban por la autopista de la Costa Verde, una roca mediana cayó del acantilado al vidrio delantero del vehículo. Debido al impacto se rompió el vidrio y cortó la cara al chofer que siendo auxiliado por mis familiares, lo trasladaron al Hospital Casimiro Ulloa (Barranco). Mis familiares le pagaron igual el servicio de taxi porque sentían que de alguna forma eran responsables de lo sucedido al haberlo hecho tomar esa ruta en ese momento.

Pero ¿quién era el responsable?, podría decirse que fue un caso fortuito, un hecho de la naturaleza, ya que nadie arrojó la piedra sino que se desprendió de su posición inicial en el acantilado por el transcurso del tiempo; sin embargo, esto no era impredecible porque ocurría, ocurre y ocurrirá constantemente en la autopista de la Costa Verde por lo que la autoridad competente sobre los acantilados debió establecer las medidas de seguridad necesarias para poder evitar este tipo de accidentes.

Actualmente, cada Municipalidad Distrital junto con la Autoridad sobre el Proyecto Costa Verde se encargan del enmallado progresivo de los acantilados resolviendo a futuro los peligros, pero esto no debe entenderse como un apoyo del Gobierno sino



como un deber pospuesto por mucho tiempo, que no lo exonera de las responsabilidades por los daños ocasionados antes del enmallado cuando las caídas de rocas eran ya una constante, como en el caso personal que se ha narrado, siendo por ello responsable de los accidentes vehiculares por desprendimiento de piedras o rocas, ya que es deber de la entidad pública proveer un autopista segura o cerrarla temporalmente, y evitar este tipo de riesgo de accidente predecibles.

Por otra parte, también sería responsable la entidad pública cuando ocurre un accidente por falta de cuidado, mantenimiento y conservación de la autopista. Así, por ejemplo, puede colegirse que las anomalías del camino fueron determinantes del despiste y consiguiente vuelco del automotor que presentaba – congruentemente con el tipo de siniestro- reventadas las gomas traseras e importantes daños en la totalidad de su carrocería, salvo que pruebe causas no imputables, como fuerza mayor o caso fortuito (siendo aquí aplicable la responsabilidad objetiva).

En efecto, aun conduciendo de forma correcta es probable que ocurra un accidente si la calzada se encuentra en mal estado, no hay señales adecuadas, no se han cumplido con los requerimientos de la ley de la materia, ni vías supletorias, siendo por ello impertinente hacer referencia a la culpa, sino el mero hecho de incumplir con su deber de tener pistas adecuadas.

Cabe anotar que si el mantenimiento de la autopista es una obligación que pesaba sobre el concesionario, quien tenía a su cargo su explotación, es evidente que, a través del contrato de peaje celebrado con la Municipalidad competente, asumió el compromiso de hacer posible el tránsito en todo su recorrido en condiciones de seguridad. Eso ocurre por ejemplo, en la vía de evitamiento que está concesionada a la empresa Línea Amarilla S.A.C, e igual en las panamericanas norte y sur que está concesionada a la empresa Rutas de Lima. S.A.C, no siendo responsables de los accidentes originados por la autopista el Gobierno Local, que incluso se les exige contratar seguros, pero “los hechos dañosos que ocurren con motivo o en ocasión del uso del camino público, por quien paga peaje para transitar por él, quedan regidos por las normas de la responsabilidad extracontractual” (CNCiv., Argentina, sala G, 7-6-95, “Carnelli, Juan Oscar c/Nuevas Rutas S.A. s/Daños y perjuicios, citado por Pirola 2003: 581), debido a que el contrato entre Municipalidad y Concesionario, es solo para la transferencia de responsabilidad, y no genera algún contrato entre conductor y concesionaria.

Sin embargo, estos supuestos de responsabilidad civil aquiliana no se aprecia en nuestro medio por falta de cultura de los ciudadanos y los medios que atribuyen cualquier accidente automovilístico a la impericia del conductor de forma exclusiva o por la sola presencia de fenómenos naturales o solo por la mala suerte.

### **2.3. Responsabilidad por servicios registrales (Casación N° 1028-2007-La Libertad, Caso Sánchez Sánchez vs Oficina Registral La Libertad)**

Ante todo, se parte del “error registral” que se considerada dentro del ámbito de la responsabilidad civil aquiliana, al no derivarse de una relación contractual, y que la relación servicio y tasa, está vinculada a una obligación tributaria y no a una obligación civil, y no necesariamente por el mero hecho de que se demanda al Estado (como se podría deducir de lo indicado en el cuarto considerando de la Resolución N° 48 (CINCO-2SC) del 08 de

agosto de 2008 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Causa N° 2003-00143-AREQUIPA), además un error registral puede afectar tanto al administrado como a terceros del procedimiento registral.

El literal d) del artículo 3 de la Ley N° 26366, Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) señala que es una de las garantías de dicho Sistema la indemnización (rectius: resarcimiento) por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley.

Asimismo, el artículo 4 de dicha norma señala que las Oficinas Registrales Regionales son organismos públicos de la SUNARP con autonomía económica, administrativa y presupuestal, por lo que frente a una fallo desfavorable como responsable por haber ocasionado daño a terceros por errores registrales (cuyo autor es el registrador público) tendrá que asumir la obligación del pago de resarcimiento.

Siendo este panorama, se tiene la Casación N° 1028-2007-La Libertad emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que trata sobre la demanda de indemnización por daños y perjuicios interpuesta por Manuel Jesús Sánchez Sánchez contra la Oficina Registral de La Libertad, la Oficina Registral de Chepen y el Procurador Público del Ministerio de Justicia, (aunque al parecer al principio fue dirigida contra la Registradora Luz Angélica Aguay Zatra y el Registrador Walter Morgan Plaza), en la cual la parte demandada registral interpuso recurso casatorio alegando que debe efectuarse el juicio de responsabilidad civil mediante el criterio de imputación subjetivo, ya que la Ley N° 26366 no establece una responsabilidad objetiva.

Ante tales alegatos, la Sala Suprema, en sus considerandos segundo y tercero, estableció lo siguiente:

Segundo.- Que, es objeto de análisis a través de la presente causal el sentido de la disposición contenida en el inciso d) del artículo tercero de la Ley número veintiséis mil trescientos sesenta y seis – Ley que crea el Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos – en cuanto establece que “está considerado como una de las garantías del sistema nacional de los registros públicos. La Indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley”, texto de la citada norma que corresponde ser analizado de manera concordante con el artículo doscientos treinta y ocho. uno de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, en cuanto establece 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. y...doscientos treinta y ocho. cuatro “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”, supuestos de tales normas que permiten apreciar la posibilidad del resarcimiento al operar la comisión de un error de naturaleza registral o como consecuencia de la lesión producida en los bienes y derechos de los administrados como resultado del actuar de la administración, sin que tales dispositivos establezcan la posibilidad de ingresar a analizar el dolo o la culpa como contenido del acto materia de resarcimiento, pues, debe de considerarse que en el campo de la administración, es necesario tener en cuenta la finalidad tuitiva del Estado respecto del administrado y la tutela preferente de los derechos fundamentales, puesto que a tenor del artículo primero de la Constitución del Estado “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”;

Tercero.- Que, siendo ello así, atendiendo la finalidad del Estado la cuál es proteger los intereses y derechos de los administrados, su naturaleza corporativa y su finalidad de propender al bien común, la administración pública responde como ente organizado por todo el daño que cause con independencia de la licitud o ilicitud de su actividad, considerando que el peso de los daños debe de ser colocado sobre aquél que se encuentra en mejores condiciones de evitar el daño a un costo lo menor posible y que la administración puede diluirlos efectos económicos del daño a través de los fondos públicos, los que a su vez se sustentan en las aportaciones de los ciudadanos, por lo que en consecuencia, en el caso de la responsabilidad objetiva de la administración pública, basta con la existencia de un daño patrimonial que puede ser valuado y la relación de causalidad entre el funcionamiento de la administración y del daño causado y, en donde la administración responde aun cuando actúe lícitamente, existiendo sólo como eximente de la responsabilidad la fuerza mayor como aquél evento extraordinario, imprevisible e irresistible generado por un hecho ajeno a la administración, razones expuestas por las cuales este Supremo Colegiado comparte el criterio del Ad Quem en el sentido de que la responsabilidad derivada por errores registrales cometidos por el ente descentralizado del Estado como es Registros Públicos es una responsabilidad objetiva;

Al respecto, se puede señalar que la Ley N° 26366 solo establece responsabilidad por errores registrales, no desarrollando más sus elementos, por lo que supletoriamente podría derivarse al Código Civil, pero antes de ello, está como primera norma supletoria la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que regula la responsabilidad civil aquiliana en la actuación de servicios públicos, lo cual es aplicable a los servicios públicos registrales, por tanto, “legislativamente” cabe analizar la responsabilidad mediante el criterio de imputación objetivo.

Respecto a los errores registrales, implica una actitud errada por parte del registro público que no consigna correctamente los elementos de los títulos inscribibles, que se encontraría dentro de la noción más amplia que es la inexactitud registral que es todo desacuerdo del Registro con la realidad. Las divergencias entre Registro y realidad son clasificadas por el T.U.O del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP) en dos categorías: los errores registrales (materiales o de concepto) y las inexactitudes distintas a éstos (Conforme lo indicado en fundamento 1 den Análisis, en la RESOLUCIÓN N° 076-2010-SUNARP-TR-T de fecha 02 de marzo de 2010, del Tribunal Registral).

De acuerdo al artículo 80 del T.U.O del Reglamento General de los Registros Públicos:

**Artículo 80.- Clases de error**

Los errores en los asientos o partidas registrales pueden ser materiales o de concepto.

**Artículo 81.- Error material y error de concepto**

El error material se presenta en los siguientes supuestos:

Si se han escrito una o más palabras, nombres propios o cifras distintas a los que constan en el título archivado respectivo;

Si se ha omitido la expresión de algún dato o circunstancia que debe constar en el asiento;

Si se ha extendido el asiento en partida o rubro diferente al que le corresponde;

Si se han numerado defectuosamente los asientos o partidas.

Los errores no comprendidos en los literales anteriores se reputarán como de concepto.

Estos errores se rectifican generalmente sobre la base del mismo título que sirvió para extender el asiento o, en su defecto, mediante nuevo título otorgado por todos los intervinientes o en virtud de resolución judicial si el error fue producido por la redacción

vaga, ambigua o inexacta del título primitivo, el cual si se hace en un breve tiempo partiendo del error registral, habría un mínimo riesgo de que personas realicen negocios jurídicos o contratos en base a esa mala información y generar por tanto daños a terceros o incluso al mismo peticionante registral.

Sin embargo, puede ocurrir una responsabilidad del Estado en el sentido de ejercer una función defectuosa de la misión que le es propia, la cual tiende a asegurar el orden y la corrección del tráfico de transacciones y el incumplimiento o negligencia de los empleados o funcionarios públicos de SUNARP hacen que este último sea responsable de los daños y perjuicios causados.

En ello primaría la idea objetiva de la falta de servicio -originada en la deficiente o irregular prestación del servicio registral- que encuentra sustento en lo estipulado en la Ley N° 27444 antes señalado, que se estima aun así que no podría aplicarse un criterio de imputación objetiva debido a que el registrador público ejecuta su trabajo de acuerdo a la información dada por los peticionantes, por tanto, el error registral requiere que se evalúe no solo la apreciación del registrador público sino también si fue inducido a error, por lo que se contrastará también con el error o dolo del peticionante.

Siendo este el escenario, establecer un criterio de imputación objetiva no se considera adecuada sino basarse en la noción de culpa, más aún cuando estos servidores públicos, a diferencia de sus pares, no genera el acto administrativo (de inscripción) según la documentación que ellos generan sino que reciben de otros, por lo que la diligencia juega aquí un rol importante, y debería permitirse exonerarse de responsabilidad si actuó de forma diligente pero justamente fue llevado a cometer un “error” registral.

Además, “si a un registrador se le imputa responsabilidad objetiva de manera directa –al igual que el sistema español- probablemente su calificación sea en extremo rigurosa a partir de las situaciones actuales” (Mendoza 2011: 325).

Por ejemplo, se establecería responsabilidad en SUNARP (una Sede Registral específica) por los daños causados a un acreedor por un error registral, que posibilitó que el deudor enajenase un inmueble pese a encontrarse embargado que constituye de por sí un daño jurídico "cierto", no eventual, que debe indemnizar al dañado, salvo que la Sede Registral haya determinado que el error registral era de concepto, que en ese momento era ambiguo o confuso o que el criterio siempre utilizado no cabía en este supuesto (surgiendo así cambios de criterios registrales), mostrando por ello la diligencia ordinaria, no teniendo por qué responder la Sede Registral; sin perjuicio de su deber de rectificación de oficio y bajo ningún costo.

#### **2.4. Responsabilidad por servicios de seguridad municipal (Sentencia recaída en el Expediente N° 00989-2008-0-0903-Sede MBJ Los Olivos, Caso Ríos Córdova vs Municipalidad de Los Olivos y Huamanzana Medina)**

El presente caso trata de la demanda interpuesta por Valeria Ríos Córdova contra María Huamanzana Medina y la Municipalidad de Los Olivos, por indemnización de daños y perjuicios, ocasionados por el ataque de dos canes de la raza *pit bull terrier* de propiedad de Huamanzana el 22 de mayo de 2008 dejándola incapacitada temporalmente.



Emplazó también a la Municipalidad de Los Olivos pues no estaba haciendo cumplir las normas emanadas por el Gobierno Central y las Autoridades competentes, en consecuencia, su impericia ha atentado gravemente contra su vida, cuerpo y salud.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 14 de la Ley N° 27596 señala que “si un can ocasiona lesiones graves a una persona el propietario está obligado a cubrir el costo total de la hospitalización, medicación y cirugía reconstructiva necesaria, hasta su recuperación total, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados”. Aquí una breve precisión: esos costos señalados son parte del daño emergente, por lo tanto está dentro del resarcimiento, y no separado como alude la citada norma.

Asimismo, mediante Ordenanza Municipal N° 869 de la Municipalidad de Los Olivos, publicada el 26 de noviembre de 2005, se aprobó el Registro Municipal de Canes y Control de perros considerados de alta peligrosidad, el cual dispone en su artículo 10 que es deber de los propietarios de perros, considerados de alta peligrosidad identificar y registrar a dichos canes, así como otras disposiciones que son de obligación de los propietarios.

Por tanto, se advierte, una actuación administrativa por parte de la Municipalidad Los Olivos orientada al cuidado de sus ciudadanos y prevenir daños por animales, pero que mucho depende de la participación de los dueños de canes (como toda norma dirigida a invocar cuidado), quedando la actuación del Estado dirigida a asegurar el resarcimiento de los daños, ya que escapa de su capacidad material controlar a todos los canes peligrosos, trasladando por ello dicho control a los que efectivamente pueden hacerlo que son los dueños o los que lo tienen a su cuidado.

En el caso concreto, no hay dudas respecto al hecho dañoso, la relación de causalidad, y que se aplica el criterio de imputación objetiva, conforme el artículo 1979 del Código Civil que establece lo siguiente:

**Artículo 1979°.-** El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

Si bien el trato jurídico de los daños causados por los animales no puede ser uniforme, ya que depende de la peligrosidad o no del animal, y las condiciones inherentes a su cuidado para proteger a terceros, en este caso, como se trata de un *pit bull terrier*, la aplicación de una responsabilidad objetiva es la pertinente, siendo responsable el dueño sea privado o público, no siendo relevante la posible diligencia que pudiera haber tenido, pero esto se aplica frente a Humanzana (dueña del can), pero no hay nexo causal ni criterio de imputación objetivo que vincula en responsabilidad también a la Municipalidad.

Al respecto, el Segundo Juzgado de Paz Letrado – Sede MBJ Los Olivos, en su sentencia sobre este caso, de fecha 16 de mayo de 2011, estableció lo siguiente:

B) Con respecto a la demandada Municipalidad de Los Olivos, debemos precisar que en la conducta de la citada comuna no le alcanza la responsabilidad civil, pues de acuerdo a lo que establece [el] artículo 1979° del Código Civil, se establece que la responsabilidad por daño causado por un animal, le corresponde repararlo al dueño del animal, salvo que se pruebe que el evento tuvo lugar por obrar o causa de un tercero, siendo ello así entonces debemos de establecer no existe obligación de la demandada, Municipalidad de

Los Olivos, a incorporarse en dicha responsabilidad civil; empero la pretensión de la demandante se encuentra sustentada en el hecho que la Municipalidad demandada, viene inobservando sus deberes impuestos por las normas relativas [al] Régimen Jurídica de Canes, al no hacer cumplir dichas normas al respecto tenemos que establecer que la demandante no ha desplegado la actividad probatoria a acreditarla conducta omisiva de la municipalidad emplazada, por lo que no ha generado certeza en la suscrita para amparar este extremo de su pretensión.

En efecto, se puede determinar que la Municipalidad de Los Olivos no es la co causante del daño, por no ser dueño del animal, y que la participación del Estado en los daños entre privados no es a título de corresponsable, sino que su deber en este caso es de dotar de un esquema de regulación que disminuya el riesgo de ataques de animales, y en su ocurrencia, sean las víctimas resarcidas.

Señalar lo contrario, haría corresponsable al Estado de todos los daños sufridos por sus ciudadanos, a causa de otros ciudadanos (como se alegó absurdamente en el asalto dentro de una Notaría, que pretendía eximirse de responsabilidad acusando al Estado de la inobservancia de su deber de cuidado) por el hecho de tener el deber de la seguridad ciudadana, lo cual resulta incorrecto porque el deber debe estar focalizado en un supuesto para poder alegar algún tipo de responsabilidad.

## **2.5. Responsabilidad por servicios de seguridad policial y/o militar (Casos periodísticos)**

Existen diversos casos periodísticos y judiciales que implican daños ocasionados por personal militar o policial, en el ejercicio de su actividad de proteger a los ciudadanos, y combatir el terrorismo o delincuencia, siendo más acentuado en la década del noventa. Muchos daños han quedado impunes por no poder la víctima identificar a su agresor o por miedo, y que actualmente varios han quedado prescritos.

Por ejemplo, puede ocurrir que en el marco de un tiroteo entre la policía nacional y los delincuentes, una bala policial dañe a los transeúntes (el público que se queda a ver no tiene derecho a exigir algún resarcimiento ya que se autoexpone al peligro) o pasajeros de un bus, o residentes de casas aledañas. También puede ocurrir que en una persecución policial o militar confundan a los delincuentes por otras personas inocentes y les disparen por error. Asimismo, puede ocurrir que un grupo militar incursione a un poblado y confunda (o no le importe confundir) a la población con terroristas y les dispare.

En estos casos, donde existe un daño (bala de policía o militar que daña a terceros) y relación causal acreditada resulta relevante el criterio de imputación. En el presente caso, los oficiales, por culpa (por negligencia leve o grave) son pasibles de juicio de responsabilidad civil por haberse equivocado de vehículo o disparar a personas inocentes, más que por criterio objetivo de llevar un arma de fuego (riesgo de peligro) que no responde a descubrir el grado de responsabilidad de los oficiales, ya que por sus funciones están obligados de portar uno y por tanto los daños que ocasionen resultan legitimados en principio.

Resulta importante señalar que se debe partir de una responsabilidad directa que se funda en el presupuesto de la subsistencia de una relación entre el autor del daño y el empleador y su vinculación con el daño mismo extendiéndose a las actividades realizadas

por el dependiente, prescindiendo de todo análisis de *culpa in eligiendo* y *culpa in vigilando*, o sea ausencia de culpa por parte del empleador (Policía Nacional del Perú), lo cual no significa que no se analice la culpa del empleado.

Al respecto, se debe establecer cuál es el rol de las fuerzas armadas y policía nacional, y por ende de sus miembros. Así, el artículo 163, 165 y 166 de la Constitución Política del Perú señalan lo siguiente:

**Artículo 163**

El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo.

**Artículo 165**

Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.

**Artículo 166**

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Conforme con ello, la policía nacional y las fuerzas armadas cumplen con sus funciones a través de los policías y soldados, respectivamente, como parte orgánica de la institución pública tanto de orden interno como de orden externo, por lo que los daños que ocasionen en el ejercicio o con ocasión de sus funciones recae en el principal, o sea en la policía nacional y las fuerzas armadas, como entes con autonomía administrativa, presupuestal, económica, respecto al Ministerio del Interior, por lo que no tendrá sentido requerir explicaciones o atribuir responsabilidad civil el Ministro del Interior y menos al Presidente de la República, como a menudo suele pensarse debido a los medios de comunicación que apuntan siempre al lado político.

Aquí cabe señalar el supuesto del artículo 1981 del Código Civil, donde se regula la llamada “responsabilidad vicaria” del empleador por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio respectivo. La norma imputa la responsabilidad al principal, sin posibilidad para éste de eximirse con el pretexto de alguna circunstancia extraña, lo cual usualmente lo consideran aplicable también a los daños de miembros de la persona jurídica, aunque se estima que realmente es como si la misma persona jurídica está dañando, por lo que no es una responsabilidad indirecta (como el típico caso de persona A principal y persona B dependiente) sino directa (persona A principal y persona A dependiente).

Como la Policía Nacional del Perú y la Fuerza Armada son parte del Estado, como ente abstracto, se está ante una responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo/Administrador, quien responderá por las lesiones ocasionada a terceros por parte de sus miembros.

La cuestión es qué se necesita para determinar la responsabilidad del ente público, y para lo cual se debe descartar buscar alguna culpa directamente en la persona jurídica porque siendo un ente abstracto no hay conducta y menos culpa a evaluar a ese nivel (descartando alguna *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*).

Puede considerarse entonces que en este tipo de casos policiales y de fuerzas armadas (así como en toda actuación diversificada en la que juega un rol importante las cualidades especiales del agente dependiente) sea pertinente establecer que se requiera culpa en el dependiente para que sea responsable el principal, esto es responsable a condición de que haya existido una culpa en el primero. Para ello el juicio de responsabilidad recae sobre el dependiente y que si existe obligación de resarcir, se genera la obligación al principal.

Al respecto, en el caso de la Policía Nacional aplicable también a las Fuerzas Armadas se ha señalado que “quien estuvo en mejor capacidad de prevenir el accidente es el Estado porque puede generar respecto de los efectos policiales incentivos para evitar conductas dañosas a terceros. Asimismo puede invertir en mantenimiento (que incluye, qué duda cabe, la capacidad para los policías) y equipamiento de armas para los policías entre otros mecanismos, relativos a la política pública, situaciones que no se enmarcan dentro de la propia responsabilidad civil” (Buendía 2014: 59).

Ello se indica sin dejar de lado que existen situaciones en que la ocurrencia del daño se genera por el ejercicio del dependiente pero en estricto cumplimiento de las órdenes escritas o no del superior o incluso ente público (por ejemplo, cuando en la época del 90 en el régimen fujimorista se esterilizaron forzosamente a miles de mujeres), pero que requieren ser resarcidos por no estar acorde con el ordenamiento jurídico o mejor dicho con los derechos humanos, aun cuando esté en un texto legal.

Entonces, es el Estado quien responde directamente por las conductas indebidas de los efectivos policiales y militares, bajo una óptica de responsabilidad directa del principal bajo culpa del dependiente en la generalidad de los casos, y excepcionalmente bajo un criterio objetivo cuando la base del ejercicio de la función pública de los agentes se deba a normas jurídicas que infringen flagrantemente los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, cabe señalar que existe responsabilidad civil aquiliana del Estado, a pesar de que se trate de un policía fuera de servicio, ya que éste tiene que intervenir obligatoriamente en cumplimiento de sus deberes policiales, excluyéndose las actuaciones bajo intereses privados (por ejemplo, bancos que los contratan). En este momento el policía pasa a cumplir su deber como agente de la autoridad y recupera su relación vinculante con el Estado. Si en esta actuación se causan daños la Policía Nacional del Perú también será responsable conforme los fundamentos antes expuestos.

Respecto al uso de armas por los agentes policiales y militares que escapan al ejercicio de sus funciones o a su ocasión, como por ejemplo, disparar a su pareja en una pelea, a un amigo en un bar, o asaltar un banco, se considera que el uso de arma es tal como podría haber utilizado cualquier otra persona y que no se puede hacer responsable al Estado por los daños ocasionados por los agentes a consecuencia de agresiones realizadas en el ámbito íntimo y/o privado, caso contrario llevaría a que todo empleado público con cualidades especiales y objetos entregados por el Estado cuando genere daño fuera de servicio sea responsable el Estado, sin tener en cuenta que no es suficiente que se



aproveche de su condición para cometer un daño (muchas veces delitos), lo cual se aprecia a nivel nacional ya que existen diversas noticias de policías que asesinan o dañan con su arma de reglamento en su entorno íntimo y que no se hace (ni amerita) que se haga responsable al Estado como tampoco se hace a la empresa de seguridad en relación a sus trabajadores vigilantes.

