

EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS Y SU RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ¹

Teresa de Jesús Seijas Rengifo

Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. La responsabilidad del Estado. Requisitos para que se constituya la responsabilidad civil. Imputación de responsabilidad a la administración pública. Principios de resarcimiento del daño. Concepto del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El principio de interdicción de la arbitrariedad en la regulación peruana. Antinomia en la regulación de esta responsabilidad. La responsabilidad patrimonial de la administración Pública en el Derecho Comparado: En el derecho francés, italiano, alemán, español. ¿Procede la acusación constitucional por la comisión del delito de prevaricato por Magistrados del Tribunal Constitucional? Plantean que sentencias sin fundamento del Tribunal Constitucional sean causales de infracción. Conclusiones. Bibliografía*

¹ SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Doctora en Derecho, Administración y Educación, UNMSM, Magíster en Derecho Civil Comercial y en Ciencias Penales USMP. Docente Universidades Nacionales Federico Villarreal y UNMSM, en Pre y Post-Grado; ULima; Docente invitada de la Universidad Nacional de Piura, Escuela de Post-Grado, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga.

RESUMEN

Si bien históricamente, se afirmó que el Estado no era responsable de sus actos, en la evolución del Derecho Moderno se tiene otra concepción, en la que se deja de lado la responsabilidad subjetiva para dar paso a la responsabilidad objetiva entendida ésta como de riesgo, respecto a los actos o servicios de la administración pública, por lo que responde patrimonialmente por sus agravios.

SUMMARY

Even it was historically started that the State was no responsbale of its acts, the evolution of Modern Laws han another conception in which the subjetive responsibility is left behind to go ahead with the objective responsibility, understood as a risk, respect to public administation acts or services patrimonially answering about its offences.

PALABRAS CLAVE

Ciencia. Ciencia jurídica. Bases y perspectivas para la inserción del principio de interdicción de arbitrariedad en la Constitución

KEY WORDS

Science. Lawful science. Perspectives for the introducción the inverted abitrary interdiction in the Constitution

INTRODUCCION

El principio de interdicción de arbitrariedad y la responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos.

Históricamente, se ha dicho que el Estado no es responsable de sus actos. Habiéndose llegado a manifestar que **The king can do not wrong** (El Rey no puede hacer ilícito), o **le propre de la suverinèté c'est de simposer à tous sans compensations** (lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación). Dicha ideología, en la actualidad, todavía tiene rezagos en nuestra cultura jurídica. Los contornos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública son distintos de la responsabilidad civil extracontractual causados por los particulares, ya que en el primer caso el daño lo causa la Administración como consecuencia del funcionamiento de los servicios o actos públicos, mientras que en el segundo caso los daños son causados por la vida de relación y el contacto social que asumen las personas con sus semejantes para la satisfacción de sus necesidades e intereses.

A su vez, si bien es cierto que los elementos de la responsabilidad del Código Civil, al ser éste el derecho madre de todas las disciplinas especiales, resulta de aplicación para todo tipo de responsabilidades especiales; sin embargo, en cuanto a la responsabilidad administrativa, si bien es cierto que algunos elementos son propios de la responsabilidad en general, no menos cierto es que existen diferencias, por tratarse de una responsabilidad especial, en cuyo caso prevalece la especialidad de dicha responsabilidad, al primar la ley especial frente a la ley general, por lo que al darse los supuesto de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública se deben aplicar las normas relativas a dicha responsabilidad y, sólo supletoriamente, las normas del Código Civil, que no se opongan.

En contrapartida a ello, en la actual etapa del Derecho Moderno, se configura **el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos**, adoptado a nivel constitucional y legal por varios Estados, entre ellos, España, México, Chile, Argentina, por el que se asume

que la responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos se califica mediante el sistema de la responsabilidad objetiva.

- La responsabilidad del Estado

Conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional, el **principio de interdicción de arbitrariedad**² es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado Constitucional Democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora, de ahí que si bien es cierto que la autonomía de la **jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional**, no menos cierto es, que como cualquier particular, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, caso contrario, sería nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos³ por lo que la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes⁴. La actividad estatal se rige por el **principio de legalidad** que admite la existencia de los **actos reglados** y los **actos no reglados o discrecionales**. Respecto a los **actos no reglados o discrecionales**, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o en su defecto, cómo deben hacerlo. El principio de legalidad constituye una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento⁵. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad.

² Exp. N° 0090-2004-AA/TC, Fundamento 12.

³ Exp. N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 18

⁴ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento 20

⁵ STC N° 0090-2004-AA/TC del 05 Jul 2004, Fundamento 8

Para **FERNANDO SAINZ MORENO** “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”. Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configura como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y por tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”. El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho:

- a) Lo arbitrario, entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica
- b) Lo arbitrario, entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad
- c) Lo arbitrario, entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De ahí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiera el **principio de interdicción de arbitrariedad**, con una doble significación:

- a) **En un sentido clásico y genérico**, aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) **En un sentido moderno y concreto**, aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo ⁶.

⁶ STC N° 6167-2005-PHC/TC del 28 Feb 2006, Fundamentos 20 y 30

Consecuentemente, arbitrario es todo aquello carente de vínculo natural con la realidad. Al respecto, **Tomás Ramón Fernández**⁷ expresa lo siguiente:

“La Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto.”

Los principios que configuran la obligación de reparar del Estado constituyen parte de una teoría general, por lo que no interesa qué tipo de norma lo establece sino el fin que ella persiga. Por lo que a decir del jurista **Mauro Florencio Leandro Martín**⁸ “la aplicación de las normas del Código Civil, tengan el carácter de reglas o principios generales y rectores para una situación dañosa, sosteniendo la unidad del fenómeno de la reparación, por lo que sus normas resultan ser útiles de ser aplicados al resarcimiento de los daños cometidos por la Administración, teniendo en cuenta la especialidad de dicha responsabilidad del Estado.” De los artículos de la Constitución peruana testados puede observarse que los actos lícitos por los que es responsable la Administración (Estado) serían los originados en un acto de la administración, de la legislatura o de la judicatura u otra, cuando quebrantando los

⁷ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, Revista española de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 080, Oct - Dic 1993]

⁸ LEANDRO MARTÍN, Mauro Florencio, Docente universitario, magistrado judicial, lmflorencio@hotmail.com

principios de igualdad, provenientes del ejercicio de atribuciones que le son propias causan daño. En el campo civil se regula la Responsabilidad Contractual y Extracontractual. La contractual nace de una obligación y la extracontractual nace de la comisión de un acto ilícito, siendo las diferencias las siguientes:

- 1) El hecho sobre el cual responde el comportamiento de quien no cumple o del autor del ilícito.
- 2) En cuanto a los efectos en materia contractual se responde sólo por el daño previsible.
- 3) Es válido el pacto de limitación y exclusión de la responsabilidad contractual y nulo el pacto relativo a la responsabilidad extracontractual
- 4) Los intereses moratorios son legales en la responsabilidad contractual, y liquidados en vía equitativa en la responsabilidad extracontractual.

Conforme a los fundamentos de la responsabilidad civil, importa asumir la obligación de indemnizar, no siendo sencillo aseverar ante un daño causado lo siguiente: **¿Quién es el que lo debe soportar: si el agente que lo causó o la víctima que lo sufrió?** La respuesta a tal interrogante necesita de un fundamento, surgiendo por ello sistemas con nuevas interrogantes frente a la anteriormente citada: **¿Sólo se es responsable cuando se es culpable?** Para asumir la carga y la consiguiente reparación **¿Debe tener el intérprete en sus manos la prueba de la culpa?** Se puede ser responsable sin ser culpable o negligente, conforme a la teoría de la responsabilidad sin culpa. Al respecto el jurista **RIPERT** señala que muy cómodamente otros juristas opinan que se debe abandonar la idea de la culpa por ser una idea anciana, ya que el progreso la ha sustituido por la idea de riesgo y se pregunta si podrían ellos abandonar la idea de que el hombre deba comportarse bien y que debiera decirsele *condúcete como te plazca a tus riesgos y peligros* y si lastimas a otro tienes que pagar, lo que en opinión de **RIPERT** no contribuye en nada al progreso del Derecho.

Los daños producidos mediante actividades o bienes riesgosos o peligrosos, se indemnizan sobre la base del principio de la responsabilidad

objetiva. Se trata aquí de la incorporación en el Código Civil de la teoría de riesgo con su connotación objetivista, actitud ésta que aparece en varios artículos de la sección del Código sobre responsabilidad extracontractual; así la responsabilidad del empleador la responsabilidad del incapaz en ciertas condiciones, etc., son responsabilidades objetivas.

