

# El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú

## The constitutional basis of the public Administration's patrimonial responsibility in Perú

Erick Cuba Meneses\*

La Constitución Política del Perú de 1993 no reconoce expresamente la responsabilidad extracontractual o patrimonial de la Administración Pública del Estado. A diferencia de otros ordenamientos de tendencia continental, el Perú no ha elevado a nivel constitucional la posibilidad de vincular a la Administración Pública a la obligación de indemnizar en supuestos de responsabilidad extracontractual, lo cual se ha desarrollado en normas de rango legal. En vista de ello, el presente trabajo propone una lectura articulada de determinadas disposiciones de la Norma Fundamental peruana, a fin de construir interpretativamente el fundamento constitucional de la responsabilidad de la Administración Pública del Estado. Este esfuerzo resulta importante toda vez que, contar con un reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial, permitiría imponer una limitación a la capacidad del legislador ordinario para modificar legislativamente este régimen de responsabilidad.

**Palabras clave:** Administración Pública, responsabilidad patrimonial, Constitución, interpretación jurídica, igualdad ante las cargas públicas, garantía patrimonial.

### Introducción

Los regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son fundamentales

The Political Constitution of Peru of 1993 does not expressly recognize the non-contractual or patrimonial liability of the Public Administration of the State. Unlike other civil law systems, Peru has not raised to the constitutional level the possibility of binding the Public Administration to the obligation to indemnify in cases of tort liability, which has been developed by the law. In view of this, this paper proposes an articulated reading of certain provisions of the Peruvian Constitution, to interpret the constitutional basis of the liability of the Public Administration of the State. This effort is important since having a constitutional recognition of non-contractual liability would allow imposing a limitation to the capacity of the Congress to modify this liability regime.

**Keywords:** Public administration, non-contractual liability, Constitution, legal interpretation, equality before public charges, patrimonial guarantee.

en el Derecho Administrativo moderno y un factor clave de gobernabilidad en los países de influencia continental. Aunque algunos estados han estatuido a nivel constitucional el deber estatal de indemnizar por los daños provocados por su actividad, en otros casos, esta regulación se delega a la ley, como es el caso peruano.

Pero en ningún caso, se debe soslayar la importancia de consolidar en rango constitucional la responsabilidad del Estado y de su Administración, la cual deviene, por un lado, de la necesidad de controlar el ejercicio de las potestades públicas, dado que todo sistema de control debe ser complementado con mecanismos para sancionar los incumplimientos y reparar los daños que su ejercicio provoca. Por otro lado, el principio del Estado de Derecho exige retirar las normas de responsabilidad

\* Profesor Investigador en la Universidad Científica del Sur (Perú). Profesor Ordinario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Doctorando en Derecho Administrativo (Universidad Paris-Panthéon-Assas, Francia). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo-APDA, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo-FIDA y Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación-ASIER. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2730-2490>. Asociado Senior del Área de Derecho Administrativo y Regulatorio de Rubio Leguía Normand (Perú). Contacto: [ecubam@cientifica.edu.pe](mailto:ecubam@cientifica.edu.pe) y [ecuba@rubio.pe](mailto:ecuba@rubio.pe) / ECM was supported by Universidad Científica del Sur from Perú (Resolución Directoral N° 008-DGIDI-CIENTIFICA-2024).

Artículo recibido el 25 de junio de 2024 y aceptado el 07 de diciembre de 2024.

de las veleidades del legislador de turno, lo cual, lograría evitar resultados contraproducentes como aquellos observados en el Perú en 2008, cuando se introdujeron cambios en la Ley del Procedimiento Administrativo General, según su Texto Único Ordenado (en adelante, "LPAG") y en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, según su Texto Único Ordenado, que limita la acción de daños y perjuicios contra la Administración Pública.

En ese contexto, el presente trabajo revisará las diferentes propuestas ofrecidas por la doctrina nacional y comparada para fundamentar la responsabilidad patrimonial, su articulación normativa y su importancia como herramienta esencial para la gobernabilidad. Es preciso indicar que no forma parte del contenido de estas reflexiones la responsabilidad civil de los jueces o del Poder Legislativo, por cuanto la primera de ellas tiene un régimen y una práctica claramente establecidas y un fundamento constitucional expreso, mientras que la segunda no ha tenido recepción en el ordenamiento peruano.

Ahora bien, para ahondar en el tema que nos convoca, será necesario distinguir primero entre la responsabilidad propia del derecho civil, y la responsabilidad del Estado, tanto en las categorías que las informan como en los principios que las articulan.

Luego, se entrará a revisar la doctrina comparada especializada sobre este tema, a fin de tomar estos planteamientos como insumo. Esto resultará especialmente útil en la medida en que contar con un fundamento constitucional dotado de contenido, con un principio que haga las veces de eje, permite llenar vacíos, resolver casos difíciles y orientar la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas.

Posteriormente, se entrará a analizar el régimen de la responsabilidad de la Administración en el Perú. En este punto, se hará evidente cómo la Constitución Política peruana, a diferencia de otros ordenamientos, no contiene una norma general que reconozca el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la acción del Estado, fuera del supuesto de expropiación y de la responsabilidad civil de los jueces, aunque sí le impone ciertos deberes fundamentales. En este punto, es importante tener en cuenta que cuando se indaga por el fundamento constitucional de una institución, este puede encontrarse en un texto normativo expreso, o no, en cuyo caso se debe recurrir a un ejercicio interpretativo para

dar con este fundamento. Por ello, se propone una interpretación de diversas normas de rango constitucional y legal que permite inferir el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento peruano.

Finalmente, se expondrá cómo lo dispuesto a nivel constitucional se refleja en la ley, específicamente, en la LPAG. La finalidad es demostrar que la protección a los administrados sería mejor si tanto el fundamento constitucional como los principios de la responsabilidad patrimonial estuviesen positivizados en la Constitución, tomando como ejemplo la modificación sufrida por el sistema de responsabilidad peruano en 2008. Con ello, se expondrán las conclusiones que merece este trabajo.

## I. La responsabilidad patrimonial del Estado y su distinción respecto de la responsabilidad del Derecho Privado

Con el fin de ahondar en el tema de esta ponencia y, dado que ello tiene repercusiones en el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, conviene dilucidar las diferencias entre la responsabilidad extracontractual en el Derecho Público y la responsabilidad civil.