Sin perjuicio de lo indicado, existen disposiciones legales que establecen la obligación del Estado de reparar no obstante no ser el generador directo del daño causado o no se puede saber si el daño ha sido generado por éste. En estos casos el Estado ha considerado indemnizar por mandato de la norma especial, en el marco de la política pública de reparaciones civiles, sin que se requiera un juicio de responsabilidad civil. Por ejemplo:

1.- Decreto Supremo N° 051-88-PCM, que establece que los funcionarios y servidores del Sector Público, Alcaldes y, Regidores, que sean víctimas de accidentes, actos de terrorismo o narcotráfico ocurridos en acción o en comisión de servicios, tendrán derecho a una indemnización excepcional y a una pensión.

2.- Los miembros de Comités de Autodefensa, muertos, lesionados o con invalidez derivados de un enfrentamiento con terroristas, tendrán derecho a la atención preferente del Estado, a través de indemnizaciones por muerte o invalidez, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (Decreto Supremo N° 077-92-DE).

3.- El Plan Integral de Reparaciones - PIR para las víctimas de la violencia ocurrida durante el período de mayo de 1980 a noviembre de 2000, conforme a las conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, establecido por la Ley N° 28592.

Para ello se establece una serie de registros de carácter administrativo para solo a estas personas se les asigne una reparación económica, que no pudieron recibir en su oportunidad debido a la imposibilidad de reclamar judicialmente haciendo que el plazo de prescripción de dos años caducara, además de que no podían acusar a las fuerzas armadas o los grupos terroristas so pena de ser objeto de adicionales daños.

En este contexto, se tiene actualmente lo siguientes registros.

- 1988: Información del registro de casos a cargo del Consejo Nacional de Calificación de Víctimas de Accidentes, actos de terrorismo, o narcotráfico, a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Decreto Supremo N° 051-88-PCM).
- 1992: Información del registro de casos a cargo de la Comisión de reconocimiento del Comando Conjunto de las FFAA que aprueba el pago de indemnización a miembros de Comités de Autodefensa víctimas del terrorismo (Decreto Supremo N° 077-92-DE).
- 2004: Registro de Personas Desplazadas que se encuentra a cargo del Ministerio de Mujer y Poblaciones Vulnerables creado por Ley N° 28223.
- 2004: Registro Especial de Ausencia por Desaparición Forzada, a cargo de la Defensoría del Pueblo, creado por Ley N° 28413.
- 2005: Registro Único de Víctimas de la Violencia creado por Ley N° 28592. Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones.

De ello se puede apreciar que la política actual del Estado en materia de reparaciones a las víctimas de la violencia comprende únicamente a aquellas personas y colectivos afectados entre mayo de 1980 y noviembre de 2000 (artículo 1 de la Ley N° 28592). En efecto, el artículo 2 de la Ley N° 28592, Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones – PIR y establece el marco normativo del Plan Integral de Reparaciones para las víctimas de la violencia ocurrida durante el periodo de mayo 1980 a noviembre de 2000, conforme a las conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, establecer los componentes del Plan Integral de Reparaciones.

Conforme al artículo 3 de la Ley N° 28592, son consideradas víctimas las personas o grupos de personas que hayan sufrido actos u omisiones que violan normas de los Derechos Humanos, tales como desaparición forzada, secuestro, ejecución extrajudicial, asesinato, desplazamiento forzoso, detención arbitraria, reclutamiento forzado, tortura, violación sexual o muerte, así como a los familiares de las personas muertas y desaparecidas durante el período comprendido de mayo 1980 a noviembre de 2000 conforme al artículo 1 de dicha norma.

Asimismo, de acuerdo al artículo 5 de la citada norma, es beneficiario aquella víctima, familiares de las víctimas y grupos humanos que por la concentración de las violaciones masivas, sufrieron violación de sus derechos humanos en forma individual y quienes sufrieron daño en su estructura social mediante la violación de sus derechos colectivos.

Los beneficiarios pueden ser individuales o colectivos, y dirigidos a un plan en particular, por ejemplo, los beneficiarios de reparaciones en salud, que deben tener como condición algún problema físico y/o mental que haya sido producido directamente por o sean resultado del proceso de violencia, conforme lo indica el artículo 23 del Reglamento de la Ley N° 28592, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2006-JUS.

De ello se puede deducir que en el marco del deber del Estado de proteger a sus ciudadanos se consideró necesario resarcir el daño ocasionado a un grupo de personas durante la violencia acaecida entre mayo de 1980 a noviembre de 2000, que han sufrido afectaciones a sus derechos fundamentales, como la libertad, la vida, la salud, entre otros, lo cual conlleva a determinar precisamente a las personas que han sido víctimas, para poder ser tratadas como beneficiarias, lo cual requiere una verificación constante, en atención al tiempo transcurrido del hecho dañoso, que implica mantener siempre en evaluación las condiciones por las cuales son consideradas beneficiarias.

En tal contexto, a efectos de identificar y consolidar a los beneficiarios para luego asignarles un beneficio dentro de un programa, se dispuso en el artículo 9 de dicha norma la creación del Registro Único de Víctimas y en su Primera Disposición Complementaria y Transitoria, se encarga a la Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN) el seguimiento de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional, así como, el diseño de la organización y funcionamiento del Consejo de Reparaciones que se hará cargo del Registro Único de Víctimas (RUV) noventa días después de emitida la Ley.

Sin embargo, es de público conocimiento que aún no cesa la lucha contra el terrorismo y que el accionar terrorista continúa generando víctimas. El Ministerio del

Interior reporta 521 víctimas del accionar terrorista desde el año 2000 hasta el 2013, siendo en su mayoría víctimas de las Fuerzas Armadas.

Si bien el contexto que se vive después de noviembre del año 2000 es distinto al que ocurría en nuestro país con anterioridad a esa fecha, también es cierto que las condiciones de acceso a los poblados afectados y el temor en que vive esta población aún subsiste, sobre todo en aquellos lugares en los que la presencia senderista está aún vigente, y que por tales circunstancias no resulta posible establecer un juicio de responsabilidad civil cuando el dañante sea las fuerzas armadas o la policía nacional.

Pero tampoco se puede llegar al extremo de que se haga responsable al Estado por todo daño ocasionado por criminales, dado la gravedad actual de la situación de orden público interno que desde hace muchos años vive el país, ya que no puede colocar al pie de cada edificio o casa particular, al lado de todos los vehículos utilizados para el transporte aéreo, terrestre o marítimo, al lado de cada ciudadano, agentes del orden para que protejan, con obligación de resultado, sus vidas o bienes.

## **2.6. Responsabilidad por servicios médicos (Caso de responsabilidad del MINSA por transfusión sanguínea infectada)**

Se puede partir de un caso conocido en el año 2000 y que se repitió luego en otras oportunidades, y es el caso abordado por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución del 24 de mayo de 2000, consistente en una demanda por responsabilidad civil contra el Instituto Materno Infantil (Ministerio de Salud) por haber entregado sangre impura, ya que la proporcionada se encontraba infectada, habiéndose transmitido SIDA al menor Daniel Alegría Barahona.

Dicha Resolución no abordó la decisión de responsabilidad pero señaló que era de naturaleza contractual, esto es, por inexecución de obligaciones, debido a que el profesional tiene la obligación de realizar los estudios y pruebas correspondientes para obtener una sangre sana, no siendo eximente de responsabilidad el alto costo de los sueros, ni el hecho de que el establecimiento asistencial o la obra social no los provea.

Hasta aquí no resulta nada extraño de que como toda actividad médica requiere una diligencia sanitaria óptima, y esto ocurre sea proveniente de una obligación (por contrato de seguro) o la prestación de un servicio público.

Volviendo a la Resolución ésta precisa que existe una obligación tácita de seguridad, la que no se agota en el acto material de transfusión, sino que la obligación que se asume va más allá, porque no solo se obligan a realizar la transfusión sino que también no sea causa de un mal para el paciente, siendo éste la obligación de seguridad, y por ende, está ante un caso de responsabilidad contractual.

Cabe anotar que esto también ocurrió en Francia con el Arrêt Mercier del 20 de mayo de 1936 que aplica la responsabilidad contractual, pero solo para aprovechar el plazo prescriptorio, y la Cassazione N° 589/1999 expedida en Italia, donde se determina la responsabilidad contractual en base al “contacto social”, lo que denota una contractualización por conveniencia y no por seguir la naturaleza del daño.

Ciertamente, se puede apreciar que tiene lugar una tendencia contractualizadora (con base en diversos motivos y circunstancias, ya lo hemos visto), empero, cabe señalar que dentro de Europa existen algunos sistemas que no siguen esta tendencia. Así, pues, basta dirigirnos a países como Inglaterra en donde frene a esos casos de intrincada organización entre el médico, el personal de apoyo, el hospital, son siempre el hospital quien termina siendo responsable por el *staff* en su totalidad. (Gabriel 2015: 196)

Desde una percepción particular, el uso de los deberes de protección o de seguridad funciona en ambientes jurídicos en que entienden a la obligación desde el punto de vista unidimensional: prestación principal en sentido reducido, y como tal, muchas prestaciones complementarias estarían dejadas fuera de lado. Una apreciación seria de la relación obligatoria haría innecesario invocar la teoría de los deberes de protección, ya que la obligación dirigida a la satisfacción de un interés implica que no se entiende por cumplida hasta que logre tal satisfacción.

Por otro lado, el hecho de advertir deberes de protección no conlleva a priori determinar que el deber que se despliega sea una obligación, ya que los deberes complementarios siempre son parte y están presentes en todo deber. Así, no basta aludir a esta teoría para querer demostrar una relación obligatoria.

En el presente caso, se trata de actuaciones médicas efectuadas por el Instituto Materno Infantil (Ministerio de Salud), y que generalmente actúa como parte de la política pública de salud que el Estado realiza para cumplir con sus deberes para con sus ciudadanos, que no tiene nada que ver con alguna relación obligatoria, porque no se está ante un acreedor-deudor, ya explicado líneas atrás; no obstante, puede ofrecer sus servicios médicos bajo pago, surgiendo así las obligaciones médicas.

No se advierte en qué situación se encuentra el caso, pero pareciera indicar que como hay deberes de seguridad hay obligación, lo cual no es cierto, teniendo que encontrarse otro fundamento para considerarlo como responsabilidad por inejecución de obligaciones.

La actividad sanitaria que se desarrolle dentro del ámbito del Sistema Nacional de Salud será atribuible al Ministerio de Salud, salvo en los casos que por descentralización se haya transferido la competencia a los Gobiernos Regionales, que serán responsables tanto de los servicios prestados de manera directa por los hospitales públicos o de manera indirecta por centros privados concertados por convenio.

El funcionamiento del servicio causará daño en el sentido que se cause daños por negligencia médica sea por comisión u omisión, o que actúe conforme a los manuales médicos pero que éstos no se ajusten a los estándares mínimos de sanidad (por ejemplo, el caso de sangre contaminada, en la cual se hizo el cuidado según capacidad del instituto pero no el suficiente que se requiere).

Al respecto, el español Cueto Perez ha indicado con acierto lo siguiente:

El funcionamiento de nuestros servicios sanitarios habrá de ser valorado en función de los medios materiales y humanos disponibles en un determinado momento, en especial el número de centros, las diferencias existentes entre los servicios sanitarios urbanos y los que existen en el ámbito rural, el estado de la ciencia, la incorporación de nuevas aplicaciones terapéuticas, la complejidad de un determinado proceso, los resultados



obtenidos en supuestos de la misma índole...Todo ello teniendo en cuenta que nos movemos en un ámbito donde es difícil establecer reglas precisas sobre lo que puede o no puede resultar normal. Piénsese, por ejemplo, dónde podríamos establecer el límite, teniendo en cuenta las listas de espera que existen en la sanidad pública, del período de tiempo que se puede considerar razonable en la espera de una intervención quirúrgica. A todo, esto, cabe señalar las dificultades derivadas del hecho de la que obligación de actuar en el ámbito sanitario es una obligación de medios y no de resultados, lo que se exigen a la Administración es que desarrolle la actividad sanitaria, usando todos los medios a su alcance para satisfacer el derecho a la salud de los usuarios (...). La anormalidad del funcionamiento del servicio sólo podrá decretarse cuando la Administración no haya puesto al servicio de los usuarios todos los medios legalmente exigidos (Cueto 2006: 426)

Estas vicisitudes que ocurre en las actividades que dependen mucho del estado de la ciencia y de la capacidad de la institución hace que sea impracticable utilizar el criterio de imputación objetiva en todos los supuestos, ya que la actividad médica es en su mayoría de medios y no de resultados, y que se desarrolla por la *Lex Artis*, tanto cuando desempeña su actividad en un centro público como en un centro privado o en su consulta particular.

Se puede indicar que incluso en España, se toma en cuenta el criterio de *Lex Artis*, en la aTS de 23 de Septiembre de 2009, Rec. Casación 89/2008 en el cual se señala que “nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

Así, resulta mayormente los daños causados por culpa del médico dependiente (imputación subjetiva), siendo casos de excepción (por sus cambios históricos) los casos por ejemplo del caso anterior de transfusión sanguínea con VIH, que cuando no se podían descubrir esos anticuerpos sería catalogado como caso fortuito, pero luego cuando se crearon las prueba de detección entonces eran responsables por negligencia en hacer las pruebas o no hacerlas.

Esta situación advierte que “es flagrantemente contradictorio afirmar que la responsabilidad es objetiva y, al mismo tiempo, que sólo habrá que responder cuando se vulnera la *Lex Artis*” (Mir 2008: 634), aunque no se comparte que “funcionamiento anormal” es igual a “culpa” como indica Mir Puigpelat (2008: 634) porque esto solo hace que se aprecie un mal funcionamiento que puede estar ligado tanto a un criterio objetivo o subjetivo, ya que el funcionamiento como tal está dirigido al bienestar de los ciudadanos, o sea, está ligado al elemento daño.

Someter la asistencia sanitaria a un estándar de responsabilidad objetiva significa que el Estado Ejecutivo debe responder aunque no se haya vulnerado la *lex artis*, estos, aunque el servicio de asistencia sanitaria haya observado la diligencia exigible en el ámbito médico.

Puede que incluirse una cláusula en nuestra legislación nacional que consista en una exoneración de responsabilidad por ser inevitable según el estado de los conocimientos

de la ciencia y de la técnica, pero esto se da en productos defectuosos, o medioambiental, o sea, es supuestos de responsabilidad objetiva (riesgo de desarrollo), pero esto no lo convierte en responsabilidad subjetiva, ya que no remite al estándar de diligencia, que no obliga a adoptar todas las medidas de seguridad disponibles, sino sólo aquellas que tengan un costo proporcional al riesgo de que se produzca un daño que con ellas se pretende evitar, y siempre que su adopción no pueda ocasionar otros daños mayores.

De esta forma, bajo un estándar de responsabilidad objetiva, sólo quedarían sin indemnización, prácticamente, los daños derivados de enfermedades y afecciones incurables o de secuelas inevitables según el actual estadio científico-tecnológico: cánceres terminales, infartos muy graves, traumatismos derivados de accidentes muy graves, heridas letales de armas, enfermedades desconocidas, etc. Daños de este tipo, que acontecen diariamente, casi nunca llegan a los tribunales, porque las víctimas o sus familiares no suelen reclamar indemnización alguna en caso de que se produzcan, al resultar evidente que nada podría haber hecho la Administración sanitaria para evitarlos. (Mir 2008: 638)

Bajo este esquema serían resarcidos los daños derivados de errores de diagnóstico, y todos los daños derivados de tratamientos aplicados a enfermedades o afecciones curables en que el resultado no haya sido el habitual o que legítimamente cabía esperar, por lo que aun cuando se haya efectuado según la *lex artis*, acarreará responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria, bajo un criterio de imputación objetiva.

En el caso de transfusión de sangre contaminada, si se aplicaría responsabilidad objetiva, se haría responsable a la Administración Sanitaria desde que se haya sabido que esto ocurre, pueda o no hacer el test de verificación de pureza, pero si se responsabiliza por un mal test o no lo hizo (como el caso nacional antes narrado) se aplicaría una responsabilidad subjetiva, que sería más mesurado.

Como se puede apreciar, aquí resulta importante la *lex artis*, ya que la Administración Sanitaria solo debería responder como regla general por los daños derivados por un mal funcionamiento en base a una culpa objetiva, concretado bajo estándares de diligencia que serían los protocolos y guías médicas, donde se deduce que los pacientes de la sanidad pública no tienen derecho a que se les apliquen las técnicas de última generación, hechos imposibles en nuestro magro servicio público médico.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba debe aplicarse siempre que dicha prueba resulte mucho más costosa para la víctima de la Administración, lo cual ocurre de manera común en este tipo de caso, que requiere gran cantidad de información y conocimientos técnicos-científicos al alcance de los establecimientos médicos públicos pero inaccesibles para la víctima. De esta forma, una vez probados por la víctima el daño sufrido y la existencia de una relación de causalidad corresponderá a la Administración acreditar que la actuación médica se ajustó a los protocolos médicos y a la *lex artis*.

Excepcionalmente, se pueden establecer supuestos típicos de responsabilidad objetiva como en los casos de responsabilidad por productos sanitarios defectuosos, aplicadas en vacunaciones obligatorias, por ejemplo, o estar infectado por algo dentro del hospital cuando se internó por una lesión en la pierna. O también cuando son daños por métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas, en la cual debería ser responsabilidad objetiva, como un caso que ocurrió en el Hospital Loayza al tratarse con una vacuna nueva a una persona joven y afectó drásticamente su salud, salvo que haya sido aplicado por insistencia exclusiva del paciente (en base a un consentimiento informado).

Estos pareceres muestran la insostenibilidad de una responsabilidad objetiva sanitaria en todos los supuestos, siendo por el contrario, basarse en el estándar de diligencia de la *lex artis*.

Otro caso nacional del antes señalado nos advierte la Sentencia del Décimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, del 27 de abril de 2009, recaído en el Expediente N° 15990-2006, confirmada por la Sexta Sala Civil mediante Resolución del 9 de noviembre de 2009, sobre indemnización de daños y perjuicios interpuesto por Carmen Beatriz Guevara Salazar contra el Instituto Especializado Materno Perinatal de Lima.

Dicho caso consiste en que el 15 de agosto de 2004, la demandante dio a luz un bebe que por presentar un trastorno de coagulación se le decide realizar una transfusión de plasma fresco sin autorización de la madre y sin existir una situación de emergencia y sin haber cumplido los procedimientos establecidos en la Resolución Ministerial N° 614-2004/MINSA. El 22 de noviembre de 2004 la demandante tomó conocimiento de la infección de VIH que habría sufrido su hijo.

La sentencia realizó el juicio de responsabilidad en el marco de la responsabilidad aquiliana, lo cual resulta correcto, ya que la atención médica respondió a una asistencia pública sanitaria, en el marco de los deberes de asistencia estatal, y no en base a un contrato.

Asimismo, de otro lado, se ha determinado que el factor de riesgo de VIH no pudo ser detectado por los análisis de sangre como reactivos de última generación utilizados en el Banco de sangre de IEMP y que son de uso universal, además que había un cuadro de situación de emergencia, lo cual se establece para invocar el artículo 4° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, que señala que “ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia”.

Sin embargo, se advirtió también que el persona responsable del IEMP no tomó la declaración de la conducta de riesgo del donante correspondiente a la sangre infectada, lo cual constituye una negligencia en el cumplimiento de las funciones del personal médico y tecnólogo, y que no se informó de la transfusión sanguínea a la madre, por tanto quedó demostrado una infracción al estándar de conducta médico regulado por el procedimiento médico previamente aprobado, que conllevó a este daño a la salud irreversible.

Así, se aprecia una negligencia del personal médico que conlleva a dos cosas: una responsabilidad directa por parte de la IEMP (MINSA, esto es, el Estado), “sobre la base de la teoría de la identificación orgánica, que identifica al agente en el órgano, o sea, en el centro de imputación que constituye la unidad organizativa del ente público. En este modo, la hecho por el agente resulta directamente referible al Estado o al diverso ente de pertenencia” (Monateri 1998: 846).

Asimismo, conlleva también a indicar que no se aplica una responsabilidad objetiva, sino una subjetiva como culpa objetiva. Si se hubiera aplicado responsabilidad objetiva no habría posibilidad de analizar la culpa del dependiente, lo cual habría generado otro tipo de resultado en el escenario de que sí se hubiera cumplido el estándar médico, ya que se imputaría responsabilidad al Estado de forma incorrecta, al no tenerse en cuenta la *lex artis* imprescindible en estos casos.

Bajo este aspecto, se está de acuerdo en que “la regla general será la aplicación del criterio subjetivo por culpa en las situaciones de prevención unilateral del médico. Por excepción se terminará aplicando un criterio de imputación objetivo cuando el desarrollo de la técnica haya sido dominado por el profesional” (Buendía 2015: 166).

Por otro parte, se aprecia que a diferencia de otros países como España o países latinoamericanos con ley especial de responsabilidad civil del Estado, es que no se aplica en estos casos como en otros en que el daño es igual si proviene del particular o del Estado.

Por último, resulta necesario criticar el resarcimiento impuesto al Estado en esta sentencia, y que es de S/. 800,000, lo cual se establece sin justificar a qué tipo de daños se aplica de forma individual, para saber cuáles son por daños materiales y cuáles por daños inmateriales, lo que da mérito a que sea cuestionado en segunda instancia.

Sin embargo, dejando de lado que no se aprecia sustento, se debe analizar sin existe uno. Por daño emergente y lucro cesante puede hallarse una cuantificación deducible, lo que hace pensar que el monto es por daños materiales, esto es, por daño a la salud y daño moral (afectación psicológica), y que de todas formas se aprecia una función punitiva en acción, que como se ha indicado en las líneas iniciales de la presente investigación no resulta aplicable al Estado de igual intensidad que un particular, y por otra parte, resulta errado sancionarlo con montos exorbitantes, que no se aplican a las clínicas siendo ello una injusticia, solo porque se está ante el Estado y por ende con fondos elevados, lo cual no es cierto, ya que cada entidad pública maneja sus fondos, y el MINSA es el responsable, no otro Sector, además que siendo el Estado puede brindar el resarcimiento con otros tipos de prestaciones públicas, y no solo dinero.

Si bien se ha incluido este tipo de supuesto como ejemplo de responsabilidad civil aquiliana del Estado, esto no es unánime, ya que existe una posición fuerte de considerar que la relación establecimiento sanitario con el paciente es de una relación obligatoria, teniendo como fuente la ley (o en otros autores, la del contacto social), y que se inicia con la aceptación del paciente en el establecimiento sanitario, sea público o privado.

Al respecto, señala el jurista italiano Paradiso (2015: 634) lo siguiente:

(...) aquí no se trata de <justificar> o reconducir a sistema toda una relación contractual, sino solo *algunos aspectos* referidos a su ejecución. En efecto, no se establece la exigencia de atribuir al paciente todas las tutelas que nacen de un contrato: la acción de mantenimiento, eventuales intimaciones o excepciones de incumplimiento, los actos de disentimiento, etc., son ejercidos directamente frente a la entidad sanitaria o a la clínica privada. Y, de manera análoga, no es frente al médico que el paciente asume las obligaciones que el contrato en cuestión pone a cargo suyo y, en especial, el deber de pagar la contraprestación. Por lo tanto, consideramos inapropiado la referencia al contrato de hecho, porque no existe la exigencia de reconducir al médico y al paciente toda una posición contractual, una serie de derechos y deberes que son extraños respecto a su relación y que encuentran, en cambio, su razón de ser en otro vínculo, precisamente, en el vínculo entre el paciente y el hospital.

En parte se está de acuerdo, debido a que la relación médico(enfocado en establecimiento sanitario)-paciente no atribuye a éste último, los mecanismos de tutela de crédito, y menos los de tutela contractual, sea judicial o extrajudicial, no cabe mora del deudor, ni acreedor, acción pauliana, subrogatoria, teniendo solo de similar en vínculo jurídico que se genera, de compromiso a tratarlo médicamente, porque la Ley General de



Salud lo ordena, siendo por ello incorrecto relación obligatoria por contacto social, pero se pone en duda que una relación jurídica se impute como obligatoria, cuando no tiene todos sus elementos y sus tutelas, y si esto no es fundamental, entonces llevaría a razonar que tampoco es fundamento para justificarlo como diferencia entre responsabilidad por inejecución de obligaciones y la aquiliana.

No obstante, existen “prestaciones” que se advierten en la relación jurídica Establecimiento Sanitario – paciente “puesto que se articula una serie de prestaciones y deberes específicos: lealtad recíproca, diligencia y pericia profesionales, informaciones antes y durante el tratamiento médico, e incluso luego de que se han terminado las terapias.

Por consiguiente, una serie de deberes entre sujetos determinados y de contenido específico, dirigidos a satisfacer un interés predefinido; no el interés genérico a no sufrir lesiones en la esfera de los derechos propios” (Paradiso 2015: 636), aunque en forma particular no resultaría suficiente para catalogar como relación obligatoria.

Aún bajo este concepto, se parte de la diligencia objetiva y relativa: “si la prestación no alcanza el nivel objetivo de la diligencia media, el deudor no habrá cumplido; sobre este punto no hay discusión.

Sin embargo, debemos observar también que la diligencia a tomar cómo parámetro es relativa , porque varía en función al tipo de contrato, al objeto de la prestación y a la misma cualificación profesional del deudor” (Paradiso 2015: 637), lo que implica que no es una responsabilidad objetiva que se aplica en este tipo de responsabilidad, bajo el riesgo de que se promueve una conducta defensiva de los médicos a no intervenir en casos complejos, y abandonar ciertas especialidades médicas que se consideran muy expuestas al riesgo de consecuencias perjudiciales (Ponzanelli 1992: 31).