- Requisitos para que se constituya la responsabilidad civil

La responsabilidad civil es una disciplina cuyo aspecto fundamental es el indemnizar los daños producidos en la vida de relación de los particulares, estos daños son ocasionados como:

- * **Consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria**, que la doctrina lo llama responsabilidad civil contractual y el Código Civil Peruano lo denomina responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones.
- * **Resultado de una conducta**, sin que exista entre las partes, ninguna relación jurídica previa o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino del deber jurídico genérico de no causar daño a otro que la doctrina lo llama responsabilidad extracontractual

- Imputación de responsabilidad a la Administración Pública

A diferencia de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en el Código Civil, en el que los criterios de imputación de responsabilidad son dos, el **sistema subjetivo** de responsabilidad sustentado en la **culpa**, así como el sistema **objetivo**, sustentado en el **riesgo creado**, en la responsabilidad extracontractual de la administración es necesario que exista una **relación entre la conducta y la administración** y que el daño sufrido por la víctima es atribuible a la conducta imputable a la Administración. Así, en la doctrina española, (Constitución Política de 1978, Art. 9) fuente normativa de la responsabilidad extracontractual de la Administración regulada Art. 238 de la Ley peruana N° 27444, en el que se establece dos niveles de imputación:

- a) **La imputación de primer nivel:** Por la que se verifica si la conducta del autor material del daño puede entenderse que es de la administración o si del hecho que dio lugar al daño debe respon-

der la Administración, caso este que correspondería a una imputación en sentido estricto.

- b) La imputación de segundo nivel:** Examina si el daño es atribuible a la conducta (acción u omisión) de la persona física material, atribuible a la Administración Pública (imputación de primer nivel). Estamos ante lo que se llamar relación causal.

- Principios de resarcimiento del daño

- 1) La regla fundamental admite en general, que el daño es susceptible de resarcimiento; el dañante responde por todos los daños que fuesen directa consecuencia del ilícito ya sea que se hubiere cometido por dolo o culpa y fueren previsibles o no. La regla de la previsibilidad del daño obedece a los intentos de una política del derecho dirigida a contener el daño resarcible, pues resulta difícil establecer el grado de probabilidad que debe tener el daño para considerarse previsible.
- 2) Para que la solicitud de resarcimiento sea procedente, el dañado no se debe encontrar en la misma situación en la que se encontraría si el evento no hubiera acontecido
- 3) En la actualidad, ya no es suficiente exponer el fundamento de hecho del daño causado, pues el juzgador debe también toma en cuenta el análisis económico del daño
- 4) El nexo causal y la prueba del daño son criterios determinantes del **quantum**

No todos los daños son resarcibles. Los **límites del resarcimiento** son:

- **Nexo causal**, expresado en términos de distancia en el tiempo y en las conexiones
- La **intervención del tercero** quien tiene el deber de mitigar el daño
- El **concurso de culpa** del dañante
- Y por último la **irrelevancia económica** del daño

- Concepto del principio de interdicción de arbitrariedad de los Poderes Públicos

La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial **objetivos** (motivo, contenido y fin) o **subjetivos** (competencia, legiti-

mación e investidura) y **formales** (procedimiento y motivación) del acto administrativo, tienen por objeto racionalizar la función o conducta administrativa y, sobre todo, dotarla de logicidad o razonabilidad, evitando que la Administraciones Pública sorprenda a los administrados con **actos contradictorios, absurdos, desproporcionados o irracionales**. Un aspecto de primer orden en todo acto administrativo es la **proporcionalidad** en sentido estricto entre los medios empleados por la Administración Pública respectiva y los fines que se pretenden lograr con éste, así como la **idoneidad** o necesidad de su contenido y, desde luego, cuando resulta afflictivo o de gravamen, la ponderación de su intervención o impacto mínimo.

De lo expuesto, es que surge el principio de interdicción de la arbitrariedad en el **Derecho Constitucional contemporáneo**, como uno de los principios rectores de la función administrativa, conforme al cual **la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma**. De ahí que cuando el daño es causado por la Administración Pública, resulte de aplicación el **principio de interdicción de arbitrariedad de los Poderes Públicos**, que determina la responsabilidad patrimonial.

¿Pero en qué consiste este principio? Por este principio existe **prohibición de que el poder sea ejercido en forma arbitraria e injusta**; las autoridades no pueden tomar decisiones arbitrarias, entendiéndose por tales, aquellas que infringen el principio de igualdad de trato de los administrados ante la aplicación de la ley y las reglas objetivamente determinadas⁹. Es un mecanismo de control que no permite que el uso de las facultades discrecionales, las decisiones, sean tomadas en un contexto que no respondan a criterios de racionalidad resultando por ende arbitrarias, lo que permitiría el cuestionamiento de los alcances del control de la potestad discrecional de la Administración por los daños causados, siendo de su cargo la responsabilidad patrimonial. El

⁹ STC N° 00535-2009-PA/TC (05 Feb 2009) caso Rodolfo Luis Proya Gallo con la Universidad San Ignacio de Loyola, Fundamento 3

principio de interdicción de la arbitrariedad¹⁰ es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado Constitucional Democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora (Fundamentos 20 y 30 STC N° 6167-2005-PHC/TC del 28 Feb 2008).

La **arbitrariedad** no debe ser confundida con la **discrecionalidad administrativa**, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa.¹¹

- El Principio de Interdicción de Arbitrariedad en la regulación peruana

Tiene su antecedente inmediato en la Constitución española de 1978:

“Artículo 9.-

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Si bien este principio **no se encuentra contenido expresamente en la Constitución peruana** vigente (1993), es advertido en las siguientes articulaciones:

“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la **dignidad del hombre**, o en los **principios** de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso Juan Carlos Callegari Herazo, Fundamento 12.

¹¹ SOSA WAGNER, F., Dura lex, Política, Derecho, Sociedad y algo de otras cosas, 31 Ene 2008, garciamado.blogspot.com

Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el **principio** de la separación de poderes.

Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. **Quiénes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.**

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

Artículo 70.- 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.

Artículo 139.- 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."

Artículo 200.- (in fine) (...) Cuando se interponen acciones de garantía en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio."

Consecuentemente, en aplicación del Art. 3 de este cuerpo normativo, tratándose de una cláusula abierta, no sería necesaria su modificación, más aún si se tiene en cuenta que indirectamente se enuncia en las articulaciones que han sido citadas. En el Art.

238 de la Ley N° 27444 de Procedimientos Administrativos se regula del siguiente modo:

**Ley del Procedimiento Administrativo General
LEY N° 27444**

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** 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.
- 238.2** La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.
- 238.3** El **daño alegado** debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.
- 238.4** Sólo será **indemnizable el perjuicio producido** al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.
- 238.5** La **cuantía de la indemnización** incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo.
- 238.6** Cuando la entidad **indemnice a los administrados**, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la respon-

sabilidad 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.

Artículo 243.- Autonomía de responsabilidades

243.1 Las consecuencias **civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades** son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 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**, salvo disposición judicial expresa en contrario.

“Artículo 244.- Denuncia por delito de omisión o retardo de función El Ministerio Público, a efectos de decidir el ejercicio de la acción penal en los casos referidos a delitos de omisión o retardo de función, deberá determinar la presencia de las siguientes situaciones:

- a) Si el plazo previsto por ley para que el funcionario actúe o se pronuncie de manera expresa no ha sido excedido.
- b) Si el administrado ha consentido de manera expresa en lo resuelto por el funcionario público.”

(*) Artículo 244, incorporado por el Artículo Único de la Ley N° 28187, publicada el 09 Mar 2004.

En el Art. 238.1 no se precisa qué tipo de lesión es la susceptible de ser indemnizada, por lo que puede inferirse que basta que se trate de un servicio imperfecto, defectuoso o inadecuado, conforme a los términos establecidos en la ley.

- Antinomia en la regulación de esta responsabilidad

Como se ha precisado en párrafos anteriores el derecho a la indemnización por los daños causados por la Administración Pública aparecía regulado en el **Ley N° 27444**, Nueva Ley de Procedimientos Administrativos General, Art. 238 e igualmente regulada en la **Ley N° 27584**,

Contencioso Administrativo, Art. 26. El Art. 238 de la Ley N° 27444 fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1029 estableciéndose en el **"238.1 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 aquellas"**. En el Art. 243 de la Ley N° 27444 que regula que **"la autonomía de responsabilidades precisa que las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación. 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, salvo disposición judicial expresa en contrario"**. En tanto que en la Ley contenciosa administrativa se prescribía que esta responsabilidad debía peticionarse conforme a las reglas establecidas en el **Código Civil y Código Procesal Civil**.