La responsabilidad patrimonial de la Administración nace en Francia durante el siglo XIX y coincide con el proceso de formación del Derecho Administrativo como una disciplina independiente y un régimen exorbitante del derecho común. Ambos subsistemas divergen por cuanto, tal como lo explica el profesor Juan Carlos Cassagne<sup>1</sup>, la teoría de la responsabilidad civil se ha visto afectada por el concepto de antijuridicidad de la acción, el cual ha creado confusión con otros factores de atribución, como la culpa y la imputabilidad; pero, en el derecho administrativo, se tiene más claridad en cuanto al lugar que ocupa la noción de culpa como factor atributivo de responsabilidad.

Por ello, sucede tanto en el derecho francés como en el derecho español que, en la construcción del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, se redefine la teoría y el contenido de cada elemento y presupuesto de la responsabilidad. Así, la creación de la *falta de servicio* en el primer caso y del *funcionamiento de la administración* en el segundo, reflejan el abandono de la

<sup>1</sup> CASSAGNE 2021.

culpa de corte subjetivo y volitivo, para pasar factores de atribución objetivos, que permitan imputar a la Administración Pública los daños provocados de manera impersonal o anónima<sup>2</sup>. En este sentido, la doctrina de la lesión antijurídica resarcible en el derecho español no se basa en la antijuridicidad como contravención del ordenamiento, sino en la falta de un título de justificación para la acción u omisión que produce el daño. Esto da lugar, en el derecho español, a la concepción del daño injusto como aquel que no debe ser soportado por el particular.

En vista de ello, podríamos afirmar que la responsabilidad patrimonial de la Administración gira en torno al resultado lesivo y antijurídico que la actividad administrativa produce en el administrado, lejos de pivotar sobre la conducta del sujeto dañante. Esta característica distintiva obedece a la dificultad o imposibilidad para identificar a un agente dañante, siendo imputable el daño al Estado mismo, y tiene su antecedente en la “garantía del funcionario” vigente en Francia hasta 1870, la cual imponía a los administrados la obligación de conseguir la autorización del Consejo de Estado antes de enjuiciar civilmente a algún funcionario público, de tal forma que, cuando no era posible acreditar una *falta personal*, los daños se predicaban hechos por el Estado<sup>3</sup>.

De esta manera, el que los regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración no adoptasen las perspectivas volitistas y subjetivas de la culpa, propios del derecho común, implica virar el enfoque del reproche del acto lesivo al resultado que este genera y que se pretende indemnizar. Efectivamente:

La dilución o abandono de ese requisito [es decir, la antijuridicidad de la acción del funcionario] por parte de la doctrina civilista, que ha propiciado su sustitución por el criterio del daño injusto o la injusticia del daño, encuentra una mayor justificación en el derecho público que en el derecho privado, dada la mayor trascendencia y densidad que adquiere la responsabilidad por la actividad legítima o lícita del Estado [...] <sup>4</sup>.

Una consecuencia de este planteamiento es que a diferencia de la responsabilidad civil en la cual, de no verificarse la antijuridicidad del acto, estaremos frente a un daño no resar-

cible, en la responsabilidad patrimonial de la Administración, la legalidad o no de un acto dañoso no es óbice para imputar la obligación de indemnizar, puesto que se contemplan supuestos de daño por riesgo o por un quebrantamiento de la igualdad ante las cargas públicas<sup>5</sup>.

Es así como, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la antijuridicidad del daño producido a las víctimas es el elemento determinante de la obligación de indemnizar. De ahí la trascendencia de la categoría española del “deber de soportar el daño”, la cual refleja ese traslado del análisis de la acción del agente dañante al resultado dañoso provocado a la víctima.

En ese contexto, no debe sorprender que la responsabilidad del Estado por actividad legítima haya sido objeto de extenso desarrollo, primero, por parte de la jurisprudencia y luego por la ley, como bien da cuenta la realidad española o la argentina.

De hecho, Cobreros afirma que la responsabilidad por actividad legítima o por funcionamiento normal no es excepcional. Pero, en el derecho civil, que se basa en la culpa subjetiva, la doctrina ha luchado por integrar adecuadamente los dos tipos de responsabilidades, los causados por actos ilícitos y los provocados por actividades riesgosas, en muchos sistemas legales. Si se enfoca el daño en lugar de la culpa, se facilita el reconocimiento de la responsabilidad por actividad legítima o por riesgo; un enfoque que ha sido desarrollado de manera diferente en la historia de los sistemas legales francés, español y argentino<sup>6</sup>.

Por otro lado, se advierte que los privatistas han ampliado el carácter de marco normativo general de la responsabilidad civil y entienden a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como un sistema especial de responsabilidad en el tejido de la responsabilidad civil, lo cual estaría justificado en la especialidad del sujeto dañante (la Administración Pública) o sus cualidades y atributos (potestades, prerrogativas, competencias, facultades), o en el tipo de actos dañosos (actos administrativos, legislativos, jurisdiccionales, omisiones, inactividad o inercia administrativa), etc.<sup>7</sup>. Mientras tanto, privatistas y publicistas cuestionan las categorías formales y la deli-

<sup>2</sup> CORDERO VEGA 2019, 15.

<sup>3</sup> CORDERO VEGA 2019, 15.

<sup>4</sup> CASSAGNE 2021.

<sup>5</sup> CASTILLO & OSTERLING 2003, 269; CUBA 2023.

<sup>6</sup> CUBA 2021, 38.

<sup>7</sup> ALPA 2006, 534.

mitación de áreas en las que la Administración responde.

Con todo, y desde una perspectiva realista, la distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial de la Administración parece ser una distinción antigua, basada en motivos ideológicos, políticos, institucionales, económicos y sociales<sup>8</sup>, pero que continúa vigente en la realidad de los operadores, en las discusiones de los juristas y en alguna que otra ponencia. Desde una perspectiva práctica, parece que la distinción se difumina conforme se han encontrado nuevos supuestos de responsabilidad patrimonial (sobre todo de responsabilidad por riesgo) que carecen de una regulación específica, siendo necesario llenar los vacíos para evitar cualquier escenario de indefensión de las víctimas. Pero esto no niega la distinción del sistema de responsabilidad patrimonial.

Como se ha dicho en otra sede<sup>9</sup>, las diferencias entre ambos sistemas de responsabilidad pueden ser evidenciadas a la luz de la adopción de la categoría francesa de la "falta de servicio" en el ordenamiento jurídico argentino. Esto puede rastrearse hasta la resolución del caso Vadell por parte de la Corte Suprema de la República de Argentina el 18 de noviembre de 1984, con el cual el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración inició gracias a la interpretación dinámica del artículo 1112 del Código Civil<sup>10</sup>.