### **3. Crítica a la excesiva generalidad de la imputación objetiva aplicada a todos los supuestos de estos daños**

Fernández Cruz y León Hilario (2007: 80) señalan con acierto lo siguiente:

Un frecuente y grueso error de muchos de los juristas del *civil law* es el de generalizar y pensar que existen actividades que, en su totalidad, puedan ser llevadas a supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva o subjetiva. Ello dependerá, en realidad, de la identificación de las capacidades de prevención exigibles a los sujetos en cada supuesto en particular y, llegado el caso, de la necesidad de contrastar este hecho con la función de incentivación de actividades.

Y esto es lo que pasa en la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo ya que, por lo analizado en los supuestos anteriores, puede apreciarse que no puede sostenerse que la factibilidad jurídica de asignar el daño a la Administración Pública “está referida a contar un factor atributivo objetivo o fundamento jurídicamente relevante que permita asignar el deber de compensación al Estado, ocupando el papel que en la responsabilidad patrimonial tiene la imputabilidad (culpa o dolo), que es inaplicable en la responsabilidad estatal” (Morón 2011: 763), porque dependerá del tipo de actividad que se despliega y genera daños.

Cabe anotar, que se parte indicando que la predominancia de la responsabilidad por culpa es indudable, siendo absurdo pensar que se está ante una tendencia de que todo daño será juzgado en el futuro bajo responsabilidad objetiva. Monateri (2001: 122) ha indicado con acierto lo siguiente:

(...) se puede concluir que la culpa es superior a la responsabilidad objetiva en situaciones dudosas porque no se corre el riesgo de aumentar la frecuencia y la gravedad de los accidentes. Emplear la responsabilidad objetiva en lugar de la culpa puede inducir a las víctimas a no asumir prevenciones justificadas por un análisis racional de los costos y de los beneficios, y puede conducir a los dañadores potenciales a ser demasiados cautos en sus actividades. Existirá también la posibilidad de que se generen accidentes más frecuentes y graves. Contrariamente, emplear la culpa en lugar de la responsabilidad objetiva no tiene efectos en el plano de la prevención, pero tiene efectos distributivos en las víctimas potenciales.

Existen supuestos ligados al avance científico que hace sostener que no cabe responsabilidad estatal demostrando que el estado de la ciencia y de la técnica al tiempo de la producción del daño no ponía a su disposición (a través del dependiente) ninguna medida de cuidado que permitiera evitarlo a un costo razonable en atención al riesgo previsible, y esto puede presentarse en diversos supuestos, sea privados o públicos.

Por otra parte, un apreciación evidente es que no puede determinarse un criterio de imputación por el tipo de sujeto dañante sino por el tipo de daño ocasionado, siendo cualquier apreciación en contrario algo absurdo y un despropósito. En efecto, establecer que para el Estado todos los daños ocasionados serán evaluados por criterio de imputación objetiva, mientras que para los privados será en función al supuesto dañoso concreto resulta a todas luces una desigualdad injustificada, en detrimento del Estado. No es por ello correcto o atinado a la razón prescribir exactamente el mismo régimen para todos los casos de responsabilidad civil aquiliana en los que se ve envuelta una Administración Pública, porque lo que puede ser una solución apropiada en algunos ámbitos puede no serlo en otros, donde las necesidades difieren.

Tan evidente es esta apreciación que aun cuando se proclama retóricamente la responsabilidad objetiva del Estado Ejecutivo diversos casos presentados se resuelven como si dicha responsabilidad respondiese por una actuación negligente. Por ejemplo, en el caso de asistencia sanitaria (partiendo del rechazo de la posición que son todos supuestos de responsabilidad por inejecución de obligaciones), “consideran que el particular tiene el deber jurídico de soportar los daños ocasionados si la correspondiente intervención fue realizada conforme a la *lex artis* y el paciente prestó antes su consentimiento después de haber sido informado adecuadamente de los riesgos que aquella implicaba, es decir, si el servicio público sanitario funcionó correctamente” (Doménech 2010: 203).

Por ello se ha indicado también que “ni en el ámbito civil ni en el administrativo hay un único régimen de responsabilidad, sino un sistema mixto que combina responsabilidad por culpa, la responsabilidad objetivada y la responsabilidad objetiva en sentido estricto, porque (...) estos tipos de responsabilidad no son excluyentes, sino complementarios” (Desdentado 2000: 552).

Por otro lado, si revisamos el texto del artículo 238 de la Ley N° 27444, que dice las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos

directamente prestados por aquéllas y que no hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias, producto de su copia española, es posible interpretar ésta ambigua disposición en clave culpabilística, bajo determinadas circunstancias. Cabe entender que, en ciertos supuestos, existe un deber de soportar los daños ocasionados por el Estado Ejecutivo, cuando sus servidores se hayan empleado con la diligencia debida, (además que no hace mención expresa a optar por un criterio de imputación determinado).

Esto tiene una ventaja, denominada *función informativa de la responsabilidad por culpa* que resulta importante cuando una organización, como la Administración Pública responde por la actuación de sus agentes, ya que permite analizar en los correspondientes procesos si los agentes han actuado correcta o incorrectamente, que permite a la Administración responsable conseguir valiosa información relativa a la diligencia con la que éstos se han empleado, información que puede ser utilizada para controlarlos y asegurar el cumplimiento cabal de sus deberes (Doménech 2010: 213).

Por otra parte, la responsabilidad objetiva es un arma que debe emplearse de forma prudente y solo en los casos que pueda ayudar a cumplir los fines de la responsabilidad civil, y mucho más cuando se pretende aplicar en la actuación administrativa, ya que la responsabilidad objetiva implicará que el Estado Ejecutivo soporte el riesgo de los daños causados a pesar del correcto funcionamiento de los servicios públicos, en consecuencia aumentará los costos que a la Administración le acarrea prestar el correspondiente servicio, lo que en buena lógica provocará una disminución del volumen de la prestación, tendrá un cierto efecto inhibitorio, y es por ello que menos aún se puede establecer que toda responsabilidad del Estado Ejecutivo se evalúe por criterio de imputación objetiva.

Entonces, habrá actividades administrativas respecto de las cuales resulte pertinente la responsabilidad por culpa y otras, excepcionalmente, por responsabilidad objetiva. Respecto a la primera opción, se ha señalado lo siguiente:

Pensemos, por ejemplo, en los casos en los que la Administración tiene encomendada la función de controlar *ex ante* –v.gr., mediante un procedimiento de autorización- o *ex post* una actividad privada peligrosa para el orden público—v.gr., la comercialización de medicamentos, la urbanización de terrenos, la construcción de edificios, el ejercicio de ciertas profesiones, el funcionamiento de instalaciones industriales, etc.- al objeto de determinar en qué medida resulta esta actividad compatible con el ordenamiento jurídico y, en su caso, adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar o restablecer la legalidad amenazada o conculcada. Aplicar aquí el canon de la responsabilidad objetiva encierra el riesgo de que se relajen excesivamente aquellos controles públicos, de que la Administración se inhiba demasiado en estos ámbitos y, correlativamente, de que los particulares eleven el nivel de realización de tales actividades peligrosas por encima del que sería socialmente óptimo. Aplicar la regla de la culpa genera, ciertamente, el riesgo de que la Administración intervenga demasiado en el libre desarrollo de esas actividades y de que éstas no alcancen el nivel de realización que sería deseable para la comunidad, pero estas consecuencias negativas no parecen tan graves como las de la solución alternativa por varias razones. (Doménech 2010: 218)

En efecto, se advierte que la opción por un criterio de imputación objetiva o subjetiva trae efectos negativos y positivos, y la cuestión es medir en la balanza los pros y

contras. Así, si fuera responsabilidad subjetiva habría el riesgo de una excesiva intervención pública que limite demasiado el libre desarrollo de estas actividades peligrosas, pero ello puede ser afrontado por otros medios distintos a la responsabilidad objetiva, ya que pueden impugnarse judicialmente y obtener la anulación de las disposiciones y actos administrativos que restrinjan desproporcionada o ilegalmente sus derechos, así como conseguir el restablecimiento y reconocimiento de los mismos.

Por otra parte, no se niega que en algunos supuestos resulte más conveniente la responsabilidad objetiva, por ejemplo, en la Administración Tributaria, que se basa en datos objetivos para la imposición de tributos. También, por ejemplo, cuando la Administración Pública ejerce la potestad sancionadora que va dirigida hacia los administrados. Por ejemplo, daños ocasionados por el cierre del bingo en base a una resolución anulada por ser ilegal.

Desde otro punto de vista crítico, se cuestiona (como se ha hecho en este trabajo) la distinción de funcionamiento normal o anormal si ambos responden por responsabilidad objetiva. Así se indica que “confieso que no he logrado entender la justificación del discurso dominante de la doctrina sobre los criterios de imputación de responsabilidad a la Administración, porque, desde sus premisas, no tendría que haber otro criterio de imputación que la “conexión causal entre el daño y la actuación de una Administración Pública”. En concreto: ¿por qué se teoriza cuando el funcionamiento de un servicio debe considerarse anormal, si se piensa que a efectos de responsabilidad es exactamente igual que sea normal” (Pantaleón 1994: 247).

En sede nacional se critica también el carácter totalitario de que se aplique la responsabilidad objetiva, aunque bajo sustentos basados en un desconocimiento del derecho civil, se puede rescatar esto: “la responsabilidad no tiene por qué ser objetiva, más aun cuando en ocasiones es preciso recurrir al funcionamiento anormal de la Administración como criterio de imputación, como hemos visto sucede, por ejemplo, en la conducta omisiva” “la regla general debería ser atribuir responsabilidad a la Administración cuando haya un funcionamiento anormal, cuando no se respete ese parámetro razonable de actuación (...), y la Administración responderá objetivamente cuando su actuación cree un riesgo especial” (Baca 2010: 248).

Al respecto, se puede decir que para que ocurra daño debe haber necesariamente un funcionamiento anormal, y a partir de ahí puede ser aplicada responsabilidad objetiva o subjetiva, no siendo por tanto consustanciales, aunque se está de acuerdo que cuando haya riesgo (riesgo como ocurre en un privado) responda objetivamente.

Otro autor administrativista, siguiendo a Baca Oneto, cuestiona también la responsabilidad objetiva, apoyándose también en la norma reformada que añade las causas no imputables faltantes, haciendo el régimen semiobjetivo (por tener eximentes de responsabilidad), indicando que “existen más que indicios de un lento virar hacia un régimen híbrido de responsabilidad patrimonial” (Vignolo 2011: 404).

Por otro lado, algo puede percibirse después del análisis comparativo con los países de la región latinoamericana y es que la responsabilidad objetiva se está aplicando también, pero por otro lado, Italia, Francia (y Alemania) se rigen de forma fundamental sobre la culpa, aunque también tienen supuestos de responsabilidad objetiva, detalladamente acotados; sin embargo, resulta conveniente para el Perú tener una



legislación similar con sus países vecinos, pero, ¿Cuál legislación?, pues la correcta, ya que de nada sirve tener legislación similar si está funciona mal.

Otro aspecto a tener en cuenta es que se alude a que el Estado Ejecutivo - Estado Administrador actúa bajo un riesgo que sustenta la responsabilidad objetiva, pero eso es incorrecto porque no siempre su actuación es siempre de riesgos, y menos hacer referencia al riesgo beneficio, porque siendo el Estado no dirige su actuación para obtener un lucro o interés propio, sino que por definición es para el interés de la sociedad (incluida a las potenciales víctimas), siendo ilógico tratar responsabilidad objetiva al Estado cuando actúa sin fines de lucro, y culposa al privado cuando actúa por lucro.

Eso no significa que hubiere situaciones de riesgo o peligro imputables a la Administración Pública, pero eso no depende solo del *status* del dañante sino del tipo de actividad que está realizando también.

Sin perjuicio de ello, el interés general sirve para justificar hipótesis puntuales y excepcionales de responsabilidad objetiva, “en Francia, el criterio de beneficio es manejado, en el seno del principio de igualdad ante las cargas públicas, para explicar y justificar algunos supuestos de responsabilidad objetiva; pero ni fundamenta la totalidad de los supuestos de responsabilidad objetiva ni, mucho menos, una responsabilidad objetiva global de la Administración” (Mir 2002: 207).

Por otro lado, los administrativistas basan como otro fundamento el principio de igualdad ante las cargas públicas, que sostiene que la víctima debe ser indemnizada porque el daño por ella sufrido –no la actividad administrativa que lo ha producido- es discriminatorio, contrario al principio de igualdad, pero esto solo tiene cabida cuando se refiere a cuestiones expropiatorias, mas no de responsabilidad civil, y aunque fuera así no justifica en nada que se opte por responsabilidad objetiva.

Otra crítica que es conocida es que la responsabilidad objetiva genera costos al dañante mucho más elevados que la responsabilidad subjetiva, y por ende, ello ha llevado a que sea tenga que ser medido al momento de determinar la responsabilidad objetiva en determinados supuestos, y esto es lo que se critica en España con su régimen objetivo absoluto, siendo un país europeo.

Con mayor razón, Perú que no tiene fondos económicos a ese nivel, no puede soportar un régimen de responsabilidad objetiva absoluto. Si bien esto no se refleja como alerta en nuestro sistema, lo es porque no hay costumbre de demandar al Estado, por todos los daños que ocasiona, pero cuando es sometido es duramente sujeto a grandes resarcimientos económicos.

Por ello, el Perú está en una situación potencialmente inasumible de responder en forma objetiva en todos los supuestos, y es indudable que el costo económico debe ser valorado, sobre todo cuando se trata del sistema de responsabilidad civil de la Administración Pública, basado en recursos públicos, que podría generar el riesgo (cuando esto incida más en el país) de aumentar los tributos y seguir su actividad, o reducir su cantidad: prestar menos asistencia sanitaria, menos educación, menos labor social, lo cual en un país como el nuestro que requiere esto con urgencia resulta insostenible.

Además, eso podría funcionar en los privados que tienen la opción de cambiar de giro de negocio, asumir operaciones con menor riesgo, pero no lo puede hacer el Estado, ya que son políticas públicas y por tanto está obligado a efectuarlo y aumentar su incidencia, prestando los servicios públicos correspondientes.

Otro asunto de objeción es que si resulta indiferente la conducta de la Administración, a través de sus empleados públicos, y solo importa la existencia del daño, no podría el Estado Ejecutivo controlar dicha conducta, porque no tiene sentido averiguarla, a menos no en la mayoría de supuestos, siendo solo necesario en algunos supuestos de responsabilidad objetiva.

Y esto es porque se tiene la responsabilidad disciplinaria y aparte en la vía civil la acción de regreso. No obstante, esto en el Perú no llega a investigarse, o aplicar la vía de regreso, por lo que se pierde la oportunidad de que el Estado Ejecutivo establezca controles de la conducta de sus empleados.

Siendo este el escenario, por las circunstancias propias de nuestro país, la responsabilidad objetiva impediría dicho control, ya que el Estado haría actos dañosos y solo estaría sujeto a resarcir, y no internalizar las conductas de sus empleados públicos. “la condena de la Administración, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, no lleva aparejada la reprobación inherente a la responsabilidad por culpa” (Delvolvé, Pierre. Citado por Mir 2002: 239).

Mir Puigpelat (2002: 242) señala en España que “el sistema de responsabilidad objetiva global resulta –se dice– más solidario con las víctimas de la actuación administrativa porque les garantiza indemnización en un número mayor de supuestos. El sistema de responsabilidad objetiva sería, así, más progresista que otro dotado de un alcance más limitado”, lo cual puede aplicarse en el país ya que hemos sido testigo de que en caso de responsabilidad por accidentes de vehículos, se optó por responsabilidad objetiva justamente con la consigna de proteger mejor a la víctima, exonerándole de demostrar la culpa, y bajo una misma lógica se aplica a la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, pero aquí no resulta atendible ya que destinar montos para pagar grandes resarcimientos y no para los servicios públicos que sí cumplen directamente el rol de solidaridad, sería justamente socavar la solidaridad.

Por ello, Mir Puigpelat (2002: 251) establece que resulta necesario limitar el alcance de la responsabilidad civil aquiliana de la Administración Pública, no siendo una medida regresiva, contraria a los principios de solidaridad y redistribución de la renta, sino que es una medida progresista en el caso de que los recursos públicos que libere (esto es, el dinero público que deje de ser canalizado a través de la responsabilidad civil) sean destinados a ampliar y reforzar la cobertura de la seguridad social y a resarcir a quienes realmente lo necesitan.

Si bien no es una crítica a la responsabilidad objetiva, resulta oportuno hacer presente que no solo existe una mala apreciación del criterio de imputación sino que esto se advierte en todos los elementos ambiguos que nuestra legislación (por seguir a la española) aborda para la responsabilidad del Estado, por ejemplo cuando señala “Tampoco hay lugar a reparación cuando el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”, porque es “un criterio sumamente ambiguo cuya aplicabilidad o no a cada caso concreto es algo a despejar previamente al análisis y

resolución de cada caso mismo. En suma, la ya célebre fórmula no pasa de ser sino una buena expresión doctrinal o académica para indicar de modo sintético una idea que lleva implícita la necesidad de que la Ley intervenga para darle cuerpo, aunque lo sea por vía negativa, pues de suyo la fórmula es insuficiente” (López 1999: 22).

Esto afecta a la seguridad y más como en un país como el nuestro en que la judicatura no tiene un nivel de conocimiento y apreciación adecuada en los juicios de responsabilidad civil, que obliga, aunque no se quiera, de establecer criterios específicos de determinación de responsabilidad civil, caso contrario, se correría el riesgo de que el juez de un contenido y alcance distinto a la responsabilidad del Estado, que se ha apreciado en los casos jurisprudenciales analizados precedentemente, en la cual se aprecia una incapacidad de elaborar un esquema diáfano de reglas jurisprudenciales que disciplinen la materia y generen previsibilidad, situación que es común también en otros supuestos especiales de responsabilidad civil.

En efecto, de los casos desarrollados jurisprudencialmente, por la casi desesperación de reglas claras (lo cual es ya de por sí difícil en materia de responsabilidad civil aquiliana) han hecho mano de lo menos difícil: hacerlo contractual y por ende aplicar sus reglas, o sino atendiendo exclusivamente a las concretas circunstancias del caso en juicio, y de forma un tanto intuitiva, son resueltas, hallando un responsable, sea quien fuere, pero no propugnando criterios generales aplicables a los principales grupos de casos, no desarrollar cada uno de sus elementos. Es más, muchas veces no aplican la ley especial sino el Código Civil (solo referencias a veces), advirtiendo quizás una hipótesis de que por qué ocurre esto: Si no aplicas la ley especial, no puedes conocer sus defectos, y por ende no formar criterios generales de aplicación.

No obstante, ha habido intentos de desarrollo pero a nivel de casos de arbitraje que por su carácter confidencial y de larga ejecución no es fácil de hallarlos y crear en base a ellos un criterio general.

Pero en ambos escenarios no se respeta el principio de igualdad y de seguridad jurídica porque basta con que el demandado sea el Estado para exigir millones de soles, sin fijarse o tener en cuenta el daño ocasionado y su magnitud hacia la víctima, aludiendo a la función punitiva (criticada líneas en el primer capítulo) sin tener en consideraciones los límites presupuestales que tiene una entidad pública, que por tener autonomía presupuestal no puede pedir que otra entidad asuma sus deudas, o pensar si quiera que existe un fondo común para que cobren todos los daños, generando una injusticia, lo que implica que se debe tener en cuenta la disponibilidad económica que resulta fundamental en toda regulación de un sistema de responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, y esto por ello debe partir del legislador (que siendo otro poder del Estado, se presumiría su imparcialidad).

#### **4. La necesidad de una limitación y reconfiguración del criterio de imputación aplicable en estos daños**

Guido Alpa (2002: 327) acertadamente ha señalado lo siguiente:

En el panorama de los sistemas de los países que forman parte de la Unión Europea se aprecian diversos modelos de responsabilidad civil: en algunos de ellos todavía prevalece

el principio “no hay responsabilidad si no existe culpa”, como ocurre en Francia y en Gran Bretaña; las hipótesis de responsabilidad sin culpa se deben a leyes especiales o a normativas de aplicación de las Directivas comunitarias, como la relativa a la responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos, que trataremos más adelante. En Alemania se ha adoptado el sistema binario. En Italia la situación es más detallada, porque la doctrina está dividida en relación con las modalidades de explicación del sector; hay quienes insisten en la unitariedad del “sistema” y, por lo tanto, siguen ubicando a la culpa en el centro de la institución; otros toman partido por el sistema binario; otros consideran excepcionales las reglas que imponen una responsabilidad sin culpa, así como las reglas que atenúan el régimen de responsabilidad objetiva; otros consideran insuficiente el sistema fundado en la culpa, y que es necesaria la adopción de modelos objetivos; otros consideran afirmado el principio del riesgo, y que es indiscutible la adscripción a éste de la responsabilidad de los patrones y comitentes, del que ejerce actividades peligrosas, del propietario de animales y del propietario de vehículos.

Como se puede apreciar, a nivel de los grandes sistemas jurídicos, la responsabilidad objetiva nunca ha sido de aplicación como regla general en algún supuesto de daño, y menos por la sola condición del sujeto dañante, sino en función al riesgo de la actividad o a determinados supuestos que ameritan una respuesta rápida de resarcimiento.

Ello se aprecia tanto en los daños ocasionados por la actividad o inactividad del Estado Ejecutivo, en la cual se indica lo siguiente:

En general, en los casos de inactividad material cuando la responsabilidad patrimonial se fundamente en deberes tan amplios como las funciones de control, vigilancia o inspección sobre hechos de terceros que ocasionan un daño puede cobrar una especial relevancia examinar si la conducta de la Administración ha sido o no diligente para evitar un desbordamiento del sistema. En determinados casos, sin embargo, debido a la especial situación de peligro innato en que se sitúa a la persona parece más oportuno atender preferentemente al resultado y, por tanto, a una responsabilidad de índole objetiva. (Aguado y Nettel 2009: 346)

De todo lo indicado en el presente trabajo resulta evidente que una responsabilidad objetiva en todos los supuestos de responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo resulta insostenible, siendo necesario determinar el alcance que debe tener la responsabilidad objetiva, descartando que se propugne eliminarlo, sino restringirlo a bases mínimas, de forma igualitaria, en este aspecto, a lo regulado en los privados, siendo excepcional en casos expresa y típicamente previstos en la ley.

Para ello se debe partir que la responsabilidad civil aquiliana ocurre cuando se ejerce una actuación anormal de los servicios públicos, sea en su fundamento, sea en la manera como se desarrolla, no siendo responsable cuando haya actuado conforme el ordenamiento jurídico, esto es, cuando el Estado Ejecutivo haya ejercido de forma adecuada su *ius imperium*, y esto sería la regla general de este supuesto especial de responsabilidad civil. Esto implica una modificación por parte del legislador a la regla actual para evitar que su aplicación sea confusa o sea confundida por la doctrina administrativista.

Teniendo en cuenta que la actuación del Estado se basa en una serie de parámetros (imparcialidad, corrección, y demás principios del Código de Ética Pública) que debe seguirse, a través de sus servidores públicos, resulta pertinente partir de la idea de la culpa objetiva, como en Italia (a través de la Cassazione núm 500/1999), pero esto se señala no queriendo decir que la Administración Pública como ente abstracto tenga capacidad



volitiva, sino que se trata de una ficción que “encubre y simplifica lo que en realidad ha ocurrido: que un concreto agente administrativo ha incurrido en culpa o ha actuado de forma anormal” (Mir 2002: 259), aunque si bien puede ocurrir casos en que no se identifique al causante, o que sea un grupo de personas indeterminadas integradas en la organización administrativa, se queda claro que el daño proviene de la Administración Pública, de su funcionamiento anormal.

Entonces, el parámetro culpabilístico se encontraría medido por el modelo de funcionario diligente que está en el Código de Ética Pública o la Ley N° 30057, Ley Servir, que propugna y asegura que ninguno servidor se encuentre trabajando en la Administración con conocimientos y capacidades inferiores a los principios de la función pública.

Si ello es (o debería ser) así, someter a la Administración a una responsabilidad por culpa subjetiva de sus agentes en lugar de a una responsabilidad por culpa objetiva de los mismos solo permitiría ampliar, no ya limitar el derecho al resarcimiento de los particulares: no habiendo agentes administrativos con conocimientos y capacidades inferiores al modelo de referencia (el funcionario diligente), la culpa subjetiva permitiría desencadenar la responsabilidad de la Administración en aquellos supuestos en que el concreto agente poseyera y no utilizara unos conocimientos o capacidades superiores a los del funcionario diligente de referencia. (Mir 2002: 260)

Como ya se había mencionado, el modelo de conducta del servidor parte del Código de Ética Pública y/o la Ley Servir, donde se determina el catálogo de normas de diligencia de forma general, pero resulta necesario que se señale las normas de conducta en cada uno de los sectores de la administración pública, y dentro de los mismos, en el ejercicio de las distintas actividades que integran cada uno de ellos, no considerando que sea útil solo hacer referencia a una cláusula general de conducta objetiva, que deberá ser trasladada la tarea de precisar su contenido al órgano jurisdiccional que de por sí, en el ámbito nacional, no tiene la capacidad jurídica para afrontar esta tarea.