**"Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo
LEY N° 27584**

**CAPÍTULO IV
Desarrollo del Proceso**

**SUBCAPÍTULO II
Vía procedimental**

Artículo 26.- Pretensión indemnizatoria

La pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los **Códigos Civil y Procesal Civil**."

Producto de la dación de estas normas se produjo una **antinomía**, por cuanto una ley prescribía que la petición de indemnización se regía por las reglas de la **ley administrativa** y la otra prescribía que se regía por las **reglas del Código Civil y Procesal Civil**. Dicha anomia causó

gran confusión en nuestro medio judicial en cuanto a la normativa a aplicar cuando se producen daños extracontractuales causados por la administración pública, es decir, cual de las normas correspondía aplicar: la Ley Nº 27584 en la que establece que la regla a seguir son las del Código Civil y Código Procesal Civil o la Ley Nº 27444 del Procedimiento Administrativo General. Tal antinomia fue resuelta mediante **D. Legislativo Nº 1067** en el que se hizo la precisión pertinente, es decir, que la indemnización por el daño causado con actuación impugnante de la Administración, se regirá por el **Art. 238 de la Ley Nº 27444**, con intervención del Ministerio Público (Art. 14), estableciéndose la **excepción del agotamiento de la vía administrativa** cuando la pretensión planteada en la demanda estuviera referida al contenido esencial del derecho a la pensión y esta haya sido denegada en primera instancia en sede administrativa (Art. 19).

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1067
(28 Jun 2008)

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA
LA LEY Nº 27584 QUE REGULA
EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

«Artículo 5.- Pretensiones

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

(...)

5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnante, conforme al Art. 238 de la Ley Nº 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores

(Texto anterior:

Artículo 5.- Pretensiones

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

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.

2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme)

Artículo 14.- Intervención del Ministerio Público

En el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público interviene de la siguiente manera:

1. Como dictaminador, antes de la expedición de la resolución final y en casación. En este caso, vencido el plazo de 15 días para emitir dictamen, devolverá el expediente con o sin él, bajo responsabilidad funcional.
2. Como parte, cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia.

Cuando el Ministerio Público intervenga como dictaminador, el órgano jurisdiccional le notificará obligatoriamente con la resolución que pone fin a la instancia o con la que resuelve la casación, según sea el caso.

(Texto anterior:

Artículo 14.- Intervención del Ministerio Público

En el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público interviene de la siguiente manera:

1. Como dictaminador, antes de la expedición de la resolución final y en casación.
2. Como parte cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia.

El dictamen del Ministerio Público es obligatorio, bajo sanción de nulidad.

Cuando el Ministerio Público intervenga como dictaminador, el órgano jurisdiccional le notificará obligatoriamente con la resolución que pone fin a la instancia o con la que resuelve la casación, según sea el caso)

Artículo 19- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa

No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial de la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa.

(Texto anterior:

Artículo 19.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa

No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley.
2. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del Art. 5 de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliese con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.
3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada)

A decir de **EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA**,¹² "este régimen de liquidación de los efectos de la ley inconstitucional no es admisible y podría decirse que ninguno de los Estados que tienen un régimen de control de constitucionalidad de las leyes lo hubiera aceptado. El Esta-

¹² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, España, "Problemas de ejecución de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley en España. ¿Responsabilidad Patrimonial del Estado? En El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde, Tomo II, pp.1273 a 1282

do como sujeto activo normal de la legislación, no puede garantizar ante todos los sujetos la constitucionalidad de todas las leyes, como una especie de seguro de daños capaz de cubrir todos los que resulten de la aplicación durante toda su vigencia de dichas leyes. Este es un régimen legal capaz de destruir al Estado” Desde el *leading case Elliot* de 1835 se declaró que las sentencias que anulasen leyes tributarias no obligaban a las Administraciones afectadas a devolver el importe de lo recaudado en virtud de esas leyes, por dos razones:

- 1) Porque ello ocasionaría un grave disrupt (rompimiento) de las finanzas del gobierno
- 2) Porque en todo caso, el contribuyente ha recibido ventajas de su pago bajo la forma de obra y servicios públicos realizados con esas finanzas

Existe dificultad para construir técnicamente, un *legislative utrecht*, (un ilícito legislativo) que pueda dar lugar a una responsabilidad fruto de la violación de un determinado deber de oficio singularizado hacia los perjudicados, según el régimen común de responsabilidad extracontractual en el sistema jurídico alemán.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO

1. EN EL DERECHO FRANCÉS

Desde comienzos del siglo XIX, se admitieron diversos supuestos especiales de responsabilidad civil, sobre todo en materia de obras públicas; pero, la construcción de un régimen general de responsabilidad administrativa es obra de la jurisprudencia, que arranca de una decisión célebre del Tribunal de conflictos, el *Arret Blanco* del 08 Feb 1873, en el que se afirmó categóricamente la singularidad de la responsabilidad administrativa respecto a la responsabilidad extracontractual entre particulares regulada en el Código Civil:

“La responsabilidad que pueda incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que empleen en el servicio público no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular;

esta responsabilidad ni es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados”¹³.

Francia fue el país pionero de la construcción de la **hipótesis** de la responsabilidad sin culpa del poder público. De hecho, la responsabilidad objetiva, en el Derecho Administrativo, surgió antes que en **Derecho Civil**: la Administración fue sometida a **responsabilidad objetiva** en 1895. Actualmente, la regla general, pese a la consolidación y expansión de los supuestos de responsabilidad objetiva, sigue siendo, sin lugar a dudas, la responsabilidad por culpa de la Administración, denominada “**faute de service**”, entendida como culpa objetiva, como un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos; representa la desviación de la administración del **modelo** de conducta fijado para ella. Lo más habitual es que toda falta de servicio, grave o no, desencadene la responsabilidad administrativa y que sea la víctima que pruebe la existencia de la misma.

En no pocas ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia francesa exigió que la falta de servicios sea grave para que nazca la responsabilidad de la Administración. Dicha jurisprudencia ha establecido, por otro lado, presunciones de culpa, de falta de servicio, que eximen a la víctima de probar su concurrencia. Pero, también existen supuestos de responsabilidad objetiva (*responsabilité sans faute*) de la administración francesa identificados por el Conseil D'État y el legislador, tales como: de los **accidentes** sufridos por terceros como consecuencia de la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones de la Administración; daños derivados de cosas, **métodos** o situaciones especialmente peligrosas (explosivos, **armas** de fuego, **productos** sanguíneos, obras e instalaciones públicas especialmente peligrosas, permitir que presos o enfermos mentales puedan salir a la calle para facilitar su reinserción social, **vacunas** obligatorias, métodos terapéuticos nuevos y de consecuencia todavía poco conocidas, etc.); Daños perma-

¹³ Citado en RAMON PARADA, Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993. p. 417.

nentes o duraderos, no accidentales, inherentes a la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas; inaplicación de una resolución judicial por parte de la Administración, por razones de interés general y por supuestos análogos de no ejercicio justificado de **competencias** de policía administrativa; en general **adopción** de medidas justificadas, pero generadoras de graves perjuicio ¹⁴.

Así, la doctrina francesa en cuanto a la responsabilidad objetiva de la Administración, se **muestra** contraria a una generalización, a una responsabilidad global de la administración por el funcionamiento de los servicios públicos. Esta responsabilidad es admitida sólo en supuestos concretos perfectamente delimitados, como excepción a la que debe seguir siendo la regla general, la responsabilidad por **faute de service**. La responsabilidad objetiva de la Administración en Francia, se encuentra subordinada a dos requisitos adicionales:

- 1) Que el daño sufrido por la víctima sea anormal y especial.
- 2) La anormalidad como requisito básicamente cuantitativo, que alude a la entidad, la gravedad el daño, mientras que el de la especialidad es de tipo cualitativo y hace referencia a la pertenencia de la víctima, a su grupo fácilmente identificable y particularmente afectado por la acción administrativa lesiva.