Pero no fue hasta la promulgación de la Ley Federal 26.944 en 2014, que la responsabilidad patrimonial fue finalmente positivizada. Esta ley instituyó reglas específicas para los casos de responsabilidad patrimonial por actividad legítima e ilegítima, e introdujo un aporte significativo en cuanto a uno de los requisitos para la configuración de la segunda: la imputabilidad.

Otro de los aspectos de esa construcción, cuyo esquema conceptual representó un verdadero trasplante, implicó separar la noción estricta de imputabilidad (como autoría material de un hecho) del factor de atribución, que implica la relación legal que vincula un determinado resultado a una causa conforme al valor axiológico contenido en la ley, a fin de establecer

una responsabilidad tendiente a compensar a la víctima del daño<sup>11</sup>.

Siendo así, la innovadora ley de 2014 excluyó la posibilidad de aplicar por supletoriedad el código civil argentino, al disponer en su artículo 1 que "[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria"; decisión que ha significado un fuerte rechazo por parte de la doctrina<sup>12</sup>.

Finalmente, la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial se distinguen por la justificación del deber de indemnizar en ambos sistemas:

La idea que subyace en la falta de servicio (*faute de service*) es que todas las personas tienen derecho a un funcionamiento normal y eficaz de la Administración Pública (principio de buena Administración). Por tanto, la falta de servicio viene dada por un concepto: el incumplimiento de las obligaciones administrativas que puede revestir aspectos muy diferentes: inicialmente, el servicio no ha funcionado, ha funcionado defectuosamente, o en fin ha funcionado con retardo. Luego se añade la inactividad, la vía de hecho, la mala o no prestación de los servicios públicos; la ilegalidad que pueda afectar a los actos administrativos o reglamentos, o cualquier incumplimiento del Derecho; en suma, la mala Administración que cause un daño debe ser reparado<sup>13</sup>.

Es decir, el deber de indemnizar bajo la responsabilidad patrimonial de la Administración no se reduce al principio de no dañar a otro, sino que se extiende al principio de buena administración, el cual se expresa en la "falta de servicio" y en el "funcionamiento de la administración".

En conclusión, la responsabilidad patrimonial de la Administración comprende los supuestos en que las entidades públicas actúan de manera lesiva en contra de los administrados, en ejercicio de sus potestades y competencias, casos para los cuales el ordenamiento dispensa normas de responsabilidad específicas y distintas de las contempladas en los códigos civiles, aunque es posible aplicar por extensión las reglas del Código Civil ante

<sup>8</sup> ALPA 2006.

<sup>9</sup> CUBA 2021, 39.

<sup>10</sup> CASSAGNE 2021, 1.

<sup>11</sup> CASSAGNE 2021, 2.

<sup>12</sup> LAMOGLIA 2015, 66-69.

<sup>13</sup> ARAUJO-JUÁREZ 2014, 40.

la existencia de vacíos normativos<sup>14</sup>, siempre que ello no contradiga la naturaleza y principios que inspiran el sistema de responsabilidad de la Administración Pública.

## II. La responsabilidad de la Administración Pública desde la Constitución

### 1 El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

Existe un déficit en el sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico peruano que impide, por un lado, distinguir entre el régimen de responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por otro lado, fundamentar este segundo sistema en la Constitución<sup>15</sup>.

En efecto, la actual Constitución Política no dispensa una regla expresa para la responsabilidad patrimonial de la Administración, tan solo impone los llamados "deberes fundamentales del Estado" en su artículo 44:

Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior<sup>16</sup>

En comentario a este dispositivo, el profesor León Vásquez sostiene que la actual Constitución Política, "sin dejar de reconocer la defensa de la soberanía nacional, el respeto de los derechos fundamentales y el bienestar general, consagró también la protección y seguridad de la población, el diseño y ejecución de una política de fronteras, así como la integración de la Nación"<sup>17</sup>.

Sin embargo, este dispositivo solo impone obligaciones al Estado peruano hacia la población sin establecer una consecuencia clara en caso de incumplimiento. A diferencia de

otros países, no se deduce con claridad que la Administración Pública pueda ser responsable jurídicamente y obligada a reparar los daños causados por el incumplimiento de tales deberes fundamentales.

De otro lado, Sánchez Povich<sup>18</sup> ha propuesto que el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado viene dado por la garantía patrimonial y se ubica en el artículo 45 de la Constitución, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. [...].<sup>19</sup>

Aunque este no es el lugar para discutir esta propuesta, la mejor alternativa pareciera proponer que ambos artículos, 44 y 45, permitan la construcción de un fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Perú, tanto de los supuestos de responsabilidad por actividad lícita como ilícita. Ello, en la medida en que el primero de estos dispositivos reconoce en cabeza del Estado una serie de deberes fundamentales cuya observancia es mandatoria, mientras que el segundo dispositivo prescribe que el ejercicio del poder público está sometido a las responsabilidades establecidas en la Constitución y en las leyes.

En este panorama, difícilmente podría distinguirse un fundamento constitucional propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que ambos dispositivos discurren sobre deberes generales del Estado que deben ser cumplidos por todos los poderes y agencias estatales y sobre el ejercicio limitado del poder público, el cual, si se infringe, acarrea ciertas responsabilidades desarrolladas a nivel legal. Especialmente, en este segundo caso, se observa que el artículo 45 constitucional se coloca en el escenario del ejercicio extralimitado de potestades públicas, pero cómo podrían entonces encajar supuestos como los de actividad legítima, responsabilidad por riesgo, responsabilidad por omisión o inactividad administrativa, si no se entiende en ellos una infracción a un deber general de garantizar el bienestar, la seguridad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Siendo así, se requiere de una mirada al derecho comparado para aclarar el panorama.

<sup>14</sup> CASSAGNE 2017, 423-424.

<sup>15</sup> VILLALOBOS 2022, 138.

<sup>16</sup> Constitución Política del Perú, artículo 44.

<sup>17</sup> LEÓN 2013.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ 2022, 240-244.

<sup>19</sup> Constitución Política del Perú, artículo 45.

Este tipo de discusiones no suceden en otras latitudes, como en Colombia, España o México, cuyas constituciones reconocen la responsabilidad del Estado y, por tanto, de la Administración Pública.

En el caso de Colombia, el artículo 90 de su Constitución Política dispone lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste<sup>20</sup>.

Para el Consejo de Estado colombiano, este dispositivo reconoce la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado:

La noción de daño antijurídico es invariable, cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar<sup>21</sup>.