También resulta tomar en cuenta en la elaboración de los estándares de diligencia las limitaciones presupuestales que influyen en el grado de exigencia de diligencia, lo que no implica dejar de lado las medidas de diligencia que fueran más caras que los daños esperados porque toda actividad se enmarca en el cumplimiento de políticas públicas que deben ejecutarse de todas formas.

Dichos estándares redundan en beneficio de la seguridad jurídica; y la mayor seguridad jurídica interesa a todos: a) beneficia a los ciudadanos, que sabrán con certeza cuándo tendrán derecho a indemnización y cuándo no (evitándose así que proliferen reclamaciones de responsabilidad destinadas al fracaso - y reduciéndose, de esta forma, los costes terciarios-); b) beneficia a la Administración y a la calidad y eficacia de su actuación, pues si la Administración sabe a qué atenerse, qué hacer para no incurrir en responsabilidad civil, es muy posible que lo lleve a cabo; c) beneficia a los propios jueces, a quienes facilita enormemente la función jurisdiccional y, en particular, la función de control del buen funcionamiento de la Administración que deben efectuar y que justifica, en último término, como sabemos, la propia institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. (Mir 2002: 264)

Los estándares de conducta estarían en los protocolos que aprueba el Sector Público correspondiente, donde se establezcan las pruebas y análisis que habrá que hacer a los pacientes en función de los síntomas que presenten, los análisis a que debe someterse la sangre destinada a transfusión, el procedimiento de atención, protocolo de cómo deben

actuar los profesores de los colegios públicos, protocolos de actuación de las fuerzas armadas y policial (empleo de armas de fuego, procedimiento de intervención militar y policial), intervención y tratamiento de reclusos en establecimientos penitenciarios, sanitarias, psiquiátricos, revisión técnica que la Administración debe efectuar antes de autorizar cualquier tipo de instalación o empresa, inspecciones sanitarias, por solo citar algunos.

Estos concretos parámetros normativos de diligencia, como corresponde, han sido ya fijados como en salud y educación, pero en el resto deberán ser fijados como debe de ser por parte del Sector Público correspondiente. No obstante, esto no será suficiente para poder abarcar todos los casos, además que requerirán ser actualizados de forma constante, siendo por ello necesario una cláusula general de diligencia, pero que vendrá a la par con una delimitación quizás ineficiente y se tenga que más aún necesitar de la cláusula general.

Justamente por la pérdida de vigencia de la norma, puede ocurrir que los protocolos aprobados o lineamientos sean desactualizado frente al avance de la ciencia y tecnología que se aplicaba, por lo que cabría igual responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo si por ejemplo el médico actuó conforme el protocolo, pero conocía o pudo conocer el estado de aplicación de esa ciencia al caso concreto.

Es por esto que resulta dable una cláusula de cierre que opere excepcionalmente, cuando los estándares normativos concretos fallen o sean insuficientes, ya que tiene la virtud de ser flexible y adaptable (partiendo de buena fe respecto al intérprete). Con ello se evita mayor maniobra injustificada del Juez que genere una excesiva forma de (mal) interpretar los protocolos.

“Esta cláusula general de diligencia, además, debe partir del estándar medio de diligencia exigido a sujetos públicos y privados y de las posibilidades reales –no imaginarias– de las Administraciones públicas del país” (Mir 2002: 280).

El hecho de diversificar los supuestos de hechos no solo debe hacerse al nivel del criterio de imputación, sino también respecto de todos los elementos que deben ser adaptados cuando la especialidad de la actuación administrativa, sea actividad jurídica o material, así lo requieran. Eso implica, que no puede restringirse a una sola teoría de relación causal y de daños resarcibles, que al igual que los particulares, no debe depender mucho del sujeto sino del sector donde se desarrolla el hecho dañoso.

Una primera distinción respecto al juicio de responsabilidad civil aquiliano del Estado Ejecutivo es cuando se trata de actuación jurídica, esto es, la emisión de actos administrativos, y por otro lado, cuando se trata de actuación material, esto es, el funcionamiento de los servicios públicos.

Aunque no se profundizará aquí el supuesto de daños por actuación jurídica, se puede decir que la legislación nacional solo hace esta mención: *Artículo 238.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización*, lo que hace imprescindible diferencias las reglas de responsabilidad en este supuesto sobre las reglas aplicables al supuesto de actuación material.

Respecto a la responsabilidad por actos administrativos, el criterio de imputación podría ser objetivo, en tanto basta que se demuestre que el acto administrativo era contrario a derecho, pero más adecuado sería una culpa presunta, ya que la emisión de un acto administrativo “ilegal” podría fundarse en una interpretación razonable (por ejemplo, haber seguido los precedentes anteriores), o por ser primeras interpretaciones de una norma ambigua o confusa que luego el órgano rector emite la interpretación correcta, o se trata de un acto administrativo en base a una norma luego considerada ilegal. Así, se podría admitir prueba en contrario sobre tal presunción, estando este caso fuera del ámbito de la responsabilidad objetiva.

Cabe anotar que, respecto al daño resarcible, este tipo de responsabilidad se genera cuando el acto administrativo incide cuando causa detrimento en la esfera jurídica de los particulares, desfavoreciendo su situación jurídica, como por ejemplo, daños ocasionados por sanciones administrativas, órdenes de cierre de establecimiento, órdenes de paralización de obras, pero también cuando genera una pérdida de chance, como se ha explicado en el apartado del daño, descartando cualquier mera expectativa.

Esto ya de por sí implica que el legislador desarrolle también el alcance de la responsabilidad, o sea, la elaboración de un sistema articulado de responsabilidad civil aquiliana que pretendiera dar una respuesta satisfactoria y completa a los numerosos problemas que dicha manifestación de la actuación administrativa presenta.

Siendo ello así, si se aplica en los casos analizados se puede sostener que el sector de la asistencia sanitaria está ligado a las limitaciones científico-técnicas por lo que no podría partir como responsabilidad objetiva salvo las intervenciones con riesgo mínimo de fallas de acuerdo a la *lex artis*, como por ejemplo, los daños producidos por los virus y bacterias intrahospitalarios, productos medicamente defectuosos, pero que en la generalidad de los casos debe basarse en la culpa objetiva, en base a protocolos médicos, donde se desarrollen los parámetros de diligencia, y como contrapartida ocurrirá presunciones de culpa, *iuris tantum*, y poder encontrar una responsabilidad civil eficiente del Estado Ejecutivo.

Excepcionalmente, se pueden establecer supuestos típicos de responsabilidad objetiva como en los casos de responsabilidad por productos sanitarios defectuosos, aplicadas en vacunaciones obligatorias, por ejemplo, o estar infectado por algo dentro del hospital cuando se internó por una lesión en la pierna. O también cuando son daños por métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas, en la cual debería ser responsabilidad objetiva, como un caso que ocurrió en el Hospital Loayza al tratarse con una vacuna nueva a una persona joven y afectó drásticamente su salud, salvo que haya sido aplicado por insistencia exclusiva del paciente (en base a un consentimiento informado).

También en el ámbito de las “listas de espera” que comportan una atención tardía que puede ocasionar daños irreversibles que deberían ser resarcidos no siempre se tratará de una cuestión de *lex artis* por cuanto puede suceder que pese a la priorización de un determinado caso la atención que requiere pueda llegar demasiado tarde para evitar la causación del daño (Aguado y Nettel 2009: 347).

Estos pareceres muestran la insostenibilidad de una responsabilidad objetiva sanitaria en todos los supuestos, siendo por el contrario, basarse en el estándar de diligencia de la *lex artis*.

Respecto a los daños ocasionados por las fuerzas policiales o militares, es claro que en el marco de sus funciones pueden efectuar interceptación de las telecomunicaciones, entrada forzada a domicilios, uso de la fuerza, que si bien se basan en la protección del interés público, deben realizarse en la medida en que concurran las circunstancias fácticas y jurídicas que los justifican, según las reglas que rigen su actuación, o sea, un funcionamiento normal del servicio público, por ello es necesario la reglamentación de las actuaciones policiales y militares, basados en la proporcionalidad, para diferenciar actuación conforme al orden jurídico o abuso de autoridad, lo cual solo se podrá si se tiene la responsabilidad por culpa objetiva.

Entonces se puede apreciar que se trata de una diligencia media, construida a partir del modelo del administrador medio (Alpa 2006: 707).

Respecto al caso de daños ocasionados por empleo de energía nuclear (que por el momento es impensable en nuestro país) la pauta en los distintos ordenamientos jurídicos ha sido la consagración de una responsabilidad objetiva absoluta, por <ultrariesgo> (Ferninand Stone, citado por Fernández y León 2007: 85) siendo entonces impertinente la responsabilidad objetiva relativa anotada en la Ley N° 27444.

Pero si se trata de energía eléctrica la situación es diferente, lo cual resulta imperioso hacer presente, dado que la presencia de las empresas públicas encargadas de la distribución y abastecimiento de energía eléctrica en el interior del país es mayoritaria, y por ende se hacía necesario por parte del Estado la adopción de medidas que permitan garantizar el acceso a este servicio público, así como asumir su responsabilidad por su mal manejo con daño a terceros.

Así, frente a una tragedia que no fue generada por culpa de la Administración ni de la víctima, pero el daño ocurrió y tuvo su causa suficiente en el riesgo especial creado por los cables de conducción, la Administración está obligada a reparar dicho daño.

Se debe hacer una remisión a las normas de Derecho Privado, para obtener los criterios jurídicos que permitan establecer la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, lo cual resulta imperativo que sea entendido de esa forma en Perú, porque no puede entenderse esta responsabilidad solo con la Ley N° 27444, sino junto con el Código Civil, al igual que lo hace Italia.

Por otra parte, no resulta aplicable la responsabilidad objetiva en caso de *bullying* en los centros educativos públicos, esto es, en el ejercicio de servicios públicos, teniendo que ser tratado al igual que los centros educativos privados, y que la responsabilidad sea gradual en función a la edad de menor de edad y a la falta de diligencia del profesor o cuidador, esto es, el paso de una responsabilidad subjetiva a una objetiva en forma gradual a lo que podría esperarse según la edad del menor de edad, porque entre más menor se hará más objetivo la responsabilidad del centro docente.

En efecto, el deber de vigilancia y control debe adecuarse a las circunstancias de tiempo, lugar y edad del menor, puesto que no es la misma vigilancia y control la que debe tenerse con niños pequeños, que con alumnos que por su edad se les supone una cierta capacidad de control y de discernimiento que ya implicaría que tengan que asumir la responsabilidad por su actos dañosos; así también, la responsabilidad se circunscribe a las áreas de control del centro educativo (no necesariamente dentro de las instalaciones sino la



puerta y perímetro del centro) y en el tiempo de que se imparten clases educativas curriculares, extracurriculares y complementarias, esto es, durante horarios de clase, de receso, del comedor, excursiones, actividades culturales, o de ocio y demás actividades desarrolladas.

Está más decir que lo que predominaría en los “errores registrales” sería la responsabilidad subjetiva, porque deberá basarse en la diligencia del registrador público para poder responsabilizar a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba debe aplicarse siempre que dicha prueba resulte mucho más costosa para la víctima de la Administración, lo cual ocurre de no frecuentemente ya que, en el marco de la ley de transparencia pública, toda información que obtiene el Estado puede ser conocido por cualquier ciudadano sin expresión de causa, salvo las excepciones establecidas en la ley de transparencia.

También puede darse la inversión de la carga de prueba en caso fuera gran cantidad de información y conocimientos técnicos-científicos al alcance de los establecimientos médicos públicos pero inaccesibles o difíciles de comprensión para la víctima. De esta forma, una vez probados por la víctima el daño sufrido y la existencia de una relación de causalidad corresponderá a la Administración acreditar que la actuación administrativa se ajustó a los parámetros de diligencia, sin perjuicio de la determinación de islas de responsabilidad objetiva debidamente justificadas (las cuales existen en normas especiales, como la responsabilidad ambiental).

Por último en este trabajo, esta apreciación conlleva a reiterar que no puede elegirse un criterio de imputación por la condición del sujeto sino por el hecho dañoso que se quiere resarcir y cumplir en forma adecuada las funciones de la responsabilidad civil, como se advierte en el principio de este trabajo.

Así, la culpa es el mecanismo más idóneo para buscar la prevención cuando es posible identificar la actividad negligente y además existe el marco normativo adecuado, como por ejemplo, la regulación de la culpa objetiva, inversión de la carga de la prueba, presunciones de causalidad o, mejor aún, la existencia a la par de un seguro obligatorio. En dicho contexto, si es que el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos compensatorios adecuados (mediante el seguro obligatorio), la responsabilidad civil podría enfocarse a la prevención mediante un adecuado régimen de culpa. En cambio, cuando no existe seguro obligatorio y es difícil identificar la actividad negligente considero que la responsabilidad civil debería enfocarse en la compensación y establecer adecuados mecanismos que puedan alcanzar estos fines. (Merino 2013: 13)

Por otro lado, se puede apreciar que el Estado, frente a falta de resarcimientos a los daños ocasionados o por diversos casos de daños que ocasiona, decide crear hipótesis específicas de “indemnización”, creando fondos de indemnización, encargados por cuenta del Estado de aliviar a las víctimas de ciertos acontecimientos que se consideran como determinantes del desencadenamiento del descontento social, y a su vez, evitar que a nivel arbitral o judicial le impongan sumas draconianas para favorecer a una sola víctima, símbolo de los demás casos pero que cobra ella sola, lo cual no resulta adecuado siendo mejor atender por igual a todas las víctimas, y de forma rápida. Incluso el Estado es puesto a contribuir de manera directa, sin que forzosamente una actividad pública se encuentre en el origen de los daños del que se ha obtenido resarcimiento.

## CONCLUSIONES

Sobre la base de las consideraciones expuestas, se formula las siguientes conclusiones:

1. En el marco de la responsabilidad civil, sus funciones resarcitoria, preventiva y punitiva deben ser evaluadas de manera distinta cuando estamos ante el Estado, justamente por sus multiplicidad de responsabilidades que recaen sobre él y que conlleva a que el valor que se le impondría en base a una función punitiva y preventiva de responsabilidad civil, debe ser necesariamente de menor nivel a la que se le aplicaría a un particular, porque ya estaría cubierta por las otras responsabilidades.
2. La vinculación que existe entre un administrado o los ciudadanos ante el Estado, no es en base a un contrato, y tampoco se vinculan por una relación obligatoria, donde no existe acreedor y deudor. Si fuera responsabilidad contractual o por incumplimiento de obligaciones sería inconstitucional establecer reglas distintas cuando el Estado sea una de las partes obligatorias, ya que rompería el equilibrio contractual, y la igualdad de partes contractuales.
3. A nivel de responsabilidad civil aquiliana del Estado Legislador, no ha existido a nivel de jurisprudencia nacional que el Congreso de la República sea demandado o el Estado Ejecutivo cuando le delegan facultades de legislar, haya sido enjuiciado por responsabilidad civil aquiliana. No obstante, esto es posible ya que no puede sustraerse al Estado Legislador de la cláusula general de no dañar a nadie, por el hecho de sus “normas jurídicas”.
4. A nivel de responsabilidad civil aquiliana del Estado Administrador de Justicia, resulta posible interponer un juicio de responsabilidad civil a tenor de lo indicado en el artículo 6 de la Ley N° 24973, el cual deberá recurrirse al artículo 238 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y también del Código Civil, no pudiéndose entender que como no está regulado explícitamente no sea responsable civilmente por el mal funcionamiento de la función jurisdiccional el Poder Judicial.
5. No basta determinar que se reputa responsable al Estado Ejecutivo, sino que debe individualizarse a la entidad pública lo cual ayuda tanto a la víctima para que sepa a quién efectivamente demandar y también al Estado para que sea una sola entidad que se defienda.
6. No cabe partir de funcionamiento normal (legal o legítimo) y anormal (ilegal o ilegítimo) ya que la normativa vigente no hace dicha distinción. No depende de que la actuación

pública se avala en una norma o no, sino que la forma de actuar no infrinja en concreto derechos de las personas de manera injustificada y desproporcional, por lo que solo serían resarcibles los daños generados por dichos actos.

7. Se establece causas de exoneración de responsabilidad, aunque realmente son supuestos de que el tercero tiene el deber jurídico de soportar, si lo vemos desde el lado opuesto de la relación jurídica.
8. Los supuestos de irresponsabilidad regulados en el Código Civil han sido trasladados en parte a las reglas de la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, que establece en el numeral 238.2 del artículo 238 de la Ley N° 27444, que hace que se confunda las causas no imputables con los supuestos de irresponsabilidad, que conlleva a señalar que la configuración de estos supuestos debe alimentarse de lo desarrollado en el derecho civil.
9. Existen daños generados por las entidades públicas que no necesariamente deben ser resarcidos, en la cual el administrado o tercero tiene el deber jurídico de soportar frente al ejercicio legítimo y regular de un derecho pero específicamente determinados por norma jurídica, lo cual tiene como límite la prevalencia de un derecho sobre otro previa análisis de ponderación, o mejor dicho un interés sobre otro.
10. La legítima defensa por parte de la entidad pública no solo debe ser razonable (proporcional) sino que la agresión de sus bienes o derechos de sus ciudadanos debe ser ilegítima, y falta de provocación suficiente de la entidad pública que hace la defensa.
11. No existe una mención en la Ley N° 27444 sobre el estado de necesidad; sin embargo, los supuestos de irresponsabilidad no son una mera opción legislativa sino que responden a fundamentos que justifican la irresponsabilidad. Por tanto, resulta factible jurídicamente que la entidad pública pueda alegar estado de necesidad para no responder frente a los mismos daños que ocasione en esas circunstancias.
12. Con el actual artículo 238.2 de la Ley N° 27444 se establece una regulación similar a lo dispuesto en el artículo 1972 del Código Civil, por lo que no existe una responsabilidad absoluta del Estado, además que una responsabilidad por todos los daños fortuitos que sean realizados de riesgos propios de cualquier actividad que aquéllas realicen, se trate o no de actividades especialmente peligrosas, resulta un despropósito jurídico y social.
13. El daño puede provenir de un funcionamiento (normal o anormal) de la actuación o del servicio público. Respecto al funcionamiento “normal” que genera daños, estamos a que la actuación es legal pero produce un daño resarcible porque la actuación daña superando las condiciones normales de exigencia de solidaridad en sociedad y por ende no se encuentren sujeto a soportado.
14. Se resarcen tanto daños materiales como inmateriales, no teniéndose por tanto interpretar literalmente la referencia a los daños inmediatos y directos, ya que también se resarce lucro cesante que es una figura de daño necesariamente mediato, y que incluso el mismo daño emergente se compone normalmente de daños inmediatos y directos y de daños que en rigor no podrían decirse que son tales, pero que lo haría inoportuno excluir la resarcibilidad.

15. No puede sostenerse de ningún modo que los requisitos de daños sean que sea efectivo, valuable económicamente e individualizado ya que esto cabe en la expropiación y no en la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo, además que ninguna norma puede restringir el conjunto de daños que el Estado Ejecutivo está obligado a resarcir por su actuación pública, y menos pretender que el Estado Administrador solo otorgue resarcimiento traducido en dinero.
16. Más adecuado para la víctima que el Estado Ejecutivo otorgue beneficios dirigidos a mejorar la vida de la víctima en el marco de sus posibilidades reales teniendo en cuenta las condiciones y atribuciones que tiene, y que los privados no tienen o no podrían asumir, como ser el titular de diversos servicios públicos que podría ayudar a la víctima de mejor forma que solo dinero.
17. Entre el daño y los servicios públicos debe existir un nexo causal para probar que el funcionamiento de las actividades públicas ocasionaron el daño resarcible, pero puede basarse en varias teorías causales (previsibilidad, causa remota, causa próxima, equivalencia de condiciones, causalidad probabilística, y otras), así que debe traducirse en un juicio de proporcionalidad o adecuación entre el hecho y las consecuencias dañosas según el tipo de actividad realizada en vez de tomar en cuenta solo la condición del dañante.
18. El criterio de riesgo “especial” no justifica una responsabilidad objetiva en todos los supuestos de daños ocasionados por el Estado Ejecutivo, y menos riesgo beneficio porque no se puede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares, además el texto normativo tampoco conlleva a llegar a esa conclusión, sin contar también que su aplicación en todos los supuestos es insostenible económicamente, asimismo, fomenta una desigualdad con los privados que al cometer los mismos daños se le aplica como regla general la responsabilidad subjetiva y por excepción la responsabilidad objetiva, bajo supuestos determinados y fundamentados. Por último, la responsabilidad objetiva no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad del Estado Ejecutivo, y no estimula la adopción de concretos estándares normativos de diligencia de las Administraciones Públicas.
19. La regla general es que la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo se base en la culpa objetiva (en base a estándares normativos de diligencia y con una cláusula general de diligencia para flexibilidad) con supuestos especiales de responsabilidad objetiva, y que tome en consideración las especialidades de los distintos sectores de la acción pública, en el marco del funcionamiento anormal de los servicios públicos, distinguiendo a la responsabilidad por actuación jurídica (actos administrativos) y actuación material (servicio público educativo, sanitario, transporte público, seguridad policial, militar, servicio penitenciario, servicios registrales, etc.).
20. Se debe efectuar una regulación no solo de la responsabilidad objetiva sino de todos los elementos de la responsabilidad civil aquiliana del Estado Ejecutivo para un desarrollo articulado de este gran supuesto especial de responsabilidad civil aquiliana.