2. EN EL DERECHO ITALIANO

En **Italia**, la responsabilidad administrativa resulta inicialmente de la aplicación al Estado y entes públicos de la responsabilidad directa por hecho propio y a la indirecta de los patrones o comitentes por hecho ajeno, regulada en el Código Civil (Arts 2043 y 2049). Se clasificó, sin embargo, como **responsabilidad directa** la responsabilidad del Estado cuando actúa por medio de los funcionarios por entender, de acuerdo a la teoría organicista, que el funcionario es un simple instrumento, órgano de actuación del ente a que pertenece, descartándose la indi-

¹⁴ CHAPUS, RenÃ. Droit Administratif GenÃral. pp. 1215-1249, MOREAU, Jacques, La responsabilitÃ administrative pp. 88- 89, citado por MIR PUIGPELAT Oriol, la responsabilidad de la administraciÃn hacia un nuevo sistema. Editorial Civitas, Madrid 2002. p. 185.

recta fundada en la **culpa in eligendo**, dados los complejos **procedimientos** a los que se somete la **selección** de funcionarios. El otro factor de especificidad de la responsabilidad administrativa, pese a su regimiento por las normas civiles, es en Italia la eliminación del elemento de la culpa **personal**. Ello se justifica en las dificultades de prueba de este elemento tan esencial de la responsabilidad civil por la complejidad de los procedimientos administrativos y la intervención en ellos de la voluntad de numerosos sujetos. Por ello se dice que en el Derecho Administrativo, no hay necesidad de probar la culpa de modo directo, debiéndose presumir su existencia por la violación de cualquiera de las normas que los órganos administrativos deban cumplir: no sólo de cualquier norma jurídica, ley o reglamento, sino también de cualquier norma interna, técnica o de buena administración.

El principio de la responsabilidad de la administración se afirma ahora en el Art. 128 de la Constitución de la República de Italiana de 1947, con el siguiente enunciado:

“Artículo 28.- Los funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades publicas serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos realizados en violacion de cualesquiera derechos. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos».

A decir de **MIR PUIGPELAT ORIOL**¹⁵ “la responsabilidad objetiva se circunscribe a ámbitos muy delimitados de la actuación de la Administración: No existe en dicho país una responsabilidad global de la administración. Esta queda sometida a la cláusula general de responsabilidad del Art. 2043 del Código Civil de 1943, y excepcionalmente (en los supuestos contenidos en artículos específicos del Código Civil Italiano y otras leyes especiales, igualmente aplicables a los particulares), pasa a sujetarse a la responsabilidad objetiva. El requisito de la culpa se ha visto reforzado, además por la reciente jurisprudencia de la cassazione

¹⁵ MIR PUIGPELAT Oriol, la responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un nuevo sistema, Editorial Civitas. Madrid. 2002. p. 177.

(sentada en la **capital** Sentencia 500 (22 Jul 1999), 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 existentes durante mucho **tiempo** en dicho país”.

3) EN EL DERECHO ALEMÁN

Tampoco existe una responsabilidad objetiva global de la Administración. La presencia de la culpa en la actuación administrativa es fundamental para que nazca la responsabilidad civil de la administración *stricto sensu* (para que nazca la *Amtshaftung*). La actuación irreproachable, ajustada al ordenamiento jurídico de la administración Alemana, solo da derecho a indemnización, en términos generales, en los acotados y típicos supuestos de responsabilidad por riesgo especial (*Gefährdungshaftung*) previstos por leyes especiales y aplicables por igual a la Administración Pública y a los particulares. Las leyes especiales que contemplan supuestos de responsabilidad objetiva son por ejemplo la ley de circulación viaria de 19 Dic 1952; la ley de responsabilidad civil en la versión publicada el 04 Ene 1978 somete a responsabilidad objetiva la explotación de ferrocarriles y teleféricos y la conducción de electricidad, gases, vapores y fluidos; la ley de navegación aérea en la versión publicada en 27 Mar 1999; la ley de uso pacífico de energía nuclear y la protección de sus peligros de 23 Dic 1959 ; y, la ley de responsabilidad por productos defectuosos del 15 Dic 1989 o la ley de medicamentos de 24 Ago 1976.

La jurisprudencia alemana, se ha negado en reiteradas ocasiones a admitir una genérica responsabilidad objetiva de Derecho Público que vaya más allá de concretos supuestos enunciados por las leyes. Una buena prueba del limitado papel que la responsabilidad objetiva de la Administración tiene y ha tenido en Alemania puede verse, precisamente, en el hecho de **FORSTHOFF**,¹⁶ el máximo defensor de este tipo

¹⁶ FORSTHOFF, Ernst, LEHRBUCH, p. 359 - 364, citado por MIR PUIGPELAT, Oriol, Ob, cit. p. 179

de responsabilidad en la doctrina iuspublicista de dicho país que la circunscribe exclusivamente a aquellas situaciones de riesgo individual y extraordinarias creadas por el poder público. Dicha responsabilidad debe estar sometida a límites estrictos, seguros y controlables. Ello exige que la responsabilidad objetiva nazca cuando la Administración cree una situación de peligro individual y extraordinaria, un riesgo especial, incrementado, que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentren expuestos; y que el daño tenga una cierta entidad, pues los daños insignificantes (*bagatellschaden*) no son indemnizados.

4) EN EL DERECHO ESPAÑOL

La responsabilidad de la administración en España data de 1950, y salvo lo establecido en la II República y de algunas normas sectoriales, sólo los funcionarios, y no la Administración, respondían extracontractualmente por los daños que el desarrollo de las actividades administrativas pudiera causar. El Código Civil, en efecto, al enumerar en el Art. 1903, los supuestos por responsabilidad, de hecho ajeno, sólo preveía, en el apartado quinto, la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por un "agente especial", figura esta que según **MARTÍN REBOLLO**,¹⁷ era "un extraño personaje que nadie conocía". Este mismo Art. 1903.5, remitía al Art. 1902 (precepto que regulaba y regula la responsabilidad civil por hecho propio en el Derecho español) en aquellos casos en que el daño fuera causado, por un funcionario público. El juego de ambos preceptos hubiera permitido sin mayores dificultades, declarar la responsabilidad de la Administración ex Art. 1902 del Código Civil, siempre que el funcionario ocasionare un daño, pero, la jurisprudencia, salvo contadas excepciones, no lo entendió así, por ello, la administración hasta 1950 en España no era responsable. Puso fin a esta situación la ley del régimen local de 1950, al establecer en el Art. 405 y siguientes, la responsabilidad extracontractual (directa o subsi-

¹⁷ MARTÍN REBOLLO, Luis. Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las administraciones públicas, en MARTÍN RETORILLO BAQUER, Sebastián) coord., estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. III. Madrid. Civitas. 1991, pp. 2787-2792, 2799-2804 y 2823-2826.

diaria, según los casos) de las entidades locales por los daños que pudieran ocasionar sus órganos de gobierno, funcionario o agentes. Pero, dicha ley se circunscribía al ámbito local, faltando, pues, en el plano estatal, una norma que extendiera el principio de responsabilidad patrimonial a toda la Administración Pública.

Esta norma fue la **Ley de Expropiación Forzosa (LEF)** del 16 Dic 1954 que no se limitó a extender a toda la Administración Pública (incluidos los entes locales y los pertenecientes a la administración institucional) las previsiones incluidas cuatro años antes de la ley de régimen local, sino fue mucho más allá, construyendo un sistema de responsabilidad extracontractual totalmente distinto. La nueva regulación en el Art. 121.1 de la LEF, prescribe que: "dará también lugar a indemnización (...) toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere siempre que ella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

El citado Art. 122.1, a su vez añadía lo siguiente: "en todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas". La responsabilidad administrativa prevista por la LEF presentaba dos importantes novedades de la legislación local antes indicada. En primer lugar se trataba, de una responsabilidad siempre directa de la Administración, (sin perjuicio de la acción de repetición de que este disponía contra el funcionario causante del daño); y, en segundo lugar, y sobre todo, de una responsabilidad objetiva global.

GARCÍA DE ENTERRÍA, fue quien realizó la primera y más influyente interpretación del citado precepto, defendiendo y fundamentando la responsabilidad objetiva global de la Administración estableciendo que por "funcionamiento del servicio público", habría que entender toda la actividad típica de la administración (actividad jurídica - emanación de reglamentos y actos administrativos - y actividad material; tanto por acción como por omisión), todo el giro y tráfico administrativo de tipo

prestacional conocida por "Servicio público"; enumeró, como títulos de imputación de daños a la administración, la realización material o directa y legítima del daño (como título de imputación básico, elemental), la comisión material directa e ilícita del daño (el funcionamiento anormal del servicio: existencia de culpa), el riesgo creado por la administración, y su enriquecimiento injusto; y, apuntó como causa de exoneración de la administración, la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de tercero ¹⁸.