Así, pues, en el ordenamiento colombiano, el artículo 90 de la Constitución Política constituye el fundamento para la responsabilidad, contractual o extracontractual, del Estado. Otro aspecto destacable en este ordenamiento es que la conclusión del Consejo de Estado parte del reconocimiento constitucional de la categoría de "daño antijurídico", con lo cual "todos los ámbitos de ejercicio y actuación del Estado, por ende, sus obligaciones, estarán bajo el escrutinio de la Justicia, cuando quiera que con ellas se genere un daño en detrimento de aquel que no se encuentra en el deber jurídico de soportar"<sup>22</sup>. Además, se hace evidente que el análisis de la antijuridicidad se traslada al daño antes que al acto.

Una mirada hacia Europa dará cuenta del alto nivel de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en el caso de Alemania, el artículo 34 de la Ley Fundamental establece que cualquier persona que resulte perjudicada por la actividad de una autoridad tiene derecho a una indemnización<sup>23</sup>.

De acuerdo con este dispositivo, la responsabilidad recae principalmente en el Estado o la entidad a la que pertenezca y en la que preste servicios aquella autoridad, dejando abierta la posibilidad de que el Estado repita el monto de la indemnización en contra del funcionario (acción de regreso).

En esa línea, Italia también reconoce la responsabilidad del Estado y de sus empleados y funcionarios a nivel constitucional en el artículo 28 de la Constitución de 1947<sup>24</sup>.

Por otra parte, en el caso de España, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración a nivel constitucional no se dio hasta el artículo 41 de la Constitución de 1931, homólogo al texto del artículo 131 de la Constitución de Weimar<sup>25</sup>, aunque se consagró de forma subsidiaria a la de los funcionarios.

La doctrina española acepta que la responsabilidad patrimonial de la Administración adquiere rango constitucional recién con el artículo 106.2 de la Constitución española de 1978<sup>26</sup>, durante la vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado promulgada en 1957, siete años después de la Ley de Expropiación Forzosa.

En efecto, el artículo 106 de la Constitución española dicta lo siguiente:

#### Artículo 106

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siem-

<sup>23</sup> Artículo 34 de la Ley Fundamental Alemana: "Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta, así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria."

<sup>24</sup> Artículo 28 de la Constitución de Italia: "Los funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades públicas serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos que realizarán contrarios a cualquier derecho. En estos casos la responsabilidad civil se extenderá al Estado y a las entidades públicas."

<sup>25</sup> MARTÍN 1999, 331; MENÉNDEZ 2009, 35-85.

<sup>26</sup> MARTÍN 1999, 341-342.

<sup>20</sup> Constitución de Colombia, 1991.

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ 2021, 110.

<sup>22</sup> GUTIÉRREZ 2021, 110.

pre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos<sup>27</sup>.

De esta forma, la Norma Fundamental española delega al legislador el desarrollo de las categorías de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Al igual que en el caso anterior, incluso más expreso, se dispensa del análisis de la antijuridicidad de la acción lesiva, a través de la referencia genérica a una lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Incluso, ciertas constituciones asiáticas reconocen la responsabilidad de la Administración. Así, tenemos, por ejemplo, la Constitución de Corea del Sur, cuyo artículo 29 estatuye el derecho de todo ciudadano a reclamar una indemnización justa del Estado o de alguna entidad pública cuando sea víctima de una acción lesiva por parte de un funcionario en ejercicio de sus funciones<sup>28</sup>.

Finalmente, en el caso de México, el artículo 109 de la Constitución dispone lo siguiente:

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes<sup>29</sup>.

Como se aprecia, la Norma Fundamental mexicana ha establecido desde la máxima jerarquía del ordenamiento y, además, con eficacia nacional el carácter objetivo y directo de la responsabilidad del Estado por su actuar irregular, dejando al legislador ordinario la regulación de cómo se debe concretar el mandato constitucional.

Por otro lado, un poco más cerca al Perú, en Chile, la posibilidad de demandar indemnizaciones por daños y perjuicios al Estado se encuentra estatuida en la Constitución y regulado en la Ley<sup>30</sup>. A nivel constitucional, los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución de 1980<sup>31</sup> contienen disposiciones generales acerca de la responsabilidad del Estado:

Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.<sup>32</sup>

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale<sup>33</sup>.

Artículo 38.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño<sup>34</sup>.

Por otro lado, a nivel legal, se tiene los artículos 4 y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, la "LOBGAE")<sup>35</sup>:

<sup>27</sup> Constitución Española de 1978, artículo 106.

<sup>28</sup> Constitución de la República de Corea, artículo 26.

<sup>29</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 109.

<sup>30</sup> CORDERO 2023, 968-986.

<sup>31</sup> Constitución Política de la República de Chile, artículos 6, 7 y 38.

<sup>32</sup> Decreto N° 100, de 2005.

<sup>33</sup> Decreto N° 100, de 2005.

<sup>34</sup> Decreto N° 100, de 2005.

<sup>35</sup> Ley 18.575 LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Artículo 4º.- El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado<sup>36</sup>.

Artículo 42.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.<sup>37</sup>

Es preciso indicar que estas normas de responsabilidad se aplican a todas las entidades de la Administración Pública, a excepción de aquellas expresamente excluidas, esto es: "la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas del Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo para la Transparencia y las empresas públicas creadas por ley"<sup>38</sup>, en cuyo caso serán de aplicación las "normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda"<sup>39</sup>.

Con todo, resulta interesante el camino que siguió la responsabilidad patrimonial en Chile. Desde la aplicación pretoriana de reglas de responsabilidad por parte de la Corte Suprema de Chile hasta la adopción de una visión más legalista del tema, es posible afirmar que siempre y cuando la ley reconozca en un determinado caso la posibilidad de atribuir responsabilidad objetiva, será posible aplicar estas reglas<sup>40</sup>.

Ahora bien, en vista de esta regulación legal, y siguiendo el orden expositivo del profesor Cordero Vega<sup>41</sup>, la doctrina chilena se encuentra dividida entre aquellos que sostienen que el sistema de responsabilidad instituido por la Constitución chilena es uno de corte objetivo, es decir, que es un sistema a todo dar en el que la Administración debe responder por toda lesión que cause; y aquellos que, en vista de la categoría de "falta de servicio" estatuida en la LOBGAE, sostienen que el régimen de responsabilidad chileno es

uno subjetivo<sup>42</sup>. La primera de estas propuestas fue planteada por el profesor Eduardo Soto Kloss<sup>43</sup>, para quien la responsabilidad del Estado se enfoca en la reparación de la lesión a la víctima y no en analizar la licitud de la acción dañosa, basándose para ello en el artículo 38 de la Constitución chilena y en el artículo 4 de la LOBGAE. Por otro lado, la segunda tesis, liderada por el autor Pierry, toma como referencia el dato de la LOBGAE de la falta de servicio<sup>44</sup>.