## ANEXOS

(Jurisprudencia y resoluciones principales citadas y analizadas)

### CASACIÓN N° 4299-2006-AREQUIPA

(Responsabilidad de los centros e institutos educativos públicos por daños causados a sus alumnos)

Lima, veinticuatro de abril de dos mil siete.- **La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**, vista la causa número cuatro mil doscientos noventa y nueve guión dos mil seis, con los acompañados, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente resolución: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata de los recursos de casación interpuestos por el Instituto Superior Pedro P. Díaz y la Dirección Regional de Educación de Arequipa, contra la sentencia de vista de fojas ochocientos noventa y seis, su fecha once de agosto de dos mil seis, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, que confirma la sentencia apelada de fojas setecientos cuarenta y cinco, su fecha ocho de junio de dos mil cinco, que declaró fundada en parte la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios interpuesta por Jimmy Rodolfo Ramos Salinas en contra de la Dirección Regional de Educación de Arequipa, Instituto Superior Pedro P. Díaz, Fredy Murillo Romero y Jimmy Flores Acosta, y ordenó que los citados demandados paguen en forma solidaria, a favor del demandante, la suma de trescientos mil nuevos soles; con lo demás que contiene. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Esta Sala Suprema, mediante sendas resoluciones de fecha veinticuatro de noviembre del año próximo pasado, ha estimado procedentes los recursos de casación respecto de las siguientes denuncias: **I) Recurso formulado por el Instituto Superior Pedro P. Díaz;** por las causales previstas en el inciso 1° del artículo 386 del Código Civil, sustentado en: La aplicación indebida del artículo 1970 del Código Civil, pues sostiene que no incurrió en ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa al haber programado y organizado un viaje de investigación y estudio de la especialidad Agropecuaria, pues ello constituía parte de la formación de los estudiantes; **I.b)** interpretación errónea del artículo 1981 del Código Civil, aduciendo que la responsabilidad directa corresponde al chofer y la responsabilidad indirecta al dueño del vehículo, y en tal sentido, no tiene la calidad de responsable solidario; y **I.c)** interpretación errónea del artículo 1985 del Código Civil, pues sostiene que en autos no se ha configurado el nexo de causalidad adecuado en cuanto atañe a su parte, afirmando que no son condiciones equivalentes el hecho de haber autorizado o programado un viaje con el hecho de la negligencia del chofer del vehículo; **II) Recurso formulado por la Dirección Regional de Educación de Arequipa;** por la causal prevista en el inciso 1° del artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la denuncia de interpretación errónea de los artículos 1981, 1983 y 1985 del Código Civil, sustentado en que de la recurrida se desprende que los profesores implicados en el hecho dañoso y el Jefe del Departamento de Agronomía, se encuentran bajo las órdenes del Director del Instituto Superior Tecnológico Pedro P. Díaz, por lo que no se configuraría la atribución de responsabilidad por daño causado por subordinado, pues el chofer no es subordinado de la recurrente, quien asimismo niega una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido y que sea responsable solidaria, ya que no es su función ejecutar un programa pedagógico del Instituto demandado. **3. CONSIDERANDOS: Primero.-** Que, en el caso sub materia el actor Jimmy Ramos Salinas ha interpuesto demanda de indemnización contra la Dirección Regional de Educación de Arequipa, el Instituto Superior Pedro P. Díaz, Fredy Murillo Romero (propietario del vehículo), y Jimmy Flores Acosta (conductor del vehículo), por los daños y perjuicios causados como consecuencia del accidente de tránsito acaecido con fecha treinta de junio del año dos mil, como consecuencia de la volcadura del vehículo de placa

de rodaje UH-dos mil ochocientos nueve, que le produjo lesiones graves con el diagnóstico de politraumatizado, amputación de miembro inferior derecho, fractura supracondilea de fémur izquierdo infectado con fijación externa. **Segundo.-** Que, el referido accidente de tránsito se produjo en circunstancias en que el actor conjuntamente con otros pasajeros se encontraban de regreso del viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria - Formación Magisterial del Instituto Superior Pedro F. Díaz de Arequipa, viaje que fuera autorizado por el Director de dicha institución educativa, Amancio Maraví Bravo mediante Decreto Administrativo 041-2000-DIS-PPD que corre a fojas seiscientos cuarenta y cuatro; habiendo estado la conducción del vehículo a cargo de Jimy Flores Acosta, resultando titular de dicho bien Fredy Murillo Romero. **Tercero.-** Que, las instancias de mérito han declarado fundada en parte la demanda y ordenado el pago de la indemnización a cargo de la Dirección Regional de Educación de Arequipa, el Instituto Superior Pedro P. Díaz, Fredy Murillo Romero y Jimy Flores Acosta, considerando que se trata de una responsabilidad objetiva conforme al artículo 1970 del Código Civil, y que existe responsabilidad del conductor del vehículo y del titular del mismo, así como del Instituto Superior Pedro P. Díaz y de la Dirección Regional de Educación porque les corresponde responder por sus dependientes profesores quienes organizaron el viaje de estudios y el director que autorizó el viaje, invocando la responsabilidad vicaria que se encuentra prevista en el artículo 1981 del Código Civil. **Cuarto.-** Que, el artículo 1970 del Código Civil regula la responsabilidad objetiva, estableciendo que aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo. **Quinto.-** Que, en el caso de la responsabilidad objetiva concurren los elementos de la responsabilidad consistentes en: la ilicitud ("antijuricidad") o la infracción del deber de no dañar; la relación de causalidad, en la cual el artículo 1985 del Código Civil prevé que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; el daño consistente en el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; y el factor de atribución, que en el caso de este tipo de responsabilidad está constituido por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o del uso de un bien de este tipo, no requiriendo en este caso que concurra el dolo o la culpa. **Sexto.-** Que, en el presente caso existe responsabilidad por parte del chofer del vehículo, quien conducía el mismo, así como existe responsabilidad a cargo del propietario de dicho bien, conforme lo han determinado las instancias de mérito; no habiendo sido ello impugnado por las referidas partes justiciables. **Sétimo.-** Que, respecto de la responsabilidad a cargo del Instituto Superior Pedro P. Díaz, se tiene que el señor Amancio Maraví Bravo, como Director de dicha institución educativa, autorizó el referido viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria - Formación Magisterial hacia el Centro de Frutales Experimentales del Valle del Urubamba - Cusco, mediante Decreto Administrativo 041-2000-DIS-PPD, designando como profesores responsables del viaje al ingeniero Guiulfo Beingolea Castillo y al profesor Augusto Sarmiento Vargas, profesores estables de la Carrera de Agropecuaria del Instituto Superior Pedro P. Díaz.; suscribiéndose el contrato de prestación de servicios para el transporte correspondiente con el último profesor nombrado según aparece de fojas seiscientos cuarenta y uno. **Octavo.-** Que, conforme se aprecia el director de la referida institución educativa, actuando a nombre de la misma, autorizó el viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria - Formación Magisterial hacia el Valle del Urubamba - Cusco, generando con ello un riesgo respecto de todos los estudiantes del grupo de estudio, en particular del demandante, porque las citadas prácticas debían realizarse en un lugar relativamente lejano, lo que conllevaba a su transporte en vehículo, debiendo atribuirse la responsabilidad objetiva por haber generado dicho riesgo, conforme al principio recogido en el artículo 1970 del Código Civil; máxime cuando dicha institución fue quien autorizó al profesor llevar adelante el viaje de estudios, para lo cual el citado docente celebró un contrato de prestación de servicios personales, sin haber exigido previamente las seguridades del caso;

existiendo una relación de causalidad con el evento dañoso en relación al riesgo en comento; por lo que no se ha incurrido en la aplicación indebida del artículo 1970 del Código Civil, ni en la interpretación errónea del artículo 1985 del citado Código, como denuncia la citada institución educativa. **Noveno.**- Que, el artículo 1983 del Código Civil regula el supuesto de la corresponsabilidad en la producción de un evento dañoso a cargo de varios actores, señalando que si son varios responsables, responderán solidariamente; empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al Juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes; y cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, en cuyo caso la coparticipación se hará por partes iguales. **Décimo.**- Que, la referida norma establece un supuesto de responsabilidad solidaria de varias partes que concurren en la producción de un daño, debiendo responder de manera solidaria frente a la víctima o agraviado, y en las relaciones internas según la gravedad de la falta; resultando que en el presente caso existe una corresponsabilidad del conductor del vehículo, del propietario del mismo, así como de la institución educativa que concurrió en la generación del riesgo; rigiendo por tanto la norma acotada bajo la cual debe responder la citada recurrente, en concordancia con el artículo 1981 del Código Civil respecto de la responsabilidad vicaria que en el presente caso está configurada por el actuar del director y de los profesores que autorizaron y gestionaron el viaje; no habiéndose incurrido en interpretación errónea del artículo 1981 del Código Civil que se denuncia respecto de dicha parte; por lo que el recurso de casación interpuesto por dicha institución educativa deviene en infundado. **Undécimo.**- Que, en cambio, respecto al recurso de casación interpuesto por la Dirección Regional de Educación de Arequipa, se debe tener en cuenta, según se ha señalado anteriormente, que el Instituto Superior Pedro P. Díaz, a través de su director Amancio Maraví Bravo, fue el que autorizó el viaje de prácticas de curso de la Especialidad de Agropecuaria, no habiendo existido por parte de la referida Dirección Regional intervención en el referido acto, pues ella no autoriza dichos viajes ni tampoco ha aprobado el plan curricular que corresponde a la misma institución educativa. **Duodécimo.**- Que, si bien el director del Instituto Superior Pedro P. Díaz es nombrado mediante resolución administrativa según el artículo 16 del Decreto Supremo 005-94-ED -Reglamento General de Institutos y Escuelas Superiores Públicos y Privados-, ello solamente es para efectos de su nombramiento, empero el director tiene la autonomía correspondiente en el ejercicio de sus funciones. **Décimo Tercero.**- Que, la responsabilidad vicaria a que se refiere el artículo 1981 del Código Civil corresponde a aquél que tenga a otro bajos sus órdenes, y si es que el daño se produjo en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo; considerando al respecto la doctrina, como es el caso del comentario que hace el autor argentino Jorge Bustamante Alsina, que para que se configure dicha responsabilidad se requiere la concurrencia de tres elementos: a) una relación de dependencia en la que el autor del daño haya dependido para obrar de la autorización del principal; b) el ejercicio de la función, en la que se responde por los daños que cause el subordinado que tengan relación con la función encomendada; y, c) el acto ilícito del subordinado, es decir, que es necesario que el subordinado sea él mismo responsable. (Bustamante Alsina, Jorge: "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Segunda Edición actualizada. Abeledo Perrot- Buenos Aires, mil novecientos noventa y nueve, páginas trescientos treinta y siete - trescientos treinta y cuatro). **Décimo Cuarto.**- Que, en el caso de autos, el nombramiento del director por parte de la Dirección Regional de Educación ha sido para efectos de su designación, pero no puede considerarse que hubiera existido una relación de dependencia funcional porque en el ejercicio de sus funciones la referida persona tiene la autonomía del caso, no habiéndose configurado en este sentido la relación de dependencia funcional exigida ni que el actuar a cargo del director que autorizó el viaje haya formado parte de una función encomendada; por lo que en este sentido no existe responsabilidad a cargo de la Dirección Regional de Educación. **Décimo Quinto.**- Que, en consecuencia, las instancias

de mérito han incurrido en interpretación errónea del artículo 1981 del Código Civil, al haber incluido como responsable a la referida entidad, basándose solamente en una situación de nombramiento, sin tener en cuenta la dependencia funcional; por lo que también se ha incurrido en interpretación errónea del artículo 1983 del Código Civil respecto de dicha parte, toda vez que la misma no resulta responsable en el evento dañoso. **Décimo Sexto.**- Que, finalmente, no resulta amparable el citado recurso por la causal de interpretación errónea del artículo 1985 del Código Civil, toda vez que la existencia de relación de causalidad adecuada exigida por la norma acotada está basada en la relación que debe existir entre la acción u omisión y el evento dañoso, supuesto distinto a la responsabilidad vicaria a que se refiere el artículo 1981 del Código Civil, por el actuar del dependiente que se analiza bajo los parámetros de esta norma y no de la norma invocada. **Décimo Séptimo.**- Que, en consecuencia, el recurso de casación interpuesto por el Instituto Superior Pedro P. Díaz deviene en infundado; resultando amparable el recurso de casación interpuesto por la Dirección Regional de Educación de Arequipa, por las causales de interpretación errónea de los artículos 1981 y 1983 del Código Civil; correspondiendo en este sentido actuar como sede de instancia, y declarar infundada la demanda interpuesta respecto de dicha parte por las consideraciones señaladas. **4. DECISIÓN:** Por tales consideraciones, de conformidad en parte con el Dictamen Fiscal Supremo y en aplicación de los artículos 396 inciso 1º y 397 del Código Procesal Civil: **a)** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Instituto Superior Pedro P. Díaz, obrante a fojas novecientos veintidós; **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Dirección Regional de Educación de Arequipa obrante a fojas novecientos trece, en consecuencia, decidieron **CASAR** la sentencia de vista de fojas ochocientos noventa y seis, su fecha once de agosto de dos mil seis, en el extremo que, confirmando la sentencia apelada de fojas setecientos cuarenta y cinco, su fecha ocho de junio de dos mil cinco, declara Fundada en parte la demanda de indemnización contra la Dirección Regional de Educación de Arequipa. **b)** Actuando como sede de instancia: **REVOCARON** dicho extremo de la sentencia apelada y, **REFORMÁNDOLA**, declararon **INFUNDADA** la demanda en cuanto se refiere a la Dirección Regional de Educación de Arequipa; en los seguidos por don Jimmy Rodolfo Ramos Salinas, sobre indemnización por daños y perjuicios. **c)** **CONDENARON** al recurrente Instituto Superior Pedro P. Díaz al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal. **d)** **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; actuando como *Vocal Ponente el señor Carojulca Bustamante*, y los devolvieron.- SS. VASQUEZ VEJARANO, CARRION LUGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PEÑA, MANSILLA NOVELLA



**CASACIÓN 1028-2007 LA LIBERTAD**  
(Responsabilidad por servicios registrales)

Lima, tres de junio del dos mil ocho.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa número mil veintiocho-dos mil siete, en audiencia pública de la de la fecha, producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata en el presente caso del recurso de casación interpuesto por el Jefe del Área Legal de la Zona Registral Quinta – Trujillo en representación de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia a fojas quinientos veinte, contra la sentencia de vista de fecha cinco de octubre del dos mil cinco, que revoca la sentencia contenida en la Resolución número veintiuno, de fecha veintiocho de setiembre del dos mil cuatro, en el extremo en que resuelve declarar Infundada la demanda sobre Indemnización de daños y perjuicios interpuesta por Manuel Jesús Sánchez Sánchez contra la Oficina Registral de La Libertad, la Oficina Registral de Chepen y el Procurador Público de los asuntos del Ministerio de Justicia, confirma el extremo de la sentencia que resuelve declarar Infundada la demanda sobre Indemnización por daños interpuesto por Manuel Jesús Sánchez Sánchez contra la Registradora Luz Angélica Aguay Zatra y el Registrador Walter Morgan Plaza sobre Indemnización por Daños; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Este Supremo Tribunal, mediante resolución de fecha veintisiete de julio del dos mil siete ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de interpretación errónea del inciso d) del artículo tercero de la Ley de Creación de la SUNARP, sostiene al respecto que en el primer párrafo del tercer considerando de la recurrida, al aplicar la citada norma la interpreta erróneamente, sosteniendo que “estamos ante un caso de responsabilidad objetiva porque así lo precisa la norma glosada” y, sostiene que la Sala incurre nuevamente en error cuando en la parte final del punto tres.tres del tercer considerando establece “estamos frente a una típica responsabilidad objetiva”. Expresa que el sentido en que debió de interpretarse es el del que estamos ante un caso de responsabilidad subjetiva regulada por el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, consecuentemente para que exista la obligación de indemnizar, deben concurrir todos los presupuestos legales, tales como son: el daño, nexo causal, factor de atribución y elemento subjetivo; y, **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, conforme se advierte, el recurrente denuncia la interpretación errónea del inciso d) del artículo tercero de la Ley de Creación de la SUNARP- Ley número veintiséis mil trescientos sesenta y seis -, causal que se configura cuando concurren los siguientes supuestos: a) Cuando el Juez establece determinados hechos, a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso; b) Que tales hechos así establecidos, guardan relación de identidad con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada; c) Que elegida esta norma como pertinente (sólo ella o en concurrencia con otras) para resolver el caso concreto, la interpreta y aplica; d) Que finalmente en su actividad hermenéutica, el Juzgador utilizando los métodos de interpretación, yerra al establecer el alcance y sentido de aquella norma, es decir, incurre en error al establecer la verdadera voluntad objetiva de la norma, con lo cual resuelve el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, vulnerando el valor superior del ordenamiento jurídico, como es el de la justicia; **Segundo.-** Que, es objeto de análisis a través de la presente causal el sentido de la disposición contenida en el inciso d) del artículo tercero de la Ley número veintiséis mil trescientos sesenta y seis – Ley que crea el Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos – en cuanto establece que “está considerado como una de las garantías del sistema nacional de los registros públicos ..La Indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley”, texto de la citada norma que corresponde ser analizado de manera concordante con el artículo doscientos

treinta y ocho. uno de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, en cuanto establece 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. y... doscientos treinta y ocho. cuatro “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”, supuestos de tales normas que permiten apreciar la posibilidad del resarcimiento al operar la comisión de un error de naturaleza registral o como consecuencia de la lesión producida en los bienes y derechos de los administrados como resultado del actuar de la administración, sin que tales dispositivos establezcan la posibilidad de ingresar a analizar el dolo o la culpa como contenido del acto materia de resarcimiento, pues, debe de considerarse que en el campo de la administración, es necesario tener en cuenta la finalidad tuitiva del Estado respecto del administrado y la tutela preferente de los derechos fundamentales, puesto que a tenor del artículo primero de la Constitución del Estado “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”;

**Tercero.-** Que, siendo ello así, atendiendo la finalidad del Estado la cuál es proteger los intereses y derechos de los administrados, su naturaleza corporativa y su finalidad de propender al bien común, la administración pública responde como ente organizado por todo el daño que cause con independencia de la licitud o ilicitud de su actividad, considerando que el peso de los daños debe de ser colocado sobre aquél que se encuentra en mejores condiciones de evitar el daño a un costo lo menor posible y que la administración puede diluir los efectos económicos del daño a través de los fondos públicos, los que a su vez se sustentan en las aportaciones de los ciudadanos, por lo que en consecuencia, en el caso de la responsabilidad objetiva de la administración pública, basta con la existencia de un daño patrimonial que puede ser valuado y la relación de causalidad entre el funcionamiento de la administración y del daño causado y, en donde la administración responde aún cuando actúe lícitamente, existiendo sólo como eximente de la responsabilidad la fuerza mayor como aquél evento extraordinario, imprevisible e irresistible generado por un hecho ajeno a la administración, razones expuestas por las cuales este Supremo Colegiado comparte el criterio del Ad Quem en el sentido de que la responsabilidad derivada por errores registrales cometidos por el ente descentralizado del Estado como es Registros Públicos es una responsabilidad objetiva;

**Cuarto.-** Que, en consecuencia conforme a lo anteriormente expuesto, no advirtiéndose que la Sala hubiese incurrido en tergiversación o alteración del sentido de la norma material denunciada, corresponde declarar infundado el recurso de casación;

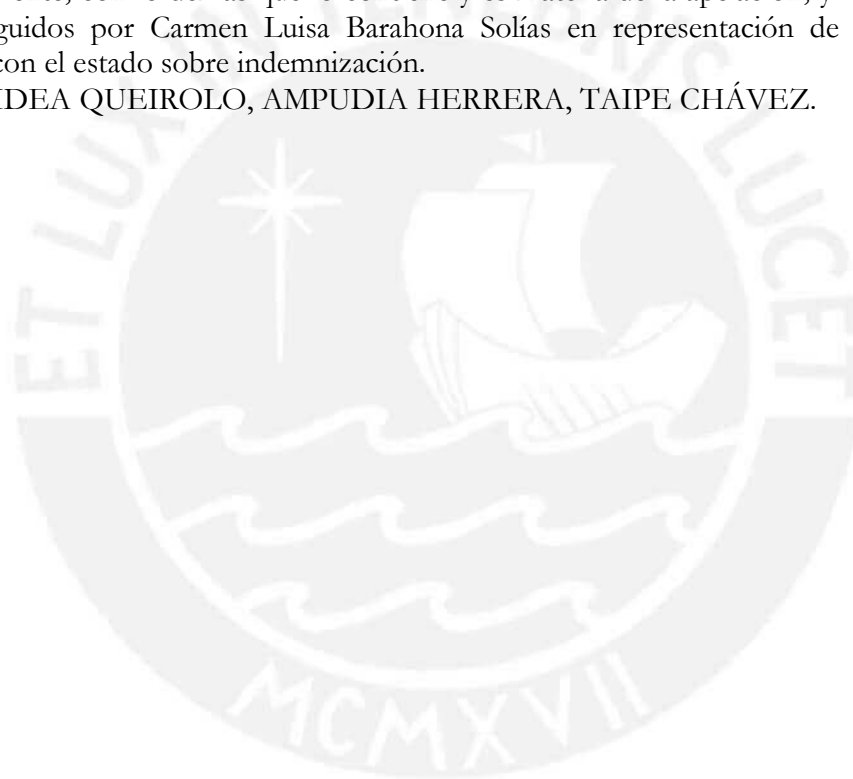
**Quinto.-** Que conforme a lo expuesto, y de conformidad en parte con el Dictamen Fiscal y a tenor del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto Jefe del Área Legal de la Zona Registral Quinta – Trujillo en representación de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia a fojas quinientos veinte; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas cuatrocientos ochenta y tres, su fecha cinco de octubre del dos mil cinco; **CONDENARON** al recurrente al pago de multa de una Unidad de Referencia Procesal; lo **EXONERARON** del pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso por tratarse de una entidad estatal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabilidad; en los seguidos por Manuel Jesús Sánchez Sánchez contra el Ministerio de Justicia y otros sobre Indemnización por Daños; y los devolvieron. Vocal Ponente señor Castañeda Serrano.-

## Resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Responsabilidad por servicios médicos)

Lima, 24 de mayo de 2000. Autos y vistos: Interviniendo como vocal ponente la señora Taipe Chávez; con lo expuesto en la resolución recurrida; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que viene en apelación la resolución número cuatro, su fecha veintinueve de octubre último, obrante en copia de fojas venticuatro a venicinco, que declara infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la parte actora y de prescripción extintiva deducida por el Estado – Ministerio de Salud. **Segundo.-** Respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar. Que es de referir, que si bien es cierto de la parte introductoria del escrito de demanda se aprecia que se ha consignado el nombre de la madre del menor Daniel Alegría Barahona sin precisar que impetra la demanda que antecede en representación de su menor hijo, sin embargo, de los hechos narrados (que importa doctrinariamente la razón de pedir o el título) se aprecia que se denuncia un daño causado al citado menor y no a la madre de este. **Tercero.-** Que de otro lado es de recordar que la legitimidad para obrar es la adecuación correcta de los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva, a los que van a participar en la relación jurídico procesal; que en dicho contexto se encuentra establecido en el presente caso que antes de iniciar este proceso se dio una situación de conflicto entre el citado menor con el ahora demandado como así se desprende de la fundamentación fáctica del escrito de demanda, y como así lo ha reconocido la parte demandada al deducir la presente excepción; que por ende la persona que es titular de la relación jurídica sustantiva, es decir del presunto derecho agraviado, es el menor Daniel Alegría Barahona. Ahora bien se dan excepciones como en el presente caso, en que no obstante ser parte material, sin embargo, no se es parte procesal, ello estando a razones biológicas como en el presente caso (por ser menor de edad) siendo que se encuentra imposibilitado de realizar actividad procesal directamente. Cuando ello es así entra a tallar el Instituto de la Representación Procesal que permite que un tercero participe de un proceso realizando actividad procesal válida en nombre de una de las partes materiales, como ha sucedido en el presente proceso, es más en casos como este, la ley provee una persona para que actúe en su nombre, es así que la ley prevé que los padres son representantes legales de sus menores hijos; que por ende estando a lo expuesto, así como a lo dispuesto por el artículo 63 del Código Procesal Civil, se tiene que la madre del referido menor ha interpuesto la demanda en representación de su hijo Daniel Alegría Barahona, y no en nombre propio, tan es así que incluso se ha acompañado al escrito de la demanda la partida de nacimiento del citado menor (Anexo 1c) por lo que debe estarse a la confirmatoria de la presente excepción. **Cuarto.-** Respecto a la excepción de prescripción extintiva. Que como fluye del escrito de demanda que en copia obra de fojas uno a fojas ocho, se impetra la pretensión de indemnización por no haberse entregado sangre pura de manera tal que la proporcionada por el Instituto Materno Infantil (ex Maternidad de Lima) se encontraba infectada, habiéndose transmitido el SIDA al menor Daniel Alegría Barahona; que desde el punto de vista de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad médica en particular, nos encontramos con su supuesto de la responsabilidad de naturaleza contractual; así tenemos que el doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Roberto Antonio Vásquez Ferreira, refiere que “El servicio de hemoterapia o banco de sangre está obligado a entregar sangre pura, que es aquella libre de toda impureza apta para profundir sin riesgo inmediato o mediato para el transfundido. El profesional interviniente tiene la obligación de realizar los estudios y pruebas correspondientes, descartando los donadores que pertenezcan a grupos de alto riesgo (homosexuales, drogadictos, etcétera). Para ello, además del correspondiente análisis del dador, el médico terapeuta debe interrogarlo sobre toda enfermedad o afectación padecida o presente, verificar el estado general de salud, y siempre en caso de duda descartarlo como donante. Resulta imprescindible realizar la correspondiente reacción por medio de los distintos métodos

conocidos para determinar la presencia o no del virus en la sangre, precisa el auto citado que respecto a esta última aseveración no es eximente de responsabilidad el alto costo de los sueros, ni el hecho de que el establecimiento asistencial o la obra social no los provea. Que en dicho contexto tenemos que existe una obligación tácita de seguridad, la que no se agota en el acto material de la transfusión, sino que la obligación que asume va más allá, porque no solo se obligan a realizar la transfusión sino también a que dicha transfusión no sea causa de un mal para el paciente. Allí está la obligación de seguridad. Que por ende, estando a lo expuesto estamos frente a un caso de responsabilidad contractual. **Quinto.-** Que, en consecuencia el plazo prescriptivo con respecto a la pretensión demandada es de diez años como lo refiere el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil y no de dos como se ha precisado; que en consecuencia en el citado plazo incluso comenzaría a correr desde el año 1995, aún no habría prescrito el derecho de reclamar una indemnización por parte del menor Daniel Alegría Barahona. Por cuyas razones, estando a los considerandos y dispositivos legales glosados: **CONFIRMARON EL AUTO** de fojas veinticuatro, su fecha veintinueve de octubre último que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar y de prescripción extintiva respectivamente; con lo demás que lo contiene y es materia de la apelación; y los devolvieron. En los seguidos por Carmen Luisa Barahona Solías en representación de Daniel Alegría Barahona con el estado sobre indemnización.

SS. ZALVIDEA QUEIROLO, AMPUDIA HERRERA, TAIPE CHÁVEZ.





Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima  
Expediente N° 1405-2009  
(Responsabilidad por servicios médicos)

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
SEXTA SALA CIVIL**

Expediente N°: 1405-2009  
Demandante: Carmen Beatriz Guevara Salazar  
Demandados: - Instituto Especializado Materno Perinatal  
- Ministerio de Salud  
Materia: Indemnización por Responsabilidad civil Extracontractual  
Juzgado origen: 16 Juzgado Civil de Lima (Exp. N° 15990-2006)

Fecha Vista: 06/11/2009

**RESOLUCIÓN NÚMERO OCHO-II**  
Lima, nueve de noviembre del dos mil nueve.

**PARTE EXPOSITIVA**

**1. Resolución Apelada**

Mediante SENTENCIA contenida en la resolución número doce de fecha veintisiete de abril de dos mil nueve (hoja 400), el Décimo Sexto Juzgado Civil de Lima, declaró **FUNDADA** la demanda de Indemnización por daños y perjuicios de fojas sesenta y seis a setenta y seis, subsanada de fojas ochenta a noventa y nueve, interpuesta por doña Carmen Beatriz Guevara Salazar, en consecuencia, **SE ORDENA** al demandado Instituto Especializado Materno Perinatal de Lima cumpla con abonar a favor de la parte actora la suma de S/. 800,000.00 (OCHOCIENTOS MIL y 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de indemnización por daños y perjuicios, más intereses legales, sin costas ni costos.