Refería este autor, que al prescindir la ley de los elementos de ilicitud y culpa para fundamentar la responsabilidad administrativa, abandonaba la perspectiva de la acción dañosa y eregía el daño antijurídico como criterio determinante, partiendo del principio objetivo de garantía del patrimonio; la nota de la antijuricidad se predicaba, ya no de la conducta administrativa que podía ser lícita o ilícita, sino del daño antijurídico considerado en el nuevo sistema, como aquel perjuicio que el titular del patrimonio afectado no tuviera el deber jurídico de soportar; existía el deber jurídico de soportar cuando hubiera alguna causa de justificación expresa y concreta que lo legitimara, como por ejemplo: "la exacción de un **impuesto**, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal" ¹⁹.

La LEF, al instaurar, de este modo, un **régimen de responsabilidad global de la administración**, no circunscrito a concretos sectores de su actividad, rompió doblemente, y de una forma particularmente brusca, con la situación anterior de 1950; no sólo reconoció de forma general (más allá del ámbito local), la responsabilidad extracontractual de la administración española, poniendo fin con ello, a una tradición multi-secular de irresponsabilidad administrativa, sino que además estableció un régimen de responsabilidad objetiva global, completamente ajeno a la idea de culpa.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Madrid, Instituto de estudios políticos. 1956 (reeditado por Civitas - Madrid - en 1984). p. 216.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Ob. cit. p. 175 - 1777.

La administración española, pasó de la más absoluta de las irresponsabilidades a la responsabilidad más absoluta, sin detenerse en el estadio intermedio más generalizado de la responsabilidad por culpa. Unos cuantos preceptos de la LEF hicieron que la Administración, de ser el sujeto menos responsable del ordenamiento jurídico español, pasara a ser el único sometido a una responsabilidad objetiva global, extendida a todos los sectores de su actividad. Seguidamente, el sistema de la responsabilidad administrativa de la LEF, fue reconocido poco después por la Ley del Régimen Jurídico Patrimonial de la Administración del Estado (LRJPAC) de 1957²⁰. Esta Ley, en el Art. 40 y siguientes, mantuvo el régimen de responsabilidad objetiva global establecido por la LEF, mejorándolo técnicamente y aclarado algunas dudas que había suscitado la regulación de 1954. La cláusula general y los requisitos exigidos al daño quedaron contenidos en su mismo precepto, en el Art. 40 d) del siguiente modo:

- “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en la vía contenciosa”.
- “2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (...)”.

Así, el legislador de 1957, al reconocer la responsabilidad - objetiva - de la administración en la Ley básica de la **organización** administrativa estatal, (LRJAE) la consolidó y le dio una mayor solemnidad hasta que fue derogada por la Ley Nº 30 /1992 de 26 Nov 1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC). El hito más importante, sin lugar a dudas, de la posterior evolución de la institución de la responsabilidad administrativa en

²⁰ Texto aprobado por Decreto de 26 Jul 1957.

España ha sido su reconocimiento por parte de la Constitución de 1978. La propia concepción constitucional de la Administración Pública española se vincula de forma esencial al sometimiento a responsabilidad extracontractual por los daños que su actuación pueda ocasionar: La Constitución, en efecto, da el espaldarazo definitivo al principio de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas, al preverlo en los Arts. 9.3, 149.1.18 y 106.2. Según este último precepto: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Un simple cotejo con la normativa precedente, pone de relieve la existencia de una coincidencia prácticamente total entre la cláusula general de responsabilidad administrativa recogida en el texto constitucional y la prevista en el Art. 121.1 de LEF y 40.1 de la LRJAE. Coincidencia que llevó a la generalidad de la doctrina a considerar que el referido Art. 106.2 de la Constitución española se ha limitado a constitucionalizar, elevándolo al máximo rango normativo, el principio de la responsabilidad contenido en la normativa administrativa precedente, sin introducir ningún cambio relevante. Por ello la expresión constitucional de "funcionamiento de los servicios públicos" ha sido objeto de interpretación orgánica de la LEF y de la LRJAE: "funcionamiento de los servicios públicos" como sinónimo del "giro o tráfico administrativo", esto es, como sinónimo de toda actividad de la administración pública, con la sola excepción de la desarrollada en relaciones de Derecho Privado.

"Artículo 139.1 "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administración Pública 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**". Mantiene, los requisitos tradicionalmente exigidos al **daño**, en el **Artículo**

lo 139.2: “en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a **persona o grupo de personas**”.

Una única novedad con incidencia en las bases del **sistema** es la definición genérica del **concepto lesión indemnizable** efectuada en el Art. 141.1 LRJPAC del siguiente modo: “tendrá la consideración de lesión indemnizable aquel daño que - reuniendo los requisitos transcritos en el Art. 139. 2 LRJPAC - el particular “o tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo a Ley”. Pero, se trata de una novedad más aparente que real, por cuanto que el concepto del requisito de la lesión se encontraba ya consolidada por la doctrina desde la aprobación de la LEF.

La LRJPAC ha sido objeto de una importante reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, del 13 Ene 1999 que introdujo cambios destacables en la regulación del sistema de **responsabilidad** administrativa de la LRJPAC, sin alterar las bases del sistema, dejando intactos los apartados primero y segundo del Art. 139 LRJPAC y manteniendo, por ello, el **carácter objetivo** de la responsabilidad de la **administración**. No afecta el carácter objetivo de la responsabilidad de la **Administración** española, el importante inciso añadido por la Ley 4/1999 al Art. 141.1 LRJPAC. Según el nuevo inciso: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever y evitar según **el estado** de los acontecimientos de **la ciencia** y de la técnica existentes al momento de la **producción** de aquellos, ello sin perjuicio de las **prestaciones** asistenciales económicos que las **leyes** puedan establecer para estos casos”. En el Perú, el desempeño de los Magistrados del Tribunal viene siendo cuestionado por lo que se comenta sobre un proyecto de acusación constitucional por la comisión del delito de prevaricato por Magistrados del TC, discutiéndose la posibilidad de que las sentencias sin fundamento del Tribunal Constitucional sean consideradas causales de infracción. Temas estos que paso a comentarlos.

“¿PROCEDE LA ACUSACION CONSTITUCIONAL POR LA COMISION DEL DELITO DE PREVARICATO POR MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONA?”^{21 22}

Entre las cuestiones que resultan de importancia aclarar una de primera trascendencia es la relativa a la posibilidad de que los magistrados del Tribunal Constitucional puedan ser objeto de una denuncia y acusación constitucional por un delito cometido en el ejercicio de sus funciones. En la memoria colectiva aún está presente el juicio político que concluyó con la destitución de los magistrados Revoredo Marsano de Mur, Aguirre Roca, y Rey Terry a propósito del desarrollo de su actividad jurisdiccional cuando se reconocieron con la facultad de realizar el control constitucional difuso además del control concentrado, a propósito de la acción de inconstitucionalidad contra la ley mediante la cual se reconoció la doble reelección presidencial.

En el ejercicio de su actividad jurisdiccional los magistrados destituidos sustentaron su fallo apelando al precepto que recoge el Art. 138 de la Constitución, que señala que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Si bien la destitución se produjo como resultado de un juicio político por infracción constitucional, queda sin definir si es posi-

²¹ Este artículo fue publicado en Palestra del Tribunal Constitucional, Revista de Doctrina y Jurisprudencia, Vol. XXXIV, Lima, Oct 2008, pp.113-131. En él examina la cuestión sobre la posibilidad de que los jueces de la constitucionalidad cometan delito de prevaricato y, por lo tanto, pueden ser acusados en un antejuicio político. Luego de sustentar dicha posibilidad plantea la revisión de la comprensión del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, y sugiere que el traslado de esta dimensión válida para otros sistemas políticos no es asimilable al Perú, en particular por el papel que sí tiene el Congreso como órgano de control político de la constitucionalidad.

²² DELGADO - GUEMBES, César, especialista y profesor de Derecho Parlamentario, y tiene experiencia en la gestión del parlamento peruano desde 1980, institución en la que ha ocupado los más altos cargos como funcionario, desempeñándose como Sub Oficial Mayor de la Cámara de Diputados bajo el régimen bicameral que concluyó en 1992, y como Oficial Mayor durante el año 2003. Actualmente se desempeña como funcionario en el Congreso de la República a cargo del Centro de Documentación y Biblioteca.

ble una acusación constitucional, en sede de antejuicio político, por la comisión de un delito en el ejercicio de la función jurisdiccional y no sólo de una infracción constitucional.