Sobre el particular, una comparación entre los casos anteriores, incluyendo el peruano, permite dar cuenta de la importancia de consolidar en una cláusula constitucional ciertos aspectos básicos de la responsabilidad patrimonial, de manera que se obstaculice la posibilidad del legislador de turno de modificar el régimen. Ello, de nuevo, no ocurre en el Perú.

### III. El fundamento constitucional implícito de la responsabilidad patrimonial de la Administración

La doctrina nacional y comparada ha llegado a distinguir otros principios que fundamentan la responsabilidad patrimonial de la Administración, como son: (i) la garantía patrimonial, (ii) la igualdad ante las cargas públicas, (iii) la tesis de la indemnización y (iv) la tesis del fundamento extrasistémico.

#### 1. Garantía patrimonial de los administrados

Como hemos indicado en un trabajo anterior, la tesis de la garantía patrimonial de los administrados como fundamento de la responsabilidad de la Administración fue postulada por García de Enterría en sus estudios sobre la Ley de Expropiación Forzosa española de 1954. El autor argumenta que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en una ley sobre expropiación forzosa sería unificadora de ambas instituciones.

El principio de la garantía patrimonial implica que los administrados pueden sufrir daños debido a la prestación de servicios públicos o la actividad administrativa y, por lo tanto, la Administración se convierte en garante del patrimonio de los administrados. En el ordenamiento jurídico peruano, la responsabilidad patrimonial se podría basar en los artículos 2.16, 60, 70-71 y 88 de la Constitución,

<sup>36</sup> Ley N° 18575, de 1986.

<sup>37</sup> Ley N° 18575, de 1986.

<sup>38</sup> CORDERO 2023, 987-988.

<sup>39</sup> CORDERO 2023, 988.

<sup>40</sup> CORDERO, 2023, p. 982.

<sup>41</sup> CORDERO VEGA, 2019, 41 y ss.

<sup>42</sup> CORDERO VEGA 2019, 41.

<sup>43</sup> CORDERO VEGA 2019, 42; Soto 2024 [2004], 307.

<sup>44</sup> CORDERO VEGA 2019, 44.

que reconocen el derecho constitucional de propiedad.

El profesor español García de Enterría es uno de los más autorizados referentes de habla hispana en cuanto a responsabilidad patrimonial de la Administración se refiere. Su estudio de esta institución se encuentra ligado al de la expropiación y coloca como fundamento de la responsabilidad a la llamada "garantía patrimonial", debido a que su estudio se efectúa a la luz de la Ley de Expropiación Forzosa española de 1954.

El autor inicia el análisis de la expropiación forzosa como institución partiendo por desterrar toda concepción política del binomio propiedad-expropiación<sup>45</sup>. Por ello, acepta que el derecho de propiedad existe solo desde que el ordenamiento jurídico crea una relación de propiedad y no antes, contrario al postulado liberal o de la escuela del Derecho Natural. De forma que la expropiación no es una intervención estatal en un contenido preexistente, sino que forma parte de las limitaciones consustanciales al derecho de propiedad.

En comentario a los orígenes de la Ley de Expropiación Forzosa española de 1954, el profesor español llama la atención respecto de que este texto normativo permitió desarrollar "la responsabilidad civil de la Administración por daños ocasionados a los patrimonios particulares". Por ello, el estudio de esta institución parte por analizar también la institución de la expropiación y su tratamiento constitucional, y la garantía patrimonial de los individuos como bisagra de ambas instituciones.

Es precisamente porque García de Enterría parte del análisis de la potestad expropiatoria, que vincula la responsabilidad civil de la Administración a la garantía patrimonial de los administrados, y, además, por el reconocimiento expreso que de ella hizo la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, al otorgar expresamente mecanismos de protección de la propiedad y extender su tutela, no solo a "medidas de despojo directo", sino también a "cualquier daño que se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos"<sup>46</sup>.

Consecuencia de lo anterior es el estudio de la llamada "vía de hecho", entendida como todo ataque a la propiedad, derechos e intereses legítimos que provenga de la Administración, y que, implicando

en su contenido una verdadera expropiación [...], no se acomode, sin embargo, a los límites definidores de la potestad expropiatoria, o aun dentro de ellos, no se ejercite precisamente por el cauce procedimental que la ley señala, sino solamente "de hecho"<sup>47</sup>.

Según García de Enterría, este concepto se mueve "sobre el plano de la garantía, pues no solo la propiedad inmueble, sino toda la propiedad y todos los derechos patrimoniales, y aun los intereses legítimos, quedan protegidos a través de este concepto"<sup>48</sup>. Pero es preciso tener en cuenta que no toda intervención en el patrimonio de un administrado constituye una vía de hecho (que es, de por sí, ilícita), puesto que ciertas intervenciones como la ejecución forzosa son capaces de generar la "presunción de legitimidad".

En cualquier caso, de acuerdo con el profesor español, frente a las vías de hecho, el administrado se encuentra facultado no solo a interponer los medios de protección reconocidos por el derecho administrativo (excelentemente el contencioso administrativo), sino también los interdictos del Derecho civil.

Actualmente, el régimen de responsabilidad patrimonial español elevado a nivel constitucional "permite hablar de la existencia en España de un auténtico sistema de garantía patrimonial de los administrados, en la inteligencia de que por disposición de la misma Constitución la aplicación del sistema reconocido es igual para todas las administraciones públicas en aquel país"<sup>49</sup>. Este sistema de garantía patrimonial de los administrados articula distintos mecanismos de tutela de los derechos individuales, ya sea frente a expropiaciones, vías de hecho o por los daños provocados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

## 2. Principio de igualdad ante las cargas públicas

Tal como sostiene el profesor Cassagne:

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la

<sup>45</sup> GARCÍA 1998, 1024 y ss.

<sup>46</sup> GARCÍA 1998, 1035.

<sup>47</sup> GARCÍA 1998, 1074.

<sup>48</sup> GARCÍA 1998, 1075.

<sup>49</sup> GRAJEDA 2016, 175-190.

igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño, sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa<sup>50</sup>.