**2. Apelación**

Mediante escrito de fecha 18 de mayo del 2009 (hoja 416), la parte demandada, presentó recurso impugnativo de apelación contra la citada sentencia.

Expresa los siguientes fundamentos:

- a. Refiere que La demandada refiere que el recojo de la sangre contaminada de la Unidad 902 siguió todos los procedimientos necesarios para comprobar su idoneidad. Así la persona encargada del proceso de selección de donantes cumplió con realizar la aplicación de la Ficha del Donante de Sangre sin embargo, el donante respondió negativamente a todas las interrogantes:

ocasionando con ello un parto prematuro de emergencia con graves complicaciones de salud en su menor hijo que acarrea transfusiones sanguíneas de emergencia". (Ibidem).

- g. "Asimismo, en la sentencia se señala abstractamente que la actora tiene derecho a lucro cesante por que dejaría de percibir dinero por actividades laborales al tener que dedicarse al cuidado de su hijo [...] En ese sentido, el juzgador no ha advertido que el lucro cesante es aquella suma que la víctima del daño iba a percibir y que no podrá hacerlo precisamente por causa del evento dañoso. Y en autos no está acreditado de ninguna manera que la demandante trabajaba o percibía alguna suma de dinero y que a raíz de la infección de su hijo ya no podrá obtener. Antes bien, en aplicación de las casaciones indicadas debió haberse desestimado cualquier indemnización por lucro cesante al no haberse acreditado precisamente el cese de dicho lucro. Con mayor razón si la sentencia no establece a cuanto asciende ese presunto lucro cesante". (Véase a hoja cuatrocientos veintidos).
- h. "[...] el juzgador no ha advertido que el daño emergente es aquella suma que la víctima del daño tiene que desembolsar a consecuencia del evento dañoso. Y en autos no está acreditado de ninguna manera que la demandante haya incurrido o tenga que incurrir en gastos derivados de la infección. Antes bien reconoce que todo el tratamiento de su menor hijo está siendo cubierto por el Estado en virtud de la Ley N° 28243 que le garantiza la atención estatal de por vida para la cobertura de sus necesidades. No existiendo por ello ningún daño emergente que tenga que ser cubierta por el Estado a través de nuestra Entidad". (Ibidem).
- i. "[...] está acreditado con las historias clínicas obrantes en autos que la actora no se sometió a controles prenatales, que su embarazo se complicó y desencadenó un parto prematuro de emergencia, que su menor hijo recién nacido sufrió un cuadro de trastorno de coagulación que llevó a la necesidad de someterlo a una urgente transfusión de sangre para salvarle la vida y que al momento de dicha transfusión no estuvo presente ningún familiar, todo lo cual deriva en que la transfusión fue absolutamente legal al amparo del Artículo 4° de la Ley General de Salud y permitió salvarle la vida al menor". (Ibidem).
- j. "[...] si la actora no es la persona que fue trasfundida con la sangre contaminada del donante, ni padece la enfermedad del SIDA, resulta carente de motivación que se le conceda una indemnización que no le corresponde". (Véase a hoja cuatrocientos veintitres).

La apelación fue concedida con efecto suspensivo mediante resolución número trece (hoja 424).



## PARTE CONSIDERATIVA

**PRIMERO.-** Debe señalarse en primer lugar que habiéndose producido un daño por responsabilidad extracontractual, de acuerdo a lo establecido por el último párrafo del artículo 1969° del Código Civil, corresponde que el descargo por falta de culpa deba ser efectuado por el supuesto autor del daño.

**SEGUNDO.-** La culpa materia de proceso que corresponde analizar, según se desprende de la demanda es la negligencia. No se ha alegado dolo.

**TERCERO.-** En el mismo sentido, debe establecerse que es un hecho incontrovertido que el día 15 de agosto de dos mil cuatro personal del Instituto Perinatal de Lima realizó una transfusión al menor Christofer Johan utilizando la Unidad de sangre 902, la cual se encontraba contaminada con VIH.

**CUARTO.- 4.1.** Como hemos glosado en los apartados a) y b) del primer fundamento, la demandada refiere haber cumplido con la diligencia debida al momento de producirse la donación de la sangre contaminada.

**4.2.** Sin embargo, como puede apreciarse también del dicho de la demandada y de la revisión del presente expediente, no existe prueba alguna que acredite dicha afirmación.

**4.3.** En efecto, no obra en autos el formato del cuestionario aplicado al donatario de la sangre que compruebe lo afirmado por la apelante ni, mucho menos, los resultados de las pruebas reactivas realizadas a la sangre donada que luego resultó encontrarse contaminada.

**4.4.** Por el contrario, tal como aparece en el Informe Final de la Comisión Evaluadora según RVM N° 516-2004-SA-DVM, obrante de hoja doscientos ochenta y siete a hoja trescientos doce, este sostiene que:

*“Los Manuales del Sistema de Gestión de Calidad fueron entregados en fecha posterior al incidente (noviembre) materia de investigación, a pesar de haber sido publicada su aprobación en el Diario El Peruano en Junio del 2004.*

*La Hoja de Interrogatorio al Donante del IEMP no contiene las mismas preguntas de las consignadas en el Formato de Selección al Postulante del Manual del PRONAHEBAS; sin embargo, las hojas del Interrogatorio del IEMP contienen preguntas que evalúan factores de riesgo, la ausencia de algunas preguntas podría ser compensada con una buena entrevista como consta en la manifestación realizada en esta entrevista. El donante por reposición no es el donante ideal para los bancos de sangre, los donantes deberían ser todos por donación altruista y voluntaria”. (Véase de hoja doscientos noventa y cinco a doscientos noventa y seis).*

**4.5.** Es decir, el donante de la Unidad 902 no fue sometido al cuestionario aprobado en junio de 2004 y, además, no se ha comprobado en autos que dicha falencia haya sido compensada con una “buena entrevista” por parte del médico jefe del Banco de Sangre.

#### 4.6. El mismo Informe citado concluye al respecto:

*"En relación al punto 3.1 del análisis del Informe del PRONAHEBAS acerca del incumplimiento de la Norma Técnica 016-DESS-DGSP-MINSA en relación al NO USO de las FICHAS para SELECCIÓN del DONANTE la comisión concluyó que la aplicación de la Ficha de 10 preguntas usada en el IEMP si bien no es la misma que se recomienda en la norma esta permite una selección adecuada del donante, ya que se complementa con la evaluación del médico jefe del Banco de Sangre". (véase a hoja trescientos diez, resaltado nuestro).*

Como se puede leer de los argumentos de la apelante la evaluación complementaria del médico jefe del Banco de Sangre ni siquiera ha sido alegada.

**QUINTO.- 5.1.** Con respecto a la supuesta emergencia suscitada durante el tratamiento del menor<sup>1</sup> debemos señalar que esta se habría producido de acuerdo a lo que sostiene la transcripción de la historia clínica de Christopher Johan, obrante a hoja trescientos diecisiete a hoja trescientos veintiuno, por un "trastorno de coagulación".

**5.2.** Sin embargo, la parte demandada no ha acreditado que dicho trastorno produzca una situación de emergencia que justifique una actuación médica sin contar con el consentimiento previo de los padres del menor.

**5.3.** Sostiene la demandada, asimismo, que dicho consentimiento no podía ser recabado por cuanto "al momento de dicha transfusión no estuvo presente ningún familiar", no se advierte, sin embargo, que la madre del niño se encontraba hospitalizada en el mismo nosocomio.

**5.4.** Por consiguiente, se ha acreditado el supuesto previsto en el artículo 4° de la Ley General de Salud, que, justifique la ausencia de consentimiento informado.

**SEXTO.- 6.1.** Con respecto a los argumentos glosados en los apartados c) y f) debemos reiterar la falta de prueba sobre la realización de un correcto interrogatorio al donante.

**6.2.** Asimismo, respecto a la supuesta ausencia de controles prenatales de la demandante es necesario señalar que, como se desprende del documento presentado por la propia demandada, obrante a hoja doscientos sesenta y nueve, la demandante sí se sometió a dichos controles.

**6.3.** Esto se corrobora con los documentos obrantes a hoja ciento treinta y cinco y ciento treinta y siete de los cuales se comprueba la realización de una ecografía y otros exámenes.

**SETIMO.-** Con respecto a los argumentos glosados en los apartados e), g) y h) debemos relevar que, de acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 442° del Código Procesal Civil, la falta de pronunciamiento en la contestación de la

<sup>1</sup> Según lo sostenido por la apelante en sus argumentos glosados en los apartados d) e l)



demanda respecto a los hechos sobre los cuales la demandante fundó sus pretensiones de lucro cesante y daño emergente justifica que la juez especializada los haya reconocido como verdaderos.

**OCTAVO.-** En efecto, como puede apreciarse del escrito de contestación de demanda, obrante de hoja trescientos veinticinco a hoja trescientos treinta y uno, la demandada en ningún momento niega la veracidad de los hechos que ahora cuestiona en apelación.

**NOVENO.- 9.1.** Adicionalmente, debemos sostener que no puede seriamente afirmarse que el menor infectado "viene llevando una vida normal" o que no se ha demostrado que "se encuentra mal de salud o en grave riesgo de su vida".

**9.2.** El niño lesionado por la negligencia de la demandada ha sido contagiado con una enfermedad incurable a las pocas horas de su nacimiento resulta por consiguiente evidente el daño producido y, por consiguiente, plenamente aplicable al caso de autos lo previsto por el artículo 1332° del Código Civil.

Por consiguiente, al amparo de la norma citada estos argumentos deben ser rechazados.

**DECIMO.-** Debe recordarse, con respecto al argumento glosado en el apartado j) que el mismo representa, en términos estrictos un cuestionamiento a la legitimidad para obrar de la demandante, hecho que no ha sido planteada oportunamente a través de la correspondiente excepción.

**DECIMO PRIMERO.-** Por consiguiente, superada la etapa postulatoria no corresponde admitir cuestionamientos sobre tal calidad, máxime si aplicamos lo dispuesto por el artículo 454° del Código Procesal Civil.

Por tanto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 196° del Código Procesal Civil, así como los artículos 1332° y 1969° del Código Civil, y el artículo 442° numeral 2 del Código Procesal Civil:

#### SE RESUELVE:

**CONFIRMAR** la sentencia contenida en la resolución número doce, de fecha veintisiete de abril de dos mil nueve, obrante de hoja cuatrocientos a hoja cuatrocientos ocho, que resuelve declarar fundada la demanda de Indemnización por daños y perjuicios de hoja sesenta y seis a setenta y seis, subsanada de hoja ochenta a noventa y nueve, interpuesta por doña Carmen Beatriz Guevara Salazar y, en consecuencia, ordena al demandado Instituto Especializado Perinatal de Lima cumpla con abonar a favor de la parte actora la suma de S/. 800,000.00 (ochocientos mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios, más intereses legales, sin costas ni costos. **DISPUSIERON** la notificación a las partes, y, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución, **DEVOLVIENDOSE** los actuados al Juzgado de Origen de conformidad con lo preceptuado en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y tres del Código Procesal Civil, en los seguidos por **CARMEN BEATRIZ GUEVARA SALAZAR** contra **EL INSTITUTO**

ESPECIALIZADO MATERNO PERINATAL DE LIMA, sobre INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS (Conocimiento).-

  
RAMOS LORENZO

  
ROSAS MONTOYA

  
SANCHEZ TEJADA



## 2º JUZGADO DE PAZ LETRADO - Sede MBJ Los Olivos

Expediente: N° 00989-2008-0-0903-JP-CI-02

(Responsabilidad por daño causado por animal por conducta omisiva de la Municipalidad)

### SENTENCIA

#### Resolución Número DIECISIETE

Los Olivos, dieciséis de mayo de 2011

**VISTA:** el proceso seguido por Ríos Córdova, Valeria Yolanda, contra Felipe Castillo Alfaro - Alcalde Distrital de Los Olivos y María Huamanzana Medina, sobre Indemnización de Daños y Perjuicios y Restitución de Dinero, en vía de proceso SUMARISIMO; y **CONSIDERANDO: PRIMERO: ANTECEDENTES:** La demandante Valeria Yolanda Ríos Córdova, acude a este Órgano jurisdiccional, presentando demanda de Restitución de Dinero e Indemnización por Daños y Perjuicios, solicitando la restitución de dinero gastado al haber asumido los gastos del tratamiento médico y movilidad, como consecuencia de la mordedura de dos canes de raza pit bull terrier, considerados de alta peligrosidad, en diferentes partes del cuerpo, de propiedad de la demandada María Huamanzana Medina, el mismo que alcanza a la suma de MIL NUEVOS SOLES (S/. 1,000.00), más sus intereses y solicitando la indemnización por los daños y perjuicios, por el daño contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, por el daño emergente y por el daño moral sufrido, solicitando la suma de DIECISIETE MIL NUEVOS SOLES (S/. 17,000.00), la misma que deberán de resarcir en forma solidaria los demandados por haber quedado incapacitada para poder trabajar por el periodo de treinta días, resultando que el monto total demandado es de DIECIOCHO MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 18,000.00). Admitida a trámite la demanda por resolución número uno, de folios 56, en vía de proceso Sumarísimo, se notificó a los demandados habiendo la Municipalidad Distrital de los Olivos, por intermedio de su Procurador Público, contesta la demanda, dentro del plazo de ley, mediante escrito de folios 63 a 67, mientras que la demandada María Huamanzana Medina, no contestó la demanda siendo declarada rebelde conforme se aprecia de la resolución número dos de folios 80, citándose para la audiencia única, la cual se realizó con la concurrencia de ambas partes, conforme se desprende del acta que aparece en folios 91 a 95, en la cual se declaró el saneamiento del proceso, fijándose los puntos contradictorios, admitiéndose y actuándose los medios de pruebas ofrecidos, conforme se desprende del acta de audiencia de folios 91 a 95, habiéndose dictado sentencia, mediante resolución número doce, obrante a folios 294 a 299, la misma que fue impugnada por la demandante, siendo declarada nula mediante resolución de vista dictada por el Primer Juzgado Mixto de los Olivos, ordenando que se dicte nueva sentencia, siendo el momento procesal para expedir sentencia. **SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN:** La demandante, promueve como pretensión la Restitución de Dinero, y acumulativamente la Indemnización por los Daños y Perjuicios, sufridos solicitando que los demandados le paguen de manera solidaria la suma de DIECIOCHO MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 18,000.00) por concepto de Restitución del dinero gastado por el tratamiento médico y movilidad, como consecuencia de la mordedura de dos canes de raza pit bull terrier, considerados de alta peligrosidad, en diferentes partes del cuerpo la suma de MIL NUEVOS SOLES (S/. 1,000.00), más sus intereses, y por concepto de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, que comprende el daño sufrido en la Vida, el Cuerpo y la Salud, así como por el daño emergente y por el daño moral sufrido, en la suma de DIECISIETE MIL NUEVOS SOLES (S/. 17,000.00), alegando que: 1. Con fecha 22 de mayo de 2008, siendo las seis de la tarde aproximadamente, en circunstancias que se dirigía a realizar sus compras al mercado de la Asociación de Propietarios de "Villa Norte", fue víctima de un ataque por dos canes de raza pitbull terrier, considerándose de alta peligrosidad por la ley canina, los cuales salieron de manera intempestiva del domicilio de la demandada,



María Huamanzana Medina, situado en la Manzana “E”, Lote 15 de la Asociación de Vivienda Los Tulipanes, sin las medidas necesarias que ordena la Ley Canina, es decir sin bozal, ocasionándole lesiones graves en diferentes partes de su cuerpo, conforme se puede apreciar del Certificado Médico Legal N° 555-L y de las fotografías que adjunta a la respectiva demanda como anexo. 2. Después de la atención en el Hospital Municipal de los Olivos y, al quedar imposibilitada de poder caminar fue trasladada a su domicilio en taxi, para posteriormente recurrir al Centro de Salud Antirrábico Control de Zoonosis, con la finalidad de que sean internados y observados por diez días los dos canes para descartar si se encontraban con el mal de rabia, habiendo sido descartados de esa terrible enfermedad, empero por las graves lesiones sufridas se le ordenó la aplicación de tres (3) dosis de vacunas en el ombligo para el tratamiento antirrábico, así como la curación diaria, la cuales fueron por el lapso de quince (15) días. 3. Para dicho tratamiento en las medicinas, así como en la movilidad en vehículo particular (taxi) en razón que se encontraba imposibilitada de caminar ha gastado aproximadamente la cantidad de MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 1,000.0), gastos que han sido afrontados por su esposo, por cuanto la suscrita no trabaja en el sector público ni mucho menos en el privado. 4. Por otro lado, señala que como consecuencia de las lesiones graves sufridas por la mordedura de sus canes de raza pit bull terrier ha quedado imposibilitada de realizar sus quehaceres del hogar por el periodo de 40 días, por lo que se ha visto en la necesidad de buscar a una persona que la atiende y haga los quehaceres del hogar, por cuanto sus hijos se encuentran estudiando y su esposo trabajando para su manutención por lo que su economía ha sufrido una merma. 5. Además señala que está emplazando al Señor Alcalde Distrital de los Olivos, como tercero civilmente responsable, en razón de que las normas son clarísimas en cuanto a su competencia, pues la autoridad edil no está haciendo cumplir las normas emanadas por el Gobierno Central y las Autoridades Competentes, en consecuencia su impericia ha atentado gravemente contra su Vida, Cuerpo y Salud, por lo que debe resarcirse el daño moral sufrido por la accionante. 6. Ampara su demanda en los fundamentos jurídicos previstos en los artículos 1148, 2da. parte; 1219, incisos 1.2 y 3; 1321; 1322; 1969; 1970; 1984 y 1985, así como sus artículos II, IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código Civil.

**TERCERO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: POR PARTE DE LA DEMANDADA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LOS OLIVOS:** Quien alega en su contestación niega y contradice la demanda promovida en todos sus extremos, alegando que:

1. Efectivamente la demandante con fecha 22 de mayo del 2008 ha sido víctima de un ataque de canes de propiedad de la demandada María Huamanzana Medina.
2. La demandada María Huamanzana Medina en su declaración policial afirma tener dos perros, los cuales atacaron a la accionante, encontrándose demostrado ser la propietaria de dichos canes.
3. La Ley 27596 en su artículo 14 establece que “si un can ocasiona lesiones graves a una persona el propietario está obligado a cubrir el costo total de la hospitalización, medicación y cirugía reconstructiva necesaria, hasta su recuperación total, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, con lo que se colige que su representada no resulta ser responsable por la irresponsabilidad de los ciudadanos que tienen sueltos a sus canes peligrosos.
4. Su representada mediante Ordenanza Municipal N° 869, publicada el 26 de noviembre del 2005, se aprobó el Registro Municipal de Canes y Control de perros considerados de alta peligrosidad, el cual dispone en su artículo 10 que es deber de los Propietarios de perros, considerados de alta peligrosidad identificar y registrar a dichos canes, así como otras disposiciones que son de obligación de los propietarios.

**POR PARTE DE LA DEMANDADA MARIA HUAMANZANA MEDINA:** A pesar de haber sido notificada para que conteste la demanda, no ha contestado por lo que ha sido declarada rebelde en el presente proceso, condición jurídica que causa presunción legal relativa



sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, conforme lo establece el artículo 461 del Código Procesal Civil.

**CUARTO: CONSIDERACIONES JURÍDICAS:** Antes de analizar la controversia promovida es necesario realizar algunas precisiones técnicas:

**1. RESPONSABILIDAD CIVIL:** Consiste en la obligación, que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, (normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios). Díez-Picazo define la responsabilidad como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”. Aunque normalmente la persona que responde es la autora del daño es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de “responsabilidad por hechos ajenos”. Pero en todo caso la responsabilidad civil tiene como objetivo la de procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, sin embargo, la responsabilidad civil posee un aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad; y un aspecto punitivo, de pena pecuniaria.

**2. CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL:** Como es sabido, la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de “responsabilidad civil contractual”, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada “responsabilidad civil extracontractual”. La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado “relación jurídica obligatoria”.

**3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD:** Los elementos que están contenidos doctrinariamente por el Sistema Unitario de la Responsabilidad Civil son: la antijuridicidad, el Daño causado, la Relación de causalidad y el Factor de Atribución.

a) Por la antijuridicidad, entendemos que no basta que la conducta perjudicial contravenga una norma jurídica, ante lo cual estaríamos ante conductas típicas, sino que dicha conducta viole el sistema jurídico en general, en cuanto dañe valores o bienes jurídicamente tutelados por el Estado.

b) Por el daño causado, tenemos que su existencia es vital, pues si no existe daño no habrá nada que reparar, de ahí que el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial, en cuanto al primero, si es objetivo hablamos del daño emergente, que no es otro que el dar lo propiamente dicho; el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir, y el daño extrapatrimonial, entendido como daño moral o daño a la persona, este es un daño subjetivo, no materializable, pero sí cuantificable en dinero, y tal vez hasta más valorado que el daño propiamente dicho.

c) Por la relación causal entre el daño causado y la conducta humana, descartando todo vínculo con las causas naturales, el caso fortuito o fuerza mayor, pues nuestro Código Civil, lo descarta de pleno; y d) Por los factores de atribución que son los que finalmente determinan la responsabilidad donde encontramos a la culpa y riesgo creado; entendiéndose por culpa el dolo

o la intención, y por riesgo creado el estrictamente suficiente para causar si quiera un riesgo del bien o valor jurídicamente tutelado, por lo que el factor atribuido a la conducta debe ser visto de un punto de vista imparcial, es decir, el Juez se representará mentalmente si la persona hubiere actuado de otro modo para evitar el daño atribuido, lo declarará así en sentencia fundamentada, librándolo de toda responsabilidad.

**4. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS O INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS:** Está considerada en la doctrina como la acción que tiene el acreedor o la víctima para exigir del deudor o causante del daño, una cantidad de dinero equivalentes a la utilidad o beneficio que a aquel le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado, de ahí que el perjuicio o daño es concebido como la disminución patrimonial del acreedor a consecuencia del incumplimiento de una obligación, sea que se trate de una pérdida real o afectiva, o simplemente de una ventaja. Las indemnizaciones de perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia:

- a) Contractuales: las que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento, y
- b) Extracontractuales: aquellas que no proceden de un contrato, su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas, dicha acción puede originarse también con motivo de la comisión de un delito.

En nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad civil extracontractual, se genera cuando no existe una relación jurídica previa entre las partes o incluso cuando existiendo ella, el daño es consecuencia no de un incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, de ahí que esta responsabilidad civil extracontractual se produce por el incumplimiento de un deber genérico.

**QUINTO: PUNTOS CONTROVERTIDOS:** En la Audiencia Única y por resolución número diez, obrante a folios 270, se han fijado como puntos contradictorios:

1. Determinar si las demandadas están obligadas a restituir el dinero que solicita la demandante.
2. Determinar la existencia de los daños y perjuicios solicitados por la demandante.
3. Determinar si los demandados resultan obligados de indemnizar.
4. Establecer el *quantum* indemnizatorio de ser el caso.

**SEXTO: CARGA DE LA PRUEBA:** Una de las garantías del Derecho Procesal es la garantía del derecho de la prueba, que le asiste a cada una de las partes, mediante el cual se permite a las partes acreditar los hechos que configuran su pretensión o que configuran su contradicción, de ahí que nuestro ordenamiento procesal reconoce que los medios probatorios, tienen como finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, en su demanda y/o contestación de demanda, produciendo certeza en el Juzgador respecto de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes, para así fundamentar sus decisiones, tal conforme lo establece el artículo 188 del Código Procesal Civil. Mientras que la valoración de la prueba, está comprendida como la actividad que realiza el juez, mediante la cual de forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, apreciara la prueba actuada en el proceso, dándole el mérito que a cada uno de los medios de prueba le corresponde, de acuerdo a su criterio de conciencia, sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión, tal conforme lo establece el artículo 196 de nuestro Código Procesal Civil.

**SETIMO: ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIAS:**

1. En el caso en concreto tenemos que la pretensión promovida por la accionante tiene dos supuestos: a) El Resarcimiento por los gastos efectuados por la atención médica, así como los gastos que por movilidad ha realizado; y, b) La indemnización por daños y perjuicios sufridos por la demandante, la cual tiene su presupuesto en la existencia de responsabilidad civil por los

demandados, la misma que es de tipo extracontractual, la cual tiene su sustento en el ataque de dos perros pitbull terrier del que fue víctima la demandante, el 22 de mayo del 2008.

2. Con relación al primer punto controvertido referido a determinar si las demandadas están obligadas a restituir el dinero que solicita la demandante, tenemos que la accionante solicita el resarcimiento por los gastos efectuados por la atención médica recibida por la mordedura de dos canes de raza pitbull terrier, considerados de alta peligrosidad, en diferentes partes del cuerpo, así como el resarcimiento por los gastos que por movilidad ha realizado al quedar imposibilitada de poder caminar, al respecto es necesario establecer que para analizar el resarcimiento que pretende la demandada, se tiene que este resarcimiento se encuentra vinculado con uno de los elementos de la responsabilidad civil, específicamente con el daño emergente, por lo que la determinación de dicho resarcimiento se encuentra comprendida dentro de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios que pretende la accionante, por lo que el resarcimiento por los gastos que por medicinas y movilidad que pretende la accionante, no puede ser amparada de manera separada de la indemnización por daños y perjuicios que pretende.