Este texto no ha sido preparado con el propósito de revisar la feliz corrección del grave error político en que consistió la destitución de los ilustres magistrados, a los que se sancionó por el ejercicio limpio de la función jurisdiccional. La finalidad de esta exploración tiene una motivación carente de vínculo con la realidad histórica. Es un examen eminentemente exploratorio y se formula en el plano de la Teoría del Derecho. En él se pretende examinar la posibilidad abstracta de comisión del delito de prevaricato por los magistrados del Tribunal Constitucional, como consecuencia de lo cual quepa denunciar o acusar constitucionalmente a los miembros de dicho órgano jurisdiccional. No supone, por lo tanto, referencia ni insinuación alguna a la posible, eventual ni efectiva comisión del mismo por Magistrado alguno. No se pretende que de este examen resulte una forma anticipada, directa ni indirecta, de eventual adjudicación de responsabilidad personal entre los miembros del Tribunal Constitucional en caso alguno. El alcance de este análisis se agota en la presentación del sustento que permita definir el marco normativo en el cual quepa encontrar respuesta a las cuestiones planteadas.

La utilidad de estas reflexiones se encuentra en la comprensión integral de la estructura y el marco que permite comprender mejor los alcances del carácter interdependiente del régimen político. Así como el régimen político prevé y supone que los actos legislativos del Congreso pueden ser objeto de control jurisdiccional por el Tribunal Constitucional, el mismo régimen también reconoce el control de la actividad funcional de agentes del Estado a través del proceso de acusación constitucional. El reconocimiento del Congreso como instancia de control del ejercicio funcional de los miembros de órganos jurisdiccionales le da un perfil singular a una institución como el Tribunal Constitucional, el que, siguiendo la doctrina importada de latitudes en las que no existe el tipo de control de estos entes por el Congreso, se considera y define como supremo intérprete de la Constitución. En el Perú la institución

del antejuicio relativiza el carácter supremo con que suele conocerse en otras latitudes. Y si a ello se suma, que en el régimen constitucional peruano se reconoce el principio de la soberanía popular del poder y del Estado, así como la potestad de control político de la constitucionalidad a cargo del Congreso, estos aspectos posicionan al Tribunal Constitucional en un papel que dista mucho del rol hegemónico con el que la corriente dominante de la doctrina jurídica nacional lo percibe.

- El problema

El Tribunal Constitucional está integrado por magistrados designados por el Congreso, y su mandato tiene un plazo de duración determinado que según el Art. 201 de la Constitución es de 5 años, no permitiéndose su reelección inmediata. Adicionalmente no son parte del Poder Judicial, ni durante su ejercicio son parte de los cuerpos especializados que se integran orgánicamente en dicho poder del Estado. De igual modo, el Art. 201 de la Constitución dispone que los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas.

En atención a las disposiciones referidas surgen tres dudas:

- La primera duda es la relativa a si es posible que, siendo así que los magistrados del Tribunal Constitucional no integran formalmente el Poder Judicial y no correspondiéndoles por tanto el estatus de magistrados dentro de la carrera judicial, les sea exigible el cumplimiento de las mismas reglas penales que rigen a los magistrados ordinarios respecto a la posible comisión del delito de prevaricato.
- La segunda duda se refiere al alcance de la prerrogativa de la inviolabilidad de votos y opiniones, como supuesto que exima de responsabilidad penal a los magistrados a quienes la Constitución reconoce dicha inviolabilidad.
- Y la tercera duda es la asociada a la supuesta hegemonía del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución a la luz del papel que le corresponde al Congreso como órgano de control sobre la regularidad funcional de los operadores del sistema jurisdiccional nacional.

- Las cuestiones relevantes y las hipótesis

En consecuencia, con las dudas derivadas de los problemas que confronta la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales, es pertinente plantear las siguientes preguntas de índole constitucional:

- (1) ¿Cabe que los magistrados del Tribunal Constitucional sean sujetos activos del delito de prevaricato?
- (2) ¿Qué alcance tiene la prerrogativa de la inviolabilidad de votos y opiniones como causal de exención de responsabilidad penal de los magistrados? ; y,
- (3) ¿Qué alcance tiene el reconocimiento del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, en circunstancias en las que los magistrados pudieran ser objeto de acusación constitucional por el irregular dictado de resoluciones en su ejercicio jurisdiccional?.

A título de propuesta o hipótesis, cabe plantear que los magistrados del Tribunal Constitucional sí son responsables por la tutela jurisdiccional que la Constitución garantiza. No existiendo cláusula constitucional que exima de responsabilidad por el ilícito ejercicio de la función jurisdiccional a los Magistrados del Tribunal Constitucional, y en su calidad de jueces constitucionales que se desempeñan en puestos estatales a los que corresponde la administración de justicia, no debe exonerárselos de la rendición de cuentas por la función que se les encarga. El principio en que se sustentaría tal hipótesis es que es inherente a la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho que ningún funcionario sea liberado de comparecer y dar cuenta por el idóneo y diligente ejercicio de las funciones, y que la ilicitud no es condonada con irresponsabilidad en ningún nivel estatal.

En cuanto a la segunda cuestión, la hipótesis a revisar sería que la inviolabilidad de votos y opiniones no excusa ni exime de la responsabilidad por los excesos o deficiencias que pudieran cometerse en ejercicio de la función. La inviolabilidad de votos y opiniones no puede configurar un parapeto para condonar la comisión de la ilicitud. Prerrogativas como la de la inviolabilidad son, en principio, un recurso que sirve para proteger el regular y adecuado desenvolvimiento del Estado a tra-

vés de funcionarios a los que se reconoce dicha prerrogativa. Por lo tanto, el funcionamiento de un órgano estatal al que se reconoce la prerrogativa de la inviolabilidad no protege ni irresponsabiliza al funcionario que, distorsionando el regular ejercicio o desempeño de la función jurisdiccional incurre en un delito tipificado en el Art. 418 del Código Penal.

En cuanto a la tercera cuestión, la hipótesis que cabe anticipar es que el carácter supremo de la potestad del Tribunal Constitucional resulta de la importación de un concepto importado de latitudes en las que no existe ni se reconoce el proceso de antejuicio político, y por lo tanto no guarda coherencia con el régimen político peruano, donde los actos jurisdiccionales sí pueden ser objeto de control por el Congreso, como agente estatal que se representa la soberanía política de la república.

- Dimensiones del delito de prevaricato

El delito de prevaricato se considera un crimen de lesa majestad por menoscabo de la potestad de imperio del Estado, y por configurar una forma de ofensa al decoro de la autoridad pública. Es una forma de deslealtad al Estado al que se subordina el magistrado a cargo de la justicia de la república. En el prevaricato se falta a una obligación funcional que se jura cumplir. Es, por tanto, una infracción del funcionario de la magistratura en contra del Estado. Pero además supone un agravio en contra de la sociedad. El juez está obligado a actuar según derecho en ejercicio de funciones que desempeña en nombre y por encargo del Estado, y la ofensa cometida lesiona la dignidad con que está investido quien actúa como magistrado encargado de asegurar el orden normativo del Estado, pero la falta que pudiera cometer en esta competencia al actuar como agente del Estado, además, tiene el carácter de una contravención contra la tutela jurisdiccional que garantiza el Estado a la sociedad.

Los alcances del agravio en relación con la garantía de la tutela jurisdiccional puede comprender las diversas dimensiones que ella cubre tales como el acceso a la jurisdicción, el derecho a que se dicte una sentencia motivada y sustentada en derecho, el pronunciamiento sobre el

fondo de la pretensión o del asunto legal cuestionado, el derecho a los recursos legales, el derecho a la ejecución de lo juzgado, el derecho a la inamovilidad o intangibilidad de los pronunciamientos judiciales.

- Estructura y elementos del delito de prevaricato

En principio, la acción delictiva es de carácter instantáneo y se concreta en el acto jurisdiccional ordenado o dispuesto por la autoridad jurisdiccional. El acto jurisdiccional agravante puede realizarse por acción o por omisión. Este es un delito de resultado, porque se configura como un acto jurisdiccional material en que se concreta la ilicitud. Es la acción u omisión negligente o imperfecta la que ocasiona el resultado, pero en sí misma la prevaricación, como con el delito de homicidio, es sancionado por el daño ocurrido contra el bien jurídico protegido en el tipo delictivo.