Se trata, pues, del principio de igualdad ante las cargas públicas, que es posible encontrar en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú<sup>51</sup>. Para el profesor Cassagne, este principio sería el fundamento último de la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que permitiría gatillar el deber de indemnizar, ya sea ante casos de actividad lícita o ilícita.

El profesor Guillermo Cambero explica el principio en los siguientes términos:

Así, se afirma que el Estado actúa con base al interés general. Es por el interés general que las autoridades establecen disposiciones administrativas legales (decretos, reglamentos, leyes, tratados). En ocasiones, en la búsqueda del interés general se genera una carga en detrimento de una o más personas, es decir, generando un daño grave y especial que no ha sufrido el resto de la colectividad. Esta carga crea una ruptura en la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en detrimento del particular, víctima de la carga indebida. El razonamiento del juez es simple: es inevitable sacrificar el interés de una o más personas por el interés general, sin compensación. El juez restablecerá el equilibrio al asumir la responsabilidad sin culpa del órgano de la Administración pública que creó la carga anormal en detrimento de un ciudadano. Este principio ha sido confirmado por los tribunales superiores<sup>52</sup>.

A partir de la lectura se puede concluir que, en ocasiones, la búsqueda del interés general puede generar una carga en detrimento de uno o varios individuos. Aunque es inevitable que se sacrifique el interés particular por el bien común, cuando esta carga es desproporcionada y causa un daño grave y especial a un ciudadano en particular, el juez puede intervenir para restablecer el equilibrio y asumir la

responsabilidad del órgano de la Administración pública que creó la carga indebida.

Por su parte, el autor chileno Harris Moya relata cómo el principio de igualdad ante las cargas públicas como fundamento de la responsabilidad del Estado nace en Francia gracias a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En efecto, la igualdad ante las cargas públicas aparece en el Derecho francés de la interpretación seguida de las Sentencias del Consejo de Estado *Couitéas* de 1923 y *La Fleurette* de 1938 (Gohin, 1998, p. 597), que originarían esta responsabilidad, bajo ciertas precisiones formuladas por la doctrina francesa, que suele distinguir el régimen aplicable en este ámbito en función de la actividad que produce el daño –por ejemplo, diferenciando el régimen de inaplicación de actos lícitos, asociada al primer caso, y de aplicación de ellos, vinculada al segundo (Deguegue, 1994, p. 141)–, en una aproximación liberal de la jurisprudencia, que contrasta con su carácter conservador, frente a otros regímenes, como el de daños causados por leyes inconstitucionales –reconocido únicamente de manera reciente (Consejo de Estado francés, Sentencia *Sociedad Paris Clichy con Estado*, N° 425981 de 2019)<sup>53</sup>.

En general, el principio de igualdad ante las cargas públicas se ha utilizado para justificar supuestos de responsabilidad por actividad lícita.

Así, pues Jean Rivero considera que, desde un punto de vista teórico, la responsabilidad es una consecuencia necesaria del principio de igualdad ante las cargas públicas. Según este principio, la acción administrativa se ejerce en interés de todos, por lo que, si los daños causados a algunos no fueran reparados, estos serían sacrificados por la colectividad. En este sentido, la indemnización tiene como finalidad restablecer el equilibrio roto en detrimento de los afectados. Sin embargo, Rivero también señala que no toda afectación de la igualdad ante las cargas públicas debe ser reparada<sup>54</sup>.

Por su parte, De Laubadère considera que la responsabilidad de la administración se fundamenta en la idea de que los servicios públicos funcionan en interés general de la co-

<sup>50</sup> CASSAGNE 2017.

<sup>51</sup> Constitución Política del Perú, artículo 2 inciso 2.

<sup>52</sup> CAMBERO 2019, 347-368.

<sup>53</sup> HARRIS 2021, 198. Las citas bibliográficas en paréntesis forman parte de la cita al autor Harris.

<sup>54</sup> SAAVEDRA 2010, 489-512.

lectividad. Como la colectividad se beneficia de estos servicios, si su funcionamiento causa un perjuicio especial a un individuo, es justo que la colectividad soporte la carga de esa reparación. En este sentido, la responsabilidad de la administración tiene como objetivo restablecer el equilibrio entre los intereses individuales y los intereses generales.

En resumen, la responsabilidad de la administración pública es necesaria para restablecer el equilibrio entre los intereses individuales y los intereses generales. Esta responsabilidad se justifica por el principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que, si los daños causados por la acción administrativa no fueran reparados, algunos individuos serían sacrificados por la colectividad.

### 3. La tesis de la indemnización

Sobre la tesis de la indemnización, se destaca la propuesta del profesor Cassagne<sup>55</sup> que recurre a esta tesis con el objetivo de explicar la dualidad del régimen de responsabilidad patrimonial, especialmente en el caso argentino, en que la Ley 26.994, de 2 julio de 2014, distingue entre responsabilidad por actividad lícita e ilícita, cuyos presupuestos divergen en ciertos aspectos.

Así, pues, el profesor argentino explica que el fundamento último de la distinción legal y que unifica ambos regímenes en una sola institución reside en el propósito de garantizar que toda víctima de la actividad administrativa que provoque daños sea indemnizada.

### 4. La tesis del fundamento extrasistémico

Por otro lado, el profesor Cassagne<sup>56</sup> también rescata la idea unificadora de la teoría de la garantía patrimonial de García de Enterría. Sin embargo, a diferencia de García de Enterría, Cassagne propone que el fundamento de esta teoría no debe encontrarse dentro del sistema de responsabilidad, sino más bien fuera de él, específicamente en la finalidad del Estado, la cual es

[...] la realización del bien común a través de la justicia, la consecuente reparación del desequilibrio causado y el grado en que la comunidad debe satisfacer el daño. No se trata solo de hallar un fundamento estrictamente positivo sino de establecer cuál es el principio general de derecho público en que se funda la res-

ponsabilidad estatal, se halle él incorporado o no al ordenamiento. Ese principio no es otro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado.

En otras palabras, el objetivo principal del Estado<sup>57</sup> debe ser garantizar la protección del patrimonio de los ciudadanos. En este sentido, la teoría de la garantía patrimonial no se basa en la responsabilidad del Estado, sino en la protección y garantía del patrimonio de los ciudadanos, lo que constituye su obligación fundamental. En resumen, la idea de Cassagne se enfoca en que el Estado debe ser responsable de proteger el patrimonio de sus ciudadanos y esta protección debe constituir un principio del Estado.