3. Con respecto al segundo punto controvertido referido a determinar la existencia de los daños y perjuicios solicitados por la demandante, tenemos que establecer que la pretensión de la demandante se encuentra referida a las lesiones sufridas por la mordedura de los perros de raza pit bull, de propiedad de la demandada, debiendo de establecerse que en punto tenemos que determinar la existencia de los daños y perjuicios que alega la demandante, los hechos materia de pretensión tienen como presupuesto la mordedura de perros de raza pitbull que sufriera la accionante, a este aspecto tenemos que la mordedura de los perros pit bull se encuentra acreditada con el Certificado Médico Legal N° 00555-L. practicado a la demandante, el cual aparece como anexo a folios 11, del que se desprende que la accionante, a consecuencia de la mordedura canina ha sufrido lesiones que se encuentran detalladas en dicho certificado médico legal, concluyendo el médico legista que la accionante por dichas lesiones ha requerido de una atención facultativa o atención médica de tres días, mientras que le ha generado una incapacidad médica legal o incapacidad para desarrollarse de once días, con lo cual se acredita que la accionante sí ha sufrido perjuicios por dicha mordedura.

4. Con respecto al tercer punto controvertido referido a determinar si los demandados resultan obligados a indemnizar, tenemos que establecer en principio que la responsabilidad invocada por la demandante se encuentra referida a los supuestos de una responsabilidad extracontractual objetiva, por lo que en este aspecto nos corresponde evaluar si en la conducta desarrollada por los demandados existe concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, señalados en la doctrina a efectos de que se compruebe si por los daños sufridos por la accionante, corresponde que se le indemnice. Por lo que para resolver este punto debemos de analizar si concurren los elementos de responsabilidad civil, estos son: la antijuridicidad, la relación de causalidad y los factores de atribución. Respecto a ello, tenemos que precisar en primer orden que la pretensión del demandante, se sustenta en el hecho que ha sido atacada por dos canes de raza pit bull terrier, considerados de alta peligrosidad, los que la habrían atacado al haber aparecido de manera intempestiva del domicilio de la demandada María Huamanzana Medina, situado en la Manzana “E”, Lote 15 de la Asociación de Vivienda Los Tulipanes. Ahora los perros de raza pitbull, son considerados como razas caninas potencialmente peligrosas, conforme así lo establece el artículo 2 numeral 2.1. de la Ley que Regula el Régimen Jurídico de Canes (Ley N° 27596), la misma que también establece como deber de los propietarios o poseedores de estos canes “el uso de bozal”, tal conforme lo establece el inciso c) del artículo 5 de la citada ley. Que, en segundo lugar, debemos de analizar los elementos concurrentes de la responsabilidad civil, en la conducta mostrada por los demandados: **A) Con respecto a la demandada María Huamanzana Medina**, tenemos que su responsabilidad civil, se encuentra establecida en su condición de propietaria de los canes de



raza pitbull, a quienes en el momento de los hechos, se encontraban sin la medida de cuidado impuesta por la ley, cual es “la conducción con un bozal”, tal conforme lo establece la norma jurídica que regula el régimen jurídico de canes - Ley N° 27596, cumpliéndose en este aspecto el elemento de antijuricidad de responsabilidad civil, pues la inobservancia del deber de la demandada ha causado el daño a la integridad física de la demandante; que la inobservancia de su deber de la demandada, como propietaria de los canes, ha traído como consecuencia la mordedura sufrida por la accionante, quien ha sufrido el daño en su integridad física; el mismo que se encuentra establecido por el Certificado Médico Legal N° 000555-L de folios 11, con lo cual se cumple el segundo elemento concurrente de responsabilidad - daño; ahora conforme se ha establecido en el punto anterior estos daños a su integridad física constituyen el daño emergente, el cual se encuentra establecido en una atención facultativa o atención médica de tres días y en la incapacidad médico-legal o incapacidad para desarrollarse de once días, lo cual significa que en lo que se refiere al determinar que la accionante solo ha necesitado de atención médica por tres días, mientras que el descanso médico o incapacidad que ha sufrido, por estos hechos, ha sido de once días, lo cual quiere decir que para el lucro cesante, que pretende la accionante tenemos que establecer que solo por once días la accionante ha dejado de desarrollarse, y con respecto al daño moral que también pretende, tenemos que considerar que este al ser subjetivo, no puede ser materializado y por ende deberá de analizarse en el punto que corresponde: ahora en estos hechos se encuentra debidamente acreditada la relación de causalidad, puesto que conforme la propia declaración de la demandada, cuya copia aparece a folios 10 de autos, ella resulta ser propietaria de los citados perros, quienes se encontraba en su vivienda: y con respecto a los factores de atribución, que son los que finalmente determinan la responsabilidad, tenemos que en la conducta de la demandante ha existido culpa y riesgo, pues existe si la demandada hubiera actuado con mayor diligencia no solo en el cuidado de los perros, es decir brindando mayores seguridades para que los perros, no descendieran del cuarto piso en donde los tenía, no se habría producido el hecho en agravio de la demandante; que siendo ello así entonces debemos de establecer que a la presente demandada sí le alcanza la obligación de indemnizar a la demandante. **B) Con respecto a la demandada Municipal de los Olivos**, debemos de precisar que en la conducta de la citada comuna no le alcanza la responsabilidad civil, pues de acuerdo a lo que establece artículo 1979 del Código Civil, se establece que la responsabilidad por daño causado por un animal, le corresponde repararlo al dueño del animal, salvo que se pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero, siendo ello así entonces debemos de establecer no existe obligación de la demandada, Municipalidad de Los Olivos, a incorporarse en dicha responsabilidad civil; empero la pretensión de la demandante se encuentra sustentada en el hecho que la Municipalidad demandada, viene inobservando sus deberes impuestos por las normas relativas Régimen Jurídico de Canes, al no hacer cumplir dichas normas al respecto tenemos que establecer que la demandante no ha desplegado actividad probatoria a acreditar la conducta omisiva de la municipalidad emplazada, por lo que no ha generado certeza en la suscrita para amparar este extremo de su pretensión. 5. Con respecto al cuarto punto controvertido referido a establecer el *quantum* indemnizatorio, tenemos que conforme se ha establecido en el considerando anterior, por las lesiones sufridas por la demandante esta ha requerido de tres días de atención facultativa, atención que se encuentra referida a la atención médica recibida por las lesiones sufridas, las cuales se encuentran corroboradas por el Carnet de Vacunación Antirrábica de folios 22, del cual se desprende que efectivamente la demandante ha concurrido al control antirrábico en tres fechas (24, 25 y 26 de mayo), así como los recibos de dicho centro antirrábico que aparecen a folios 19 y 20, habiendo sido recetada medicinas para su atención en dichas fechas, conforme las recetas estandarizadas que aparecen en folios 23 y 25. Por otro lado, con respecto a los gastos realizados el mismo día del evento (22 de mayo), tenemos que ellos aparecen detallados en los recibos de folios 16 y 17 (Hospital Los Olivos), de folios 19 y



21 (Clínica Jesús del Norte), con lo cual se acreditan los gastos efectuados por la demandante respecto a su atención médica, empero, la pretensión de la demandante se encuentra también referida a los gastos de movilidad que ha realizado, gastos que no ha acreditado con ningún medio de prueba, por lo que el monto propuesto por dicho concepto no resulta amparado en la suma demandada. Ahora con respecto al lucro cesante, tenemos que conforme se ha establecido en el Certificado Médico Legal de folios 11, la demandante ha requerido de 11 días de incapacidad médico legal, si bien ha alegado que se ha encontrado 40 días sin poder movilizarse, ese argumento no ha sido acreditado con medio de prueba idóneo al respecto, así como el hecho que haya tenido que contratar a una persona para que desarrolle las actividades que como ama de casa le correspondía desarrollar, por lo que para los efectos de poder cuantificar este extremo tendremos que recurrir al supuesto de que cuánto podría dejar de percibir una ama de casa, al no desarrollar sus actividades que como tal le corresponde, resultando que el trabajo en el hogar resulta ser tan o igual de útil que un trabajo fuera del hogar, empero un ama de casa no percibe remuneración por dicho trabajo, por lo que para cuantificar dicho concepto - lucro cesante, tendremos que recurrir a establecer que en promedio a la remuneración mínima vital, más aún si la demandante no ha sustentado de ninguna forma cuál sería su promedio de ingreso diario, que habría dejado de percibir por sus actividades como ama de casa. Con respecto al daño moral, que también pretende la accionante, hay que establecer que esta es inapreciable en dinero, pero puede cuantificarse considerando el tipo de mordedura sufrida por la accionante, que le ha generado no solo dificultad para trasladarse inmediatamente, sino también incapacidad posterior, así como la postración luego de haber recibido la atención médica, también se debe de considerar en dicho rubro, la falta de atención mostrada por la demandada, como propietaria de los canes, quien no atendió inmediatamente a la accionante, dejándola en un ambiente de incertidumbre respecto a su salud, así como la afectación que ha sufrido su familia por estos hechos, resultando amparable en parte la pretensión económica que ha presentado en su demanda.

#### **DECISIÓN**

Conforme a las consideraciones glosadas la apreciación razonada de los medios probatorios, conforme a las reglas que establece el artículo ciento noventa y seis y ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, así como la facultad contenida en el artículo treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y el artículo seis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Segundo Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de los Olivos, Administrando Justicia a nombre de la nación **RESUELVE: DECLARAR INFUNDADA** la demanda por Restitución de Dinero e Indemnización por Daños y Perjuicios, promovida por Valeria Yolanda Ríos Córdova, contra Felipe Castillo Alfaro - Alcalde Distrital de la Municipalidad de Los Olivos: y **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la demanda promovida por Valeria Yolanda Ríos Córdova, contra María Huamanzana Medina, sobre Indemnización de Daños y Perjuicios y Restitución de Dinero: en consecuencia: **ORDENO** que la demandada MARÍA HUAMANZANA MEDINA, cumpla con pagar a la demandante la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA NUEVOS SOLES, por concepto de Restitución de Dinero, ocasionado por gastos médicos, realizado el día del hechos: y la suma de SEIS MIL NUEVOS SOLES por concepto de Indemnización por Daños y Perjuicios sufridos por la accionante; con pago de costas y costos del proceso; notificándose y tomándose razón donde corresponda.

RUTH SILVERIO ENCARNACIÓN, Juez

SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO

MÓDULO BÁSICO DE JUSTICIA DE LOS OLIVOS

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**  
**Expediente N° 0031-2004-AI/TC**  
(Análisis de la expropiación)

En Lima, a los 23 días del mes setiembre de 2004, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Máximo Yauri Salazar y más de 5000 ciudadanos contra la Ley N.º 27816, que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca.

**ANTECEDENTES**

El demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27816, por considerar que dicha norma afecta la prohibición de dictar leyes especiales en razón de las personas y el principio de no discriminación. La violación de los preceptos constitucionales que contienen dichos mandatos prohibitivos, a su juicio, se ha producido ya que:

A/. La “cosa” regulada por la Ley N.º 27816 es la declaración de necesidad pública de la expropiación de un terreno de 1,900 hectáreas, cuya finalidad es levantar un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca a cargo del Instituto Geofísico del Perú. Al determinar los terrenos materia de expropiación, el legislador ha actuado selectivamente al expropiar terrenos de personas como la Comunidad Campesina de Jicamarca y el Relleno Sanitario de Huaycoloro, que no afectan de modo alguno el funcionamiento del Radio Observatorio.

B/. Se exonera del área de expropiación a la Refinería de Zinc de Cajamarquilla, que colinda con el Radio Observatorio de Jicamarca, a pesar de que existe un estudio de impacto ambiental que la califica como principal responsable del deterioro de la Antena del Radio Observatorio por sus actividades hipercontaminantes. Asimismo, se exonera a los terrenos donde se encuentra la mina y la planta de la empresa Unión de Concreteras –UNICON–, las cuales producen interferencias radioeléctricas. Ambos hechos constituyen una clara discriminación de tipo económico, afectándose terrenos que nada tienen que ver con el Radio Observatorio de Jicamarca, pues están en quebradas distintas y con un cerco natural de cerros que impide todo contacto.

Por su parte, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que se declare infundada, ya que:

A/. El derecho de propiedad no es absoluto, pues el artículo 70º de la Constitución establece la facultad del legislador de expropiar, bajo ciertos supuestos. Uno de dichos supuestos o condicionantes es que la expropiación tenga como finalidad satisfacer una necesidad pública, único elemento cuya ausencia convertiría la ley en inconstitucional. A su juicio, tal requisito ha sido cumplido, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley N.º 27816, reproducida literalmente en el Dictamen del 11 de junio de 2002, emitido en el Proyecto de

Ley N.º 2680-2001-CR de la Comisión de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción del Congreso de la República.

B/. El tema planteado no puede discutirse a través de la acción de inconstitucionalidad, puesto que, en realidad, lo que se estaría debatiendo es si la expropiación practicada debió ser más amplia que la señalada por la ley en su artículo 2º; es decir, que la pretensión no tendría por objeto cuestionar la ley expropiatoria, sino el por qué no se efectuó en otros terrenos.

C/. La ley no “personaliza” las propiedades ni las personas que deben ser afectadas por la expropiación, pues “la única finalidad de la ley es, por razones de necesidad pública manifiestamente demostrada, levantar un área de protección para el normal y perfecto funcionamiento del observatorio de Jicamarca”. Además, no sólo se expropia a los comuneros de Jicamarca, sino también a distintas personas naturales y jurídicas, así como a las concesiones mineras otorgadas dentro del área de expropiación y demás propiedades que señala el artículo 6º de la misma ley impugnada.

Realizada la audiencia pública, la causa ha quedado al voto.

## FUNDAMENTOS

### §1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27616, que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca, por considerar que con su expedición se han violado los artículos 2º, inciso 2, y 103º de la Constitución Política del Estado.

### §2. Derecho de propiedad y expropiación

2. El derecho de propiedad se encuentra reconocido por el artículo 2º, inciso 16 de la Constitución, según el cual: “Toda persona tiene derecho: 16) A la propiedad (...)”; así como por su artículo 70º, a tenor del cual: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”.

Como cualquier derecho fundamental, el de propiedad no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tácitas.

3. Sin embargo, la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo. La diferencia es muy importante, ya que, a diferencia de lo que es propio de un supuesto de limitación o regulación del derecho de propiedad, que no es indemnizable, el efecto inmediato del ejercicio de la potestad expropiatoria es afectar el núcleo dominical de la propiedad, por lo que, de conformidad con el artículo 70º de la Constitución, su eficacia está condicionada al pago previo, en efectivo, de la indemnización correspondiente.

4. El artículo 70º de la Constitución establece, en principio, y como regla general, que: “nadie puede ser privado de su propiedad”; pero, a la vez, prevé que, excepcionalmente, se puede privar de ella por causas de seguridad nacional o necesidad pública. “Privar” de la propiedad supone “despojar” o “sacrificar” a su titular las potestades que concede la propiedad de algo. Como tal, “supone un ataque exterior (al derecho), en virtud de fundamentos distintos de los

que sostiene su propio contenido, normal o reducido” (Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Civitas, 2000, pág. 340).

5. La expropiación consiste en una potestad que se concretiza en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular, o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello, es preciso que el Poder Legislativo lo declare, mediante ley, y sobre la base de la existencia de una causa real y apremiante de seguridad nacional o necesidad pública.

Dado que la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad de bien, la Constitución ha establecido una serie de garantías para que se lleve a cabo el ejercicio de esta potestad.

6. Según el artículo 70° de la Constitución, el ejercicio de la potestad expropiatoria:

- a) Debe obedecer a exigencias de “seguridad nacional” o “necesidad pública”;
- b) Está sujeto a una reserva de ley absoluta, es decir, debe declararse mediante una ley expedida por el Congreso de la República;
- c) Supone la obligación del Estado de pagar, en efectivo, la indemnización justipreciada que compense el precio del bien materia de expropiación.

7. En el caso de autos, el 13 de agosto de 2002 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N.º 27816, cuyo artículo 1º dispone:

“Declárase de necesidad pública la expropiación del terreno de 1,900 hectáreas, ubicado en la quebrada de Jicamarca, parte en el distrito de Lurigancho-Chosica, provincia de Lima, y parte en el distrito de San Antonio de Chaclla, provincia de Huarochirí, ambos en el departamento de Lima (...)”.

8. El Tribunal Constitucional considera que la Ley N.º 27816 respeta las garantías mínimas contempladas en el artículo 70° de la Norma Suprema. A saber:

- a) El principio de reserva de ley absoluta. En efecto, la expropiación de los terrenos aludidos en la demanda fue autorizada por una ley formal, expedida por el Congreso de la República.
- b) La indemnización justipreciada. En efecto, el artículo 5º de la Ley N.º 27816 dispone que dicho pago se establecerá en trato directo o procedimiento judicial, y que será efectuado por el Ministerio de Educación con los recursos que para tal efecto disponga.
- c) La necesidad pública. El mismo artículo 1º de la Ley N.º 27816, después de describir el área objeto de la expropiación, estableció que el propósito de ésta, es decir, la necesidad pública que la legitimaba, era el de destinar dicho bien al “(...) levantamiento de un área de protección funcional para el Radio Observatorio de Jicamarca”.

9. El Tribunal Constitucional considera que la causa expropiatoria satisface el requisito de necesidad pública exigido por el artículo 70° de la Constitución, a tenor de lo expuesto en la contestación de la demanda y, particularmente, de la exposición de motivos de la ley impugnada. En efecto, en la exposición de motivos se destacan los aportes científicos del



Radio Observatorio de Jicamarca y la trascendencia de esos aportes para el conocimiento de la circulación atmosférica y para la seguridad nacional y mundial. Asimismo, se consignan cuáles son los requerimientos mínimos para el funcionamiento del Radio Observatorio:

“(…) una zona de libre interferencia y ruidos de radio que compitan con las señales que se quieren detectar; un ambiente libre de polvo para preservar sus valiosos instrumentos electrónicos”.

Por ello, y dada la importancia del Observatorio y de los elementos necesarios para su conservación, el Congreso concluyó que:

“(…)la presencia de actividad humana industrial en las proximidades del Radio Observatorio de Jicamarca genera factores perturbadores eléctricos que interfieran con las ondas de radio (...). Todo lo cual puede provocar a corto plazo distorsiones en el funcionamiento de dicha instalación y su cierre definitivo, lo cual constituiría una irreparable pérdida para nuestro país y su rezago en la posibilidad de continuar aportando en esta importante actividad de sumo interés para la humanidad”. De ahí que “La norma propuesta plantea declarar de necesidad pública la expropiación de 1,900 hectáreas para el funcionamiento y establecimiento de un área de protección funcional para el Radio Observatorio de Jicamarca, así como se deje sin efecto los denuncios y petitorios mineros que existan sobre el área materia de expropiación”.

### **§3. Prohibición constitucional de expedir leyes especiales: excepción por la naturaleza de las cosas.**

10. No obstante, los demandantes fundamentan su pretensión en la violación de dos artículos constitucionales que están estrechamente vinculados. Por un lado, el artículo 103º, que establece que: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”; y, por otro, el artículo 2º, inciso 2, según el cual: “Toda persona tiene derecho: 2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Aducen que la ley es inconstitucional porque es una norma especial, dado que se ha expedido en razón de las personas afectados con la expropiación.

11. Sobre el particular, este Tribunal, en la STC N.º 0018-2003-AI/TC, señaló que: “Las normas se caracterizan por tener un mandato impersonal; *ergo*, no tienen en cuenta la singularidad de las personas obligadas a su cumplimiento. La ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultantes de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, *erga omnes*.”

Nuestro ordenamiento permite la expedición leyes especiales siempre y cuando no hayan sido elaboradas tomando como referencia el *status* de la persona o personas sobre las que recae su mandato; en la precitada STC N.º este Colegiado precisó que: “Dentro de ese contexto, sólo por excepción es viable la creación de una regla especial, la misma que no se ampara en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica. Es decir, una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad. Las leyes especiales hacen referencia específica

a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo *sui generis* de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas”.

12. Asimismo, en la STC N.º 0001/0003-2003-AI/TC, este Tribunal declaró que: “(...) el concepto naturaleza de las cosas no puede ser entendido en su sentido coloquial, es decir, como un objeto físico, sino como todo elemento vinculado a la juridicidad inmanente pero legalmente real, objetivo e intrínsecamente vinculado a las relaciones interpersonales”. Esto es, que la norma especial debe enfocarse en las relaciones intersubjetivas, mas no en los sujetos de aquellas relaciones.

Es por ello que la inconstitucionalidad de una disposición con carácter especial no se deduce de su condición de norma *sui generis*, es decir, porque regule una situación específica, sino de su contenido discriminatorio o no.

13. Los demandantes consideran que la medida adoptada por el Estado viola el derecho a la igualdad de los afectados con la expropiación, pues no responde a criterios objetivos; a su juicio, no se ha tomado en cuenta que existen otras propiedades que también debieron haber sido afectadas para proteger el radio protegido, si es que el propósito era mantener un área de resguardo para el Radio Observatorio de Jicamarca. En concreto, alegan que no se ha respetado el derecho a la igualdad, tras “exonerar(se) de esta privación (de) la propiedad del área del terreno que ocupa la Refinería de Zinc de Cajarmarquilla que colinda con el Radio Observatorio de Jicamarca, a sabiendas de que existen estudios de impacto ambiental elaborados por la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud (...) toda vez que realiza actividades hipercontaminantes (...)”.

14. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que la impugnación de la Ley N.º 27816, en realidad, no radica en que el dispositivo prevea un determinado ámbito territorial como afectado por la expropiación, sino en que supuestamente omitió comprender otros, también necesarios de incorporarse si es que en verdad se quería optimizar el buen funcionamiento del Radio Observatorio de Jicamarca.

15. Ante supuestos de esa naturaleza, y si se acreditase la violación del mandato de prohibición de tratamiento discriminatorio, el Tribunal Constitucional se encontraría frente a dos alternativas:

a) La primera, declarar la inconstitucionalidad de la disposición que contiene la omisión [norma implícita]. Tal declaración de inconstitucionalidad, sin embargo, produciría que en ella se comprenda a la norma expresa, derivada de la disposición impugnada, que no es inconstitucional.

En el caso, de optar por una decisión así, además de dicha consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad generaría paradójicamente un efecto igual o mayor de inconstitucionalidad, puesto que, de declararse la invalidez de la expropiación efectuada, se obstaculizaría el adecuado funcionamiento del Radio Observatorio de Jicamarca, dado que las perturbaciones que justificaron la medida reaparecerían.

b) La segunda, expedir una sentencia aditiva, cuyo uso normalmente se justifica en aquellos supuestos en los que la omisión eventualmente inconstitucional no puede ser reparada mediante la interpretación de la misma disposición, sino a través de la integración a los datos normativos ofrecidos por el ordenamiento jurídico en su totalidad y, particularmente, el inciso

2), artículo 2° de la Constitución, que prohíbe tratamientos discriminatorios [sentencias a “rima obligada” como son conocidas en el derecho italiano, y sobre las que este Tribunal se refirió en la STC N.° 0010-2002-AI/TC].

En el caso que se analiza, el problema que extrañaría la expedición de una sentencia de esta naturaleza se deriva de las exigencias del principio de reserva de ley absoluta en materia expropiatoria, las cuales están previstas en el artículo 70° de la Constitución. Como se ha expuesto en el Fundamento N.° 6 de esta sentencia, la expropiación de un bien sólo puede efectuarse en virtud de una ley en sentido formal, es decir, expedida por el Congreso de la República, de manera que una sentencia de este Tribunal no podría incorporar un bien que no haya sido expresamente previsto en la ley expropiatoria.

16. En todo caso, frente a ninguna de estas 2 opciones se encuentra este Tribunal para resolver la demanda de inconstitucionalidad planteada. En efecto, como este Colegiado lo ha enfatizado en diversas ocasiones, para plantear un supuesto de tratamiento discriminatorio basado en la diferencia de personas es preciso que se proponga un *tertium comparationis* válido, esto es, un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y razonables que lo legitimen [STC N.°s 0015-2002-AI; 0183-2002-AA/TC; 0552-2002-AA/TC, entre otras].

17. En el caso, el Tribunal estima que el término de comparación no es válido, por las siguientes razones:

a) Los demandantes han sostenido que se violó el derecho de igualdad, tras “exonerar(se) de esta privación (de) la propiedad del área del terreno que ocupa la Refinería de Zinc de Cajarmarquilla que colinda con el Radio Observatorio de Jicamarca, *a sabiendas de que existen estudios de impacto ambiental elaborados por la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud (...) toda vez que realiza actividades hipercontaminantes (...)*”. No obstante, ni la exposición de motivos ni el artículo 1° de la Ley N.° 27816, justifican la expropiación en el daño al medio ambiente que pudiera generar, sino en la necesidad de garantizar un “área de protección funcional para el Radio Observatorio de Jicamarca”.

b) El artículo 2° de la Ley N.° 27816 no identifica a los sujetos pasivos de la expropiación ni tampoco determina que los únicos expropiados sean la Comunidad Campesina de Jicamarca [y el Relleno Sanitario de Huaycoloro]. Simplemente consigna la ubicación, linderos y medidas perimétricas del inmueble a expropiar, que además comprende, conforme señala su artículo 6°, las concesiones mineras así como los petitorios y/o denuncios mineros que cuentan con autos de amparo, y otros. Y, como lo ha acreditado el Congreso de la República, el trato impersonal otorgado a los sujetos pasivos de la expropiación ha quedado corroborado con la identificación de las personas naturales y jurídicas realizada por el artículo 3° de la Resolución Suprema N.° 022-2003-ED, que, por cierto, no comprende en forma exclusiva y excluyente a los comuneros de la Comunidad Campesina de Jicamarca.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
REVOREDO MARSANO  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA**





## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

- ABRUÑA PUYOL, Antonio.  
2010 *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Palestra.
- ALPA, Guido.  
2006 *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción del italiano por Leysser León Hilario. Lima: Jurista Editores.
- 2001 *Responsabilidad civil y daño, lineamientos y cuestiones*. Traducción del italiano a cuidado de Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.
- BARASSI, Lodovico.  
1955 *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, Traducción del italiano por Ramón García de Haro de Goytisolo, Editorial Bosch, Barcelona.
- BIANCA, Massimo.  
1994 *Diritto Civile*. Tomo V. *La Responsabilità*. Milano: Giuffrè.
- BULLARD GONZALES, Alfredo.  
2009 *Derecho y Economía*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.
- BURDESE, Alberto.  
1998 *Manuale di Diritto Romano*. Quarta edizione. Ristampa della quarta edizione. Torino: UTET.
- CASSAGNE, Juan Carlos.  
2002 *Derecho Administrativo*. Tomo I. Séptima edición. Buenos Aires: LexisNexis y Abeledo-Perrot.
- COVIELLO, Nicola.  
2007 *Doctrina General del Derecho Civil*. Lima: ARA Editores.
- DAVID, René.  
1973 *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Editorial Aguilar.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.  
2001 *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Séptima edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- DE LA SIERRA, Susana.  
2004 *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo.* Madrid: Editorial Thomson-Civitas.
- DI MAJO, Adolfo.  
2003 *La tutela civile dei diritti.* Milano: Giuffré editore.
- 2002 *La responsabilità contrattuale, modelli e rimedi.* Torino: G. Giappichelli Editore.
- DIEZ PICAZO, Luis.  
1999 *Derecho de daños.* Madrid: Civitas.
- DUVERGER, Maurice.  
1974 *Los métodos de las ciencias sociales.* México: Editorial Ariel.
- ESPINOZA Espinoza, Juan.  
2013 *Derecho de la Responsabilidad Civil.* 7ma. Edición. Lima: Rodhas.
- FRANZONI, Massimo.  
2004 *L'illecito.* Milano: Giuffrè.
- GALGANO, Francesco (Coordinador).  
1999 *Atlas de Derecho privado comparado.* (Con la colaboración de Franco Ferrari y Gianmaria Ajani). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo.  
1996 *Sistemi giuridici comparati.* En *Trattato di diritto comparato*, diretto da Rodolfo Sacco. Turín: UTET.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas.  
2002 *Curso de Derecho Administrativo I.* Madrid: Civitas.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco.  
2004 *Manual de contratación y responsabilidad de la administración. Estudio sistemático de las obligaciones de la hacienda pública, los contratos y convenios de la Administración y la responsabilidad patrimonial de ésta.* Granada: Comares.
- GONZÁLES BARRÓN, Ghunter.  
2013 *Tratado de Derechos Reales.* Tomo I. Lima: Jurista Editores.
- GUZMÁN NAPURI, Christian.  
2011 *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

- LEGUINA VILLA, Jesús.  
1983 *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. 2da. Edición. Madrid: Tecnos.
- LEON HILARIO, Leysser.  
2007 *La Responsabilidad Civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2da. Edición. Lima: Jurista Editores.
- LE TOURNEAU, Philippe.  
2004 *La Responsabilidad Civil*. Traducción del francés por Javier Tamayo Jaramillo. Colombia: Legis Editores.
- OERTMANN, Paul.  
1933 *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de la 3ra. Edición alemana por Luis Sancho Seral. Barcelona: Editorial labor.
- MEDINA ALCOZ, Luis.  
2005 *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Navarra: Thomson – Civitas.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto.  
2011 *Responsabilidad Civil del Registrador Público*. Gaceta Notarial.
- MERRYMAN, Jhon Henry.  
1971 *La tradición jurídica romano-canónica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- MIR PUIGPELAT, Oriol.  
2002 *La responsabilidad patrimonial de la administración: Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas.
- MONATERI, Pier Giuseppe.  
1998 *La Responsabilità Civile*. Napoli: Utet.
- MORON URBINA, Juan Carlos.  
2011 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 11va. Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- PAILLET, Michel  
2001 *La Responsabilidad Administrativa*. Traducción del francés y estudio introductorio por Jesús María Carrillo Ballesteros. Reimpresión 2005. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PARADA, Ramón.  
2010 *Derecho Administrativo I: Parte General*. 18va. Edición. Madrid: Marcial Pons.

- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.  
1991 *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo IV-Las Obligaciones. Traducido del francés por José M.CajicaJr, Cárdenas Segunda Edición. México: Editor y Distribuidor.
- PIROTA, Martín Diego.  
2003 *Compendio Jurisprudencial sobre accidentes de tránsito en carreteras y autopistas*. 1ra. Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- PONZANELLI, Giulio.  
1992 *La Responsabilità Civile: Profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino.
- RETAMOZO LINARES, Alberto.  
2000 *Responsabilidad civil del Estado por corrupción de funcionarios públicos*. Lima: Normas Legales.
- SALVI, Cesari.  
1985 *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*. Napoli: Jovene Editore Napoli.
- SCOGNAMIGLIO, Renato.  
2010 *Responsabilità civile e danno*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- SOMMA, Alessandro.  
2006 *Introducción crítica al Derecho Comparado*. Lima: Ara Editores.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier.  
2000 *La Responsabilidad del Estado. El daño antijurídico (Const. Pol., Art. 90) el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Temis S.A.
- TABOADA CORDOVA, Lizardo.  
2000 *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima: Academia de la Magistratura.
- TRIMARCHI, Pietro.  
1967 *Causalità e danno*. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore
- VERDERA SERVER, Rafael.  
1994 *Inadempimento e risoluzione del contratto*. Padua: CEDAM.
- VISINTINI, Giovanna (a cura di).  
1999 *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Milano: Giuffrè Editore.



## Artículos de revistas y obras colectivas

ACOSTA OLIVO, Carlos.

2014

“Responsabilidad por actuación legítima del Estado, el curioso caso de la expropiación”. *Actualidad Gubernamental*. Lima, Año VI, setiembre, N° 71, pp. X-1-X-4.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen.

2009

“La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En: QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio General y ámbitos sectoriales*. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo I, pp. 281-348.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2001

“Responsabilidad civil de los jueces (...y la responsabilidad del Estado-juez). *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Año LI, mayo, N° 22, pp. 171-186.

BACA ONETO, Víctor Sebastián.

2010

“¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa.” *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 5, N° 09, pp. 233-248.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge.

2006

“La responsabilidad del Estado-Administrador a la luz de la doctrina y jurisprudencia chilenas”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos (Directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños: responsabilidad de los profesionales-responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, Tomo 5, pp. 710-758.

BELTRAN PACHECO, Jorge.

2009

“Civilmente constitucional: algunas expresiones del Tribunal Constitucional en materia de responsabilidad civil”. En: *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 111-124.

2007

“La ambigua concurrencia de ciertos atributos legales en el caso fortuito”. *Dialogo con la Jurisprudencia*. Lima, Año 13, Setiembre, N° 108, pp. 61-67.

BIANCA, Massimo.

2006

“Se regresa a hablar de daño injusto”. En: *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Tomo 4. Lima: Grijley, pp. 253-263.

- BORGHETTI, Jean-Sébastien.  
2014 “Los intereses tutelables y la dimensión de los perjuicios reparables en el derecho francés de la responsabilidad civil extracontractual”. Traducción del francés por José Luis Gabriel Rivera. *Themis*. N° 66, pp. 285-307.
- 2012 “Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el derecho francés ¿Cómo salir del punto muerto?”. Traducción del inglés por César Moreno. *Ius et Veritas*. N° 44, pp. 72-94.
- BUSNELLI, Francesco.  
1991 *Voz “Illecito Civile”*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol XV. Roma, pp. 1-34.
- BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo.  
2015 La responsabilidad civil médica a través de las capacidades de prevención. Una aproximación económica del tema. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Lima, N° 19, pp. 153-166.
- 2014 “La responsabilidad civil de la Policía Nacional del Perú: ¿cómo responde el Estado por la “culpa” de los agentes policiales?”. *Actualidad Jurídica*. Lima, N° 242, pp. 47-60.
- BUSTO LAGO, José Manuel.  
2002 “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”. En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coordinador). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra: Aranzadi, pp. 1425-1530.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor.  
2012 “El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho”. *Ius et Veritas*. Lima, N° 45, diciembre, pp. 210-227.
- CAPECHI, Marco.  
1999 “Il nesso di causalità material e il concorso di cause”. En: VISINTINI, Giovanna (a cura di). *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 301-342.
- CASSAGNE, Juan Carlos.  
2013 “Los factores de atribución de la responsabilidad del Estado”. *Advocatus*. Lima, N° 29, pp. 137-150.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor.  
2015 “Daños derivados del incumplimiento de obligaciones de fuente legal(*ex lege*): ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Lima, N° 30, pp. 157-164.

- CASTRO TRIGOSO, Nelwin.  
2006 “Los requisitos de la legítima defensa en la responsabilidad extracontractual. Un breve análisis de su aplicación jurisprudencial”. *Actualidad Jurídica*. Lima, N° 52, pp. 55-58.
- 2005 “La resolución judicial por incumplimiento del contrato y los remedios involucrados en el artículo 1428° del código civil”. *Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 87, Año 11, Diciembre.
- CHABAS, Francois.  
1994 “La pérdida de una chance en el derecho francés”. Traducido del francés por Aida Kemelmajer de Calucci. En: *Nuevas tendencias del derecho contractual. Libro homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*. Tomo I. Lima: Grupo peruano de la Asociación Henri Capitant, pp. 341-361.
- CICCARELLO, Sebastiano.  
1971 Voce “Indennità (diritto privato)”. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI. Milán: Giuffrè.
- CIEZA MORA, JAIRO  
2007 “Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito. A propósito del análisis del factor de atribución y la denominada responsabilidad por hecho del dependiente”. Consulta 20 de marzo de 2016.  
<http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/responsabilidad%20civil.htm>
- CIURO CALDANI, Miguel Angel.  
1989 “Filosofía y método del derecho comparado”. *Revista Jurídica Argentina “la Ley”*. Buenos Aires, Tomo 1989-C, pp. 1080-1087.
- CORRAL SASTRE, Alejandro  
2009 “Sobre la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3°). *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, octubre-diciembre, N° 144, pp.737-746.
- CORREROS MENDAZONA, Edorta  
2008 “Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, septiembre-diciembre, N° 177, pp. 31-69.
- CUETO PÉREZ, Miriam.  
2006 “La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria”. En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (Coordinador). *Temas actuales de Derecho Administrativo*. Trujillo: Normas Legales, pp. 419-458.

- DE LOS MOZOS, José Luis.  
2006 “Responsabilidad Contractual”. En: *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría General de la responsabilidad civil*. Tomo 4. Lima: Grijley, pp. 49-66.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.  
2005 “La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano”. En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan (coordinador). *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma, veinte años después*. Lima: Palestra, pp. 23-38.
- DESDENTADO DAROCA, Eva  
2000 “Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, N° 108, pp. 533-564.
- DIEZ SASTRE, Silvia.  
2012 “Culpa vs ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, enero-marzo, N° 153, pp.63-84.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel.  
2010 “Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, sep/dic, N° 183, pp. 179-229.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy y VELARDE SAFFER, Luis Miguel.  
2010 “Alegato en contra la unificación de los regímenes de responsabilidad civil”. *Advocatus*. Lima, N° 23, pp. 133-146.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan.  
2015 “Sobre los denominados Actos Ilícitos Dañosos. *Ius et veritas*. Lima, N° 52, pp. 116-122.
- 2014 “Las perspectivas de modernización del Derecho de las Obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana”. *Ius et Veritas*. Lima, N° 48, pp. 106-128.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.  
2007 “Comentarios al artículo 1969 del Código Civil”. En: *Código Civil comentado*. Tomo X. 2da. Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 17-56.
- 1991 “Responsabilidad civil y Derecho de Daños”. *El Jurista*. Lima, diciembre, N° 4, pp. 79-106.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser.  
2007 “Comentarios al artículo 1970 del Código Civil”. En: *Código Civil comentado*. Tomo X. 2da. Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 60-107.



- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán.  
2010 “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, abril-junio, N° 146, pp. 265-290.
- FRACCHIA, Fabrizio.  
2010 “La responsabilidad de la Administración Pública por emanación de acto ilegítimo en el sistema italiano: la cuestión de la culpa”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, octubre-diciembre, N° 148, pp. 831-850.
- HARO SEIJAS, José Juan.  
2002 “¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. *Advocatus*. Lima, N° 7, pp. 122-146.
- GALÁN VIOQUE, Roberto.  
2001 “De la teoría a la realidad de la Responsabilidad del Estado Legislador”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, mayo-agosto, N° 155, pp. 285-329.
- GALGANO, Francesco.  
2004 “El concepto de persona jurídica”. *Revista Derecho del Estado. Bogotá*, junio, N° 16, pp. 13-28. Consulta 20 de marzo de 2016. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/783/0>
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo.  
2005 “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, enero/abril, N° 166, pp. 99-147.
- GABRIEL RIVERA, José Luis.  
2015 “Obligaciones de fuente legal: ¿contractual o extracontractual? *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Lima, N° 26, pp. 213-214.  
  
“Responsabilidad civil médica: ¿laboratorio de la responsabilidad civil?. Breves comentarios de derecho extranjero a una sentencia de derecho nacional. *Actualidad Civil*. Lima, N° 15, pp. 190-207.
- GABRIELLI, Enrico.  
2012 “La operación económica en la teoría del contrato”. *Ius et Veritas*. Lima, N° 44, pp. 16-40.
- GARRIDO FALLA, Francisco.  
1991 “Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”. En: *Estudios en homenaje al profesor E. García de Enterría*. Madrid: Civitas.

- INFANTINO, Marta.  
2015 “El derecho comparado de la causalidad aquiliana”. En: MORENO MORE, César (coordinador). *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Lima: Ediciones legales, pp. 795-110.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos.  
2001 “Responsabilidad de la administración por daños causados por el sujeto autorizado”. *Revista de Administración Pública*, N° 155, mayo-agosto, Madrid, 2001, pp. 27-57.
- LEDUC, Fabrice.  
2015 “Panorama actual del derecho de la responsabilidad civil extracontractual en Francia”. Traducido del francés por José Luis Gabriel Rivera. *Actualidad Civil*. Lima, N° 7, enero, pp. 178-190.
- LE TOURNEAU, Philippe.  
2013 “Breves comentarios críticos sobre la "responsabilidad contractual" en el Anteproyecto de Reforma del Derecho de la Responsabilidad Civil”. Traducido del francés por José Luis Gabriel Rivera. *Revista Jurídica Thomson Reuters*, Año 1, N° 21, pp. 23-30.
- LEON HILARIO, Leysser.  
2006 “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil Peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”. *Themis*. Lima, N° 49, pp. 127-152.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco.  
1999 “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Madrid, octubre-diciembre, N° 36, pp. 11-44.
- MARTÍN REBOLLO, Luis.  
1999 “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, Setiembre/Diciembre, N° 150, pp. 317-371.
- MARTIN TIRADO, Richard.  
2011 “El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la administración pública”. *Derecho & Sociedad*. Lima, N° 36, pp. 103-119.
- 2002 “La responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento*

*Administrativo General* – Ley N° 27444. Lima: Ara Editores, pp. 307-327.

MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto.

2008 “La responsabilidad civil de la Administración Pública. A propósito de las recientes modificaciones de la Ley N° 27444”. *Actualidad Jurídica*. Lima, Julio, N° 176, pp. 83-89.

MERINO ACUÑA, Roger.

2013 “Los fines de la responsabilidad civil y de la retórica del “desarrollo de la industria”. p. 8. Consulta el 04 de julio de 2013. (<http://proiure.org.pe/articulos/RM5.pdf>).

MIR PUIGPELAT, Oriol.

2001 “La responsabilidad de la administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, setiembre-diciembre, N° 156, pp. 471-501.

2008 “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria). Madrid, octubre-diciembre, N° 140, pp. 629-652.

MONATERI, Pier Giuseppe.

2010 “El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial”. En: *Observatorio de Derecho Civil: La responsabilidad civil*. Traducido del italiano por Francy Ramos Espino. Volumen III. Lima: Motivensa, pp.177-184.

2001 “Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo”. En: *Estudios de la Responsabilidad Civil*. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. Lima: Ara Editores, pp, 99-134.

MONDÉJAR PEÑA, María Isabel

2011 “La responsabilidad civil de los centros docentes por los daños causados por los alumnos menores de edad”. En: *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*. 1ra. Edición. Lima: Motivensa, pp. 519-554.

MORALES GODO, Juan.

2005 “Naturaleza del daño moral, ¿punitiva o resarcitoria?, y criterios de cuantificación. En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma, veinte años después*. Lima: Palestra, pp.185-202.

MORALES HERVÍAS, Rómulo.

2004 “La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)”. En:

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (a cura di). *Responsabilidad Civil*. Lima: Palestra, pp. 305-346.

MORALES HERVÍAS, Rómulo.

2013 “La responsabilidad de la Administración Pública y el derecho del resarcimiento del administrado”. En: *Prometheo CDA* 17. Enero 2013. Consulta 30 febrero de 2013.  
<http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=43>

MUÑOZ GUIJOSA, M<sup>a</sup> Astrid.

2012 “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 187, enero/abril, pp. 97-139.

NADER ORFALE, Rachid.

2010 “Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”. *Advocatus*. Barranquilla, N° 15, pp. 55-71.

ORTEGA, Luis.

1995 “La responsabilidad civil de la Administración Pública”. *Themis*, N° 33, 1995, p. 17-22.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván.

1992 “Utilidad de la comparación jurídica en el desarrollo del Derecho Público en América Latina”. *Externado Revista Jurídica*. Bogotá, volumen 6, N° 02, julio/diciembre, pp. 107-114.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando.

2000 “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 4. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Consulta 28 de junio de 2013.  
<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/como%20repensar%20la%20responsabilidad.pdf>

1994 “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. *Documentación Administrativa*. N° 237-238. pp, 239 y ss.

PARADISO, Massimo.

2015 “La responsabilidad civil médica entre confirmaciones jurisprudenciales y nuevos comienzos”. En: MORENO, César (coord.). *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Lima: Ediciones Legales, pp. 627-654.

PATTI, Salvatore.

2010 “Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial”. En: *Observatorio de Derecho Civil. La Responsabilidad Civil*. Traducido del



italiano por Francy Ramos Espino. Volumen III. Lima: Motivensa, pp. 185-192.

- PAZOS HAYASHIDA, Javier.  
2007 “Comentario al artículo 1971”. En: *Código Civil comentado*. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 107-113.
- PINORI, Alessandra.  
1999 “Il criterio legislativo delle conseguenze immediate e dirette”. En: VISINTINI, Giovanna (a cura di). *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 73-110.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás.  
1994 “La responsabilidad del Estado legislador”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, setiembre-diciembre, N° 135, pp. 103-147.
- RIPSTEIN, Arthur.  
2007 “Tort Law in a Liberal State”, en: *Journal of Tort Law*, Volume 1, Issue 2, p. 7, citado por MERINO ACUÑA, Roger. “Los fines de la responsabilidad civil y de la retórica del “desarrollo de la industria”. p. 8. Consulta el 04 de julio de 2013. (<http://proiure.org.pe/articulos/RM5.pdf>).
- ROCA MENDOZA, Oreste.  
2015 “La autotutela (defensa y recuperación extrajudicial de la posesión y propiedad) de los bienes estatales frente a los invasores (precarios). *Actualidad Civil*. Lima, N° 16, octubre, pp. 68-91.
- RODOTÀ, Stefano.  
2005 “Modelos y funciones de la responsabilidad civil”. *Themis*. Lima, N° 50, pp. 199-206.
- SAAVEDRA VELAZCO, Renzo.  
2011 “Breve itinerario acerca de las teorías civiles de la personalidad jurídica. Su impacto en el Common Law y en el levantamiento del velo societario”. *Derecho & Sociedad*. Año XXII. Lima, N° 36, pp. 277-289.
- SALERNO, Antonella y MORENO FUENTES, Rodrigo.  
2000 “La responsabilidad de la Administración por daños que afectan a los <intereses legítimos> en el sistema italiano. ¿Un cambio revolucionario?. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 152 mayo/agosto, pp. 421-456.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio.  
2006 “Causalidad y responsabilidad”. *Indret, revista para el análisis del derecho*. Barcelona, N° 329. Consulta 12 de noviembre de 2015 [http://www.indret.com/pdf/329\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf)

- SCALISI, Vincenzo.  
2004 “Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Anno LVIII, settembre, N° 3, pp.785-819.
- SCOGNAMIGLIO, Claudio.  
2010 “Il danno morale soggettivo”. *La nuova giurisprudenza civile commentata*. Padova, Anno XXVI, maggio, N° 5, pp. 237-259.
- SCOGNAMIGLIO, Renato.  
2001 “Responsabilidad contractual y extracontractual”. Traducido del italiano por Leysser León Hilario. *Ius et veritas*. Lima, N° 22, pp. 54-70.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando.  
1988 El “Derecho comparado”, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada. En: *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, D.F, pp, 1355-1371.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo.  
2006 “La responsabilidad patrimonial del Estado Juez”. En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (Coordinador). *Temas actuales de Derecho Administrativo*. Trujillo: Normas Legales.
- TRIGO REPRESAS, Felix.  
2006 “La responsabilidad civil del Estado en el derecho argentino”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos (Directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños: responsabilidad de los profesionales-responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, Tomo 5, pp. 760-781.
- VEGA MERE, Yuri.  
1999 “Breve panorámica de la responsabilidad civil en el derecho peruano”. *Gaceta Jurídica*. Lima, setiembre, 70-B, pp. 9.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando.  
2011 “La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas”. En: *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. Lima: Palestra, pp. 377-404.
- VILLEY, Michel.  
2013 “Esbozo histórico sobre el término responsable”. Traducido del francés por José Luis Gabriel Rivera. *Ius et Veritas*. Lima, N° 46, pp. 52-66.

- VINEY, Geneviève.  
2011 “El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual”. Traducido del francés por Ximena Raquel Calderón Rojas y Carlos Augusto Ríos Pizarro. *Ius et Veritas*. Lima, N° 43, pp. 16-43.
- VISINTINI, Giovanna.  
2004 “El daño resarcible”. Traducido del italiano por Eugenia Ariano Deho y Jaliya Retamozo Escobar. En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan (Director). *La responsabilidad civil*. Lima: Palestra, pp. 207-258.
- 1995 “La responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano. Comparación con los modelos del Civil Law”. En: *Código Civil peruano. Balance y perspectivas*. Tomo II, Lima: W.G. Editores E.I.R.L, pp. 297-315.
- VISINTINI, Giovanna y PINORI, Alessandra  
1999 “La nozione di danno e le tecniche resarcitoria”. En: VISINTINI, Giovanna (a cura di). *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 1-37.

## Jurisprudencias citadas

Doctrina Jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. 2009-2012. Disponible en: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

Sentencia del 11 de agosto de 2011 del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03753-2010-PC/TC.

Sentencia del 3 de setiembre de 2010 del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC.

Sentencia del 20 de abril de 2004 del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC.

Sentencia del 11 de noviembre de 2003 del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI.

Sentencia del 23 de setiembre de 2004 del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0031-2004-AI.

Casación N° 3153-2009, de fecha 27 de abril de 2010.

Casación N° 3871-2001-Huaura, de fecha 10 de noviembre de 2003.

Casación N° 2244-2007-Cajamarca, de fecha 13 de agosto de 2008.

Casación N° 759-2010-Huánuco de fecha 22 de noviembre de 2011.

Casación N° 252-2013-Sullana.

Casación N° 001460-2006-La Libertad de fecha 4 de abril de 2007.

Casación N° 823-2002-Loreto del 29 de setiembre de 2003  
Casación Italiana, del 22 de julio de 1999, N° 500.

Casación N° 4299-2006-Arequipa, de fecha 24 de abril de 2007.

Casación N° 1028-2007-La Libertad, de fecha 3 de junio de 2008.

Sentencia recaída en el Expediente N° 00989-2008-0-0903-Sede MBJ Los Olivos.

Resolución del 24 de mayo de 2000 de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 1405-2009.