En cuanto a la regulación del tipo legal su comisión debe adecuarse al tipo que el Código Penal establece. Así el Art. 418 regula que el Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Para comprender la disposición consignada se analiza a continuación cada uno de los elementos del tipo delictivo:

1. El bien jurídico tutelado

El bien protegido en la persecución del delito de prevaricato es, en principio, la correcta administración de justicia por el Estado en servicio de la comunidad, la misma que es responsabilidad central en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los jueces. El significado y trascendencia constitucional se define a partir del propio texto constitucional. Según el Art. 138 de la Constitución la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Este precepto supone la independencia de la magistratura para administrar justicia en exclusiva sumisión y sometimiento a la ley. Los jueces son independientes en sus fallos, no se deben a otra autoridad jurisdiccional, no

obstante la estructura jerárquica o jerarquizada del servicio público del que son parte. Tampoco, obviamente, dependen de autoridad política alguna, ni deben comprender su tarea como una función de articulación transacción con intereses privados. Su responsabilidad es conocer la ley y aplicarla con la finalidad de afirmar la justicia como valor ético y político al que se debe el Derecho.

Es en este sentido que se entiende la administración de justicia como un servicio público que el Estado garantiza a la comunidad, el que se asegura y ofrece por intermedio de los funcionarios o agentes a quienes se les confiere el mandato de decir el Derecho de forma definitiva e incontestable a través de sus fallos. La administración de justicia por la que es responsable el Estado se honra a través de la relación de confianza que se genera con la designación de los funcionarios competentes de desempeñarla. En el proceso de administración de justicia, que los agentes jurisdiccionales del Estado ejercitan, se entiende que éste se cumple con la expectativa de la comunidad, con el pueblo, a quien se reconoce la titularidad suprema y superior a la de cualquier otro poder constituido, incluso encima del propio poder y supremacía del Estado. De ahí la trascendencia y valor público que están en la obligación de tutelar quienes ocupan un puesto como magistrados en ejercicio de funciones jurisdiccionales. De estos funcionarios depende que las leyes rijan y que se respeten los procesos que la Constitución y las leyes consagran. Por lo tanto, una falta en esta función y deber se considera una falta que configura una afrenta contra el Estado en concreto, pero contra toda la comunidad en general. Es una misión central de los órganos jurisdiccionales la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, los que en razón a una inaplicación de la ley son objeto de impugnación ante los órganos responsables de la administración de justicia.

El entendimiento y comprensión del bien que la ley protege en la consagración del delito de prevaricado es la infracción al deber funcional frente al Estado. Cualquier exceso o abuso en el desempeño de la función jurisdiccional representa el quebrantamiento del encargo recibido para actuar en nombre y por cuenta del Estado. El exceso o abuso de las funciones constituye una forma de traición a la confianza deposita-

da y recibida para proteger a la sociedad a través del desempeño de una función estatal. La gravedad del agravio se origina en el innegable carácter impositivo y vinculante de las resoluciones que están facultados de emitir los jueces. El uso inadecuado o impropio de la facultad con que están investidos es un daño y un perjuicio contra la comunidad a la que el Estado sirve a través de los funcionarios a cargo de la gestión funcional de la justicia.

2. El sujeto activo

Según una lectura literal y restrictiva del Art. 418 del Código Penal sólo serían posibles sujetos activos del delito los jueces y fiscales de la jurisdicción ordinaria, que forman el servicio judicial del Estado en un cuerpo único. Sin embargo, una lectura tal supondría la incompleta comprensión de la naturaleza de la función jurisdiccional y por tanto, la exclusión de otros niveles estatales en los que se desempeña la misma función. El ejercicio de la función jurisdiccional incluye, por ejemplo, a los magistrados provisionales o a los suplentes. La literalidad de la lectura, ¿acaso excluiría los cargos jurisdiccionales que no quedan precisados explícitamente en el texto del Art. 418? ¿Y ello, no obstante existir norma que señala que dicho tipo de magistrados, cuentan con igualdad de facultades y funciones que los titulares?

De modo similar, el sistema jurídico nacional reconoce que la función jurisdiccional es igualmente ejercida por los árbitros, y por los jueces de la jurisdicción militar. Cuando unos y otros resuelven con carácter impositivo y vinculante los casos que las partes someten a su competencia lo hacen en similares condiciones a las que les corresponde a los jueces. Por ello, los fallos o resoluciones que emiten árbitros o jueces militares tienen iguales alcances que los que emiten los jueces en la jurisdicción ordinaria, sean magistrados titulares, provisionales o suplentes, y ello aún cuando no sean parte del mismo cuerpo orgánico ni de la carrera judicial. Se ve pues cómo la literalidad no solucionaría sino que desnaturalizaría la finalidad del sistema jurisdiccional. La lectura literal circunscribiría de modo irrazonable la lógica de la norma penal, excluyendo de responsabilidad penal a algunos funcionarios que desempeñan función jurisdiccional, imponiéndoles además una carga

desproporcionada sólo a aquellos magistrados titulares, eximiéndolos de responsabilidades que pudieran cometer cuando actúan funcionalmente produciendo el mismo tipo de resultados jurisdiccionales que los que están facultados a causar y generar los magistrados titulares. Y la gravedad de tal despropósito es tanto más grande cuanto que quienes no son titulares lo hacen como si lo fueran, pero se les excluiría en la sanción de responsabilidades con un beneficio desigual a la magnitud de la potestad que ejercitan en nombre del Estado y de la sociedad.

Es en este marco en el que se debe considerar e incluir como posible sujeto activo del delito de prevaricato a los Magistrados del Tribunal Constitucional. Si la función jurisdiccional en el Estado es una, y si a los Magistrados del Tribunal Constitucional les compete tres funciones jurisdiccionales básicas, siendo por ello exigibles la posible y eventual responsabilidad por las infracciones o agravios que pudieran cometer en el ejercicio del mandato jurisdiccional del que son titulares en el órgano estatal en el que sirven.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional, en efecto, administran justicia constitucional, sentencia en sede de libertades constitucionales sobre acciones de garantía que previamente son competencia de la justicia ordinaria, y son el órgano competente en materia de administración de conflictos de competencia entre los diversos órganos del Estado. Los bienes que le corresponde proteger son todos bienes jurídicos y su acción entraña la responsabilidad de decidir en última instancia en el fuero jurisdiccional de nivel nacional. Sus fallos o resoluciones tienen naturaleza y efectos jurisdiccionales. Su jurisprudencia es de obligatorio cumplimiento no sólo por la justicia ordinaria sino también por todo otro órgano del Estado.

Dentro la naturaleza unitaria de la función jurisdiccional a la que obedece la administración de justicia del Estado que comprende los niveles y órganos referidos, se entiende que obedece al mismo concepto unitario de las responsabilidades exigibles a los mismos órganos y niveles. No a un concepto corporativo ni estamental. Los diferentes estratos e instancias a cargo de la atribución jurisdiccional forman parte de un

mismo cuerpo funcional en el Estado, independientemente de su denominación u organización. Es una relación funcional y situacional, antes que orgánica. Por esta razón cabe colegir que al ejercicio unitario de la función jurisdiccional no le corresponden potestades y autoridad en beneficio de unos, sin que a todos igualmente les corresponda asumir las responsabilidades que el exceso o abuso impone. La asimetría de tal visión no se compadece con la organización constitucional del Estado que no prevé la inequidad en la atribución de responsabilidades de unos, eximiendo de exigibilidad la de otros a quienes sólo se les reserva potestades y facultades.

En armonía con los alcances expuestos cabe deducir, a título de precisión, la puntual referencia de carácter conceptual, en relación con el sujeto activo a quien se exige responsabilidad, de que tal exigencia compromete necesariamente a la integridad del cuerpo de magistrados que dicta resolución en la comisión de este delito. Se sigue de las razones precedentes que si el daño jurisdiccional se ocasiona con la emisión de una resolución, y ésta resulta de un acto colectivo y no singular, por lo tanto, todos los magistrados que concurren y participan en el dictado de la resolución prevaricadora puedan resultar responsables en la condición de coautores del mismo delito. Sólo se liberan de la eventual comisión del delito quienes salvan su voto emitiendo uno singular, los que estuvieron ausentes en el acto en que se adopta el acuerdo y se dicta la resolución, o quienes expresan su inhibición y la sustentan en causal idónea que no suponga una modalidad de sesgar o afectar el resultado.

3. La acción típica y los resultados producidos

Siendo un delito de resultado, se valora la acción o la omisión en función de la lesión causada en el bien jurídico. Por tanto, lo que se sanciona es el daño efectivo cometido a través del acto de prevaricación. Hay pena por la lesión específica o concreta contra el derecho a la tutela jurisdiccional, el mismo que ocurre y es causado mediante el ejercicio inadecuado, negligente o incompetente de la función jurisdiccional. El resultado es consecuencia de la acción u omisión impropia en el cumplimiento defectuoso o imperfecto de la función jurisdiccional. El daño

social es el resultado que se causa por el indebido cumplimiento de un deber constitucional en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es la acción contraria al deber del funcionario en ejercicio de una función estatal, y no el resultado efectivo que tal acción causa, lo que se selecciona como conducta punible. El delito de prevaricato puede consistir en una acción cuyo resultado efectivo se advierte en cuatro distintos tipos de situaciones.

La primera previsión es, que la acción u omisión de un juez o fiscal se configure como un acto consistente en resolución o dictamen manifiestamente contrario a una norma expresa. La segunda, es que el acto del juez o fiscal constituya en la cita, una prueba inexistente. La tercera, que el acto del juez o fiscal sea una cita de un hecho falso. La cuarta, es que la acción u omisión se refiera a la referencia invocada a una ley supuesta o derogada.

En cualquiera de los cuatro supuestos de la acción la conducta penada es la producción de un resultado contrario al bien por cuya tutela es responsable el magistrado. Es una acción contraria al deber que está obligado a cumplir un funcionario que, en nombre del Estado, tiene la misión funcional de proteger jurisdiccionalmente cualquier bien jurídico sobre el que le corresponda pronunciarse. Y es, una acción que, siendo inherente al deber y función elemental del magistrado realizar conforme a derecho según corresponde a la naturaleza de la función jurisdiccional, configura y consiste en una acción antijurídica. La acción del magistrado es una acción contraria a Derecho. Las modalidades en las que dicha acción se manifiesta se entienden todas referidas a actos de carácter jurisdiccional, actos cumplidos en ejercicio de la función jurisdiccional, durante el ejercicio de la función jurisdiccional, o con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional, siempre que en cualquiera de dichos casos se afecte en cualquier forma la protección o tutela jurisdiccional por la que son responsables los magistrados ante la comunidad. El Art. 418 distingue dos aspectos o situaciones. En una primera línea de cobertura, se encuentran los actos que consisten en resoluciones o dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley; y en una segunda, de carácter más general, en la que los ac-

tos no están relacionados con resultados relacionados a resoluciones dictadas o dictámenes emitidos, sino con la simple producción de cualquier otro tipo de acto jurisdiccional en el que citen pruebas inexistentes, hechos falsos, o se sustenten en leyes supuestas o derogadas.

Los alcances del tipo penal, por lo tanto, en cuanto a la acción sancionada, son más amplios en el segundo grupo de actos. En el primero se prevé exclusivamente aquellos actos jurisdiccionales que se concretan en una resolución judicial, o en un dictamen fiscal. En relación con este tipo de productos jurisdiccionales se exige que el resultado consista en una resolución o dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley. En todas las otras modalidades de acción tipificadas la referencia no se extiende a las resoluciones o dictámenes, y por lo tanto cubre cualquier otro tipo de acto que en el ejercicio de la función jurisdiccional tuviera las características resaltadas y, por lo tanto, consista en cita de pruebas inexistentes, hechos falsos, o se sustenten en leyes supuestas o derogadas.

Es importante reparar que el delito de prevaricato, aún cuando no lo reñera explícitamente el Art. 418 debe entenderse referido a la comisión u omisión de actos jurisdiccionales contrarios a la ley. No lo son cualesquier otro tipo de acto que, en el ejercicio de la función de un magistrado, no tenga el carácter de jurisdiccional. Lo que castiga el delito de prevaricato no es cualquier acto de un funcionario responsable por la tutela jurisdiccional de la colectividad, sino sólo aquellos actos en los que tal tutela se concrete. Por lo tanto, debiera entenderse que quedan al margen de la cobertura del delito los actos normativos o administrativos que no estén directamente vinculados ni que afecten el desempeño de la función jurisdiccional. Todo otro acto, normativo o administrativo, mediante el cual se afecte directamente el desempeño efectivo de la función jurisdiccional sí estaría incluido en el marco del tipo de acción cubierta por el delito de prevaricato.

Una última cuestión es la relativa a la posibilidad de que el delito de prevaricato consista, según el Art. 418, en una conducta omisiva. Según lo prevé el precepto de esta norma lo que se sanciona es que se

concrete el debido cumplimiento de la función jurisdiccional. Esto es, la acción correcta, concreta y manifiesta, que se advierte y aparece tangiblemente en el desempeño de la función en nombre y por cuenta del Estado. De la acción impropia o insatisfactoria del magistrado en el ejercicio se infiere que se omitió cumplirla diligentemente. Sin embargo, el delito de prevaricato no sanciona la omisión en general, sino la performance defectuosa o insuficiente del deber del funcional en ejercicio de la función jurisdiccional. Por esta razón, aunque no sea de fácil sustentación, es posible incurrir en delito de prevaricato cuando se produce la omisión en el deber de invocar o aplicar la norma relevante o pertinente, cuando esta existe pero no se registra su reconocimiento ni existencia en la resolución o dictamen. De ahí que quepa pues la acción cuando se invoca y aplica una norma que no rige o rige impropia-mente los supuestos de hecho. Pero, recíprocamente, cabe la omisión cuando se deja de invocar o aplicar la norma idónea cuando ésta existe y se la ignora o desconoce.

En este mismo contexto cabe, además, el impropio ejercicio de la función jurisdiccional en ausencia de norma expresa, no obstante lo cual el operador de la función jurisdiccional está obligado a resolver. Es un principio en el ejercicio de la función jurisdiccional que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, y que en tal supuesto deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Por esta razón el **non liquet**, que es como se conoce al principio referido, deja margen para interpretar y aplicar la ley, aún cuando no existiera un enunciado normativo expreso. Si ocurriera que el magistrado no resuelve por ausencia de norma, o resuelve identificando o aplicando incorrectamente los principios generales del Derecho, o el Derecho Consuetudinario, según los casos, también es factible la comisión del delito de prevaricato.

Una acción u omisión defectuosa, insatisfactoria o impropia supone, por lo tanto, el desempeño negligente o descuidado. El funcionario jurisdiccional actúa con impericia e incompetencia. Es irrelevante la intención o direccionamiento de la voluntad de dañar a la sociedad o a quienes confían en la adecuada tutela que la jurisdicción está llamada a

garantizar constitucionalmente en nombre del Estado a la sociedad. El daño se produce no porque exista intención de causarlo, sino porque el juicio ni la voluntad de ejercitar correctamente el deber jurisdiccional no se haya cumplido según las exigencias y estándares mínimos de cumplimiento de la función jurisdiccional. Se trata del incumplimiento, o del cumplimiento parcial o defectuoso del deber que en nombre del Estado desempeña quien tiene la misión constitucional de resolver conflictos, de administrar justicia, de tutelar el correcto ejercicio de la jurisdicción y de proteger los derechos fundamentales de la colectividad. La capacidad cognitiva del magistrado tiene la condición de insatisfactoria. La competencia cognitiva que debió ejercitar no estuvo apropiadamente ejercitada. Existe descuido cognitivo. No se informó o no evaluó diligentemente el marco normativo de cuyo conocimiento es plenamente responsable.

De otro lado, la voluntad del magistrado es una voluntad dirigida impropriamente al cumplimiento de la función. Es una voluntad inadecuadamente aplicada a la tarea jurisdiccional. No es relevante la intencionalidad de dañar a la persona afectada ni a la sociedad. Tampoco es relevante si hubo o no intención de descuidar el cumplimiento del deber jurisdiccional. Tanto por las incompetencias cognitivas en el conocimiento, la interpretación o las condiciones de aplicación de la ley, como por la actitud volitiva impropriamente dirigida al cumplimiento diligente de la función jurisdiccional, lo que se castiga son los actos mal realizados o ejecutados.

Por último, es necesario precisar que lo decisivo del tipo es que en el marco de todos los posibles actos jurisdiccionales arbitrarios, irrazonables o erróneos, el tipo legal selecciona los que opta por sancionar. No es cualquier tipo de acto jurisdiccional, resolución judicial ni dictamen fiscal. En el universo de los actos, resoluciones y dictámenes arbitrarios, irrazonables o erróneos el legislador