### 5. El fundamento constitucional de la responsabilidad de la Administración en el Perú

En el Perú, si bien no existe una referencia expresa a la responsabilidad patrimonial del Estado o de la Administración, en el sentido de que surja el deber de indemnizar, es posible sostener que la Norma Fundamental, al imponer determinadas obligaciones al Estado, también prevé la posibilidad de demandar la responsabilidad.

Por ello, concordamos con Vicente Villalobos<sup>58</sup> cuando afirma que la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los daños causados se deriva directamente de los principios que sustentan el Estado constitucional de derecho vigente, que incluyen el control del poder público, la protección de los derechos fundamentales y la reparación del daño causado en caso de lesión a los mismos<sup>59</sup>. Entonces, en el sistema constitucional peruano, la responsabilidad de la Administración es consustancial a los principios del Estado de Derecho, y obedece a los principios de reparación integral y al deber fundamental del Estado de garantizar y proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que se desprende de los artículos 44 y 45 de la Constitución Política del Perú.

Cabe precisar que este es un ejercicio interpretativo corrector, dado que ninguna disposición dispone expresamente que la Administración Pública está obligada a indemnizar los daños ocasionados por la prestación del

<sup>55</sup> CASSAGNE 2002, 275.

<sup>56</sup> CASSAGNE 2002, 276.

<sup>57</sup> CASSAGNE 2002, 276.

<sup>58</sup> VILLALOBOS 2022, 138.

<sup>59</sup> VILLALOBOS 2022, 138.

servicio público o por su funcionamiento. Por ello, es necesario acudir a otras herramientas interpretativas que permitan *estatuir* el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento jurídico peruano<sup>60</sup>.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, es preciso traer a colación que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (a diferencia de otros casos como el de Colombia o de Argentina, al menos en nuestra región) se inspira principalmente en el sistema español, el cual data de 1954 con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa<sup>61</sup>. Esta ley no solo reguló la institución de la expropiación forzosa, sino que también dispuso regulación relativa a las vías de hecho y a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El mayor estudioso de este texto normativo en España, García de Enterría, postuló que la justificación para que una ley sobre expropiación forzosa regulara también el asunto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la garantía patrimonial de los administrados, que tutela los derechos de los individuos frente a daños provocados por la Administración que fueran cuantificables. Esta garantía patrimonial, está, pues, estrechamente vinculada al derecho de propiedad y es tomando en cuenta este planteamiento que se propone la siguiente interpretación.

Si bien los artículos 44 y 45 de la Constitución Política del Perú estatuyen los deberes primordiales del Estado, el derecho constitucional de propiedad se encuentra en el artículo 2 inciso 16, y en el artículo 70 de la Norma Fundamental<sup>62</sup>. Específicamente, este artículo

reconoce el derecho a una “indemnización justipreciada” por la afectación del derecho constitucional de propiedad, cuando el individuo es privado de él “por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley”.

En este punto, es necesario advertir que existe una distinción doctrinaria y jurisprudencial entre la configuración constitucional y legal del derecho de propiedad, en el sentido de que el contenido de la primera comprende un espectro más amplio que la segunda. Esto se ve confirmado por ciertas interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso “*Cinco Pensionistas versus Perú*”, en su sentencia del 28 de febrero de 2003, la Corte sostuvo que, si bien la Carta Interamericana de Derechos Humanos no protege expresamente el derecho a la pensión (cuya regulación pertenece al ámbito exclusivo de competencia de los Estados), sí tutela el derecho de propiedad y, por extensión, a “los efectos patrimoniales del derecho a la pensión”.

Otras lecturas en sede nacional confirman que el Tribunal Constitucional acoge una lectura similar, en tanto que el derecho constitucional de propiedad tutela desde la propiedad sobre bienes muebles o inmuebles y los derechos menores reconocidos en la legislación civil, hasta los derechos de crédito o cualquier forma de aprovechamiento o rentabilidad económicas<sup>63</sup>.

Ahora bien, el artículo 70 ha sido desarrollado legalmente por distintos textos normativos. Actualmente, la ley de la materia es el Decreto Legislativo N° 1192, que aprueba la 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, según su Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA<sup>64</sup>.

La rúbrica de esta ley parece dirigirse a un reducido ámbito respecto de las formas de restricción del derecho de propiedad constitucional, en el sentido de que se enfoca en la expropiación como única forma de intervención en el *derecho legal* de propiedad sobre *bienes inmuebles* por causas de interés nacional, dejando de lado otros derechos incluidos en el derecho constitucional de propiedad y

<sup>60</sup> Es preciso acotar que ello constituye una corrección de la voluntad del legislador constituyente, dado que nada en nuestro texto constitucional permite inferir que el legislador constitucional pretendía hacer responsable al Estado y a la Administración Pública por los daños ocasionados en por su funcionamiento.

<sup>61</sup> Si bien existió regulación previa, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 fue la primera que reguló la responsabilidad patrimonial de la Administración a nivel estatal. Las anteriores normas solo tenían un alcance local.

<sup>62</sup> Artículo 70. Inviolabilidad del derecho de propiedad. “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”.

<sup>63</sup> GONZÁLES 2013, 203-204.

<sup>64</sup> Sin perjuicio de diversas normas contenidas en otros cuerpos normativos que regulan la disposición de otros derechos reales por parte del Estado.

otras formas de afectación. Pero, ciertamente, la regulación legal no agota el contenido constitucional o convencional del derecho de propiedad.

La pregunta que podría plantearse es, si el derecho constitucional de propiedad tiene un mayor alcance que su expresión en el derecho civil, ¿sería posible inferir que el artículo 70 comprende otros supuestos en que el Estado debe indemnizar la invasión en algún contenido del derecho de propiedad mediante un instrumento distinto a la expropiación? De acuerdo con una lectura literal del dispositivo, la respuesta sería negativa. Pero el objetivo del presente trabajo se frustraría si la Constitución solo admitiera una interpretación literal de su contenido. Así, pues, se propone que, en la medida en que el derecho constitucional de propiedad tutela un amplio contenido, la obligación de indemnizar pueda ser extendida a cualquier forma de daño o intervención lesiva que genere "efectos patrimoniales" para el administrado, derecho que vendría a ser desarrollado por la LPAG.

## Conclusiones

El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración puede ser enfocado desde diversas aristas y depende del desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinario que haya dado origen a cada sistema. Sin embargo, es posible abstraer principios generales de la responsabilidad que permitan un análisis constitucional de cada régimen legal.

Esta labor es de suma importancia; importancia que radica en que cuando el régimen legal sea insuficiente, las disposiciones constitucionales servirán para suplir sus vacíos. De otro lado, también se requiere de un parámetro para evaluar la constitucionalidad de alguna solución adoptada mediante la aplicación del régimen legal de responsabilidad. Así, pues, partir de una base constitucional sólida que permita articular soluciones legales legítimas puede conseguirse a través de una simple labor de localización del texto normativo pertinente o de un esfuerzo interpretativo y, en ocasiones, corrector.

En el caso peruano, la Constitución vigente no contiene un dispositivo que expresamente imponga la obligación de indemnización por los daños ocasionados por la Administración Pública por la vulneración de derechos subjetivos, por el incumplimiento de deberes primordiales del Estado. Sin embargo, tomando en cuenta el principio de

igualdad y el de garantía patrimonial de los administrados, es posible construir un marco interpretativo mediante el cual se extienda el supuesto de indemnización por expropiación, a todos los casos en que se vulneren derechos o se incumpla obligaciones por parte de la Administración Pública. Ello, a partir de los artículos 44, 45 y 70 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Esto no hace más que confirmar que, aunque no se cuente con un reconocimiento constitucional expreso, ciertas justificaciones superiores o, a veces, externas al sistema jurídico de que se trate, demandan que el Estado, además de garantizar los derechos y libertades fundamentales, también se vea obligado a reparar cuando falle en su rol de garante y promotor del bienestar, o incluso, cuando para cumplir dicho rol, deba sacrificar el de unos pocos. De ahí que la doctrina haya propuesto diversos fundamentos y haya asignado distintas funciones a los diversos regímenes de responsabilidad (este último asunto dista del objeto del presente trabajo, aunque es igualmente relevante al momento de construir, interpretar y aplicar cualquier régimen de responsabilidad). La garantía patrimonial de los administrados, el quebrantamiento de la igualdad ante las cargas públicas, las tesis de la indemnización o del fundamento extrasistémico, son expresiones de la preocupación por partir de un principio sólido y superior al régimen legal que permita, ya sea unificar los distintos supuestos de responsabilidad, o justificar finalmente cualquier decisión adoptada en un caso concreto. Como se ha visto, estos principios inspiran a todo sistema de responsabilidad de la Administración, al menos aquellos inspirados en las tradiciones continentales.

De esta manera, se evidencia que la gran importancia de contar con un fundamento constitucional sólido de la responsabilidad de la Administración se traduce en los esfuerzos de los intérpretes por abstraer principios que fundamenten esta institución, incluso cuando no se cuente con una referencia normativa expresa. Sin embargo, es preferible que el constituyente exprese su deseo de vincular al Estado a indemnizar las lesiones que infrinja en su actuar.

## Bibliografía citada

- ALPA, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. El Jurista Editores.
- ARAUJO-JUÁREZ, J. (2014). El derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y consolidación. En J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ et al. [Coords.], *La Res-*

- ponsabilidad patrimonial de la Administración patrimonial (25-50). *Espress*.
- CAMBERO QUEZADA, G. (2019). Control de la Administración pública federal mexicana: la ruptura de la legalidad frente a las cargas públicas. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (21), 347-368. DOI: 10.18601/21452946.n21.14.
- CASSAGNE, J. (2002). *Derecho Administrativo. Vol. II*. Abeledo-Perrot.
- CASSAGNE, J. (2017). *Derecho Administrativo*. Palestina Editores.
- CASSAGNE, J. (2021). Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista de Administración Pública* (214), 11-42. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>.
- CASTILLO FREYE, M. y OSTERLING PARODI, F. (2003). *Tratado de las Obligaciones. Volumen XVI. Tomo X*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2023). *Curso de Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- CORDERO VEGA, L. (2019). *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*. DER Ediciones.
- CUBA MENESES, E. (2021). ¿Por qué no funciona el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual en el Perú? En J. DANÓS ORDÓÑEZ y J. MORÓN URBINA [Coords.], *Estudios sobre derecho Administrativo. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Volumen I*. Asociación Civil Derecho y Sociedad.
- CUBA MENESES, E. (2023). Notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Revista de Derecho Administrativo* (145), 28-41.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi 20 años de jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Administración Pública* (211), 373-405. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.15>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998). Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. *Revista de Administración Pública* (98), 45-102.
- GONZÁLES BARRÓN, G. (2013). Artículo 70 I De la Propiedad. En W. GUTIÉRREZ [Dir.], *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II* (195-254). Gaceta Jurídica.
- GRAJEDA ESTRADA, O. (2015). Responsabilidad patrimonial del Estado: un nuevo paradigma. *Internaciones* (4), 83-98.
- GUTIÉRREZ GONZÁLES, H. (2021) Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado. *Revista Nueva Época* (56), 103-123.
- HARRIS MOYA, P. (2021). Por un reconocimiento constitucional de la responsabilidad por actos lícitos en el derecho chileno. *Revista CES Derecho* 12 (2), 190-209.
- LAMOGLIA, C. (2015). La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *Iustitia* (13), 59-94. DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i13.1537>.
- LEÓN VÁSQUEZ, J. (2013). Artículo 44 I Deberes fundamentales. En W. GUTIÉRREZ [Dir.], *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo III*. Gaceta Jurídica.
- MARTIN REBOLLO, L. (1999). Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública* (150), 317-372.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2009). Principios de la responsabilidad contractual de la Administración Pública (Artículos 139-141 LRJPAC). En T. QUINTANA LÓPEZ y A. CASARES MARCOS [Eds.], *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (37-90). Tirant lo Blanch.
- SAAVEDRA BECERRA, R. (2010). Perspectivas de la responsabilidad del Estado colombiano. Las formas actuales y las cuentas pendientes. En AA.VV. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI – Derecho Público. Tomo VI* (489-512). Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- SÁNCHEZ POVIS, L. (2022). Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. En S. MUÑOZ MACHADO y R. RIVERO ORTEGA [Dirs.], *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo – AIDA* (237-274). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- SOTO KLOSS, E. (2004). Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica. *Revista Chilena De Derecho* 31 (2), 301-308.
- VILLALOBOS VILLALOBOS, V. (2022). Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. *Revista de Derecho* 23 (1), 133-162.

### Normativa citada

- Constitución Política del Perú. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política de la República de Chile [CPR]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Constitución de la República de Corea. 12 de julio de 1948 (Corea).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de febrero de 1917 (México).
- Ley Federal N° 26.944 de 2014. Rige la responsabilidad estatal. 7 de agosto de 2014. (Argentina).
- Ley N° 18.575 de 1986. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre de 1986. D.O. 32.640.

### Jurisprudencia citada

- “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Serie C N° 98. Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas. (28 de febrero de 2003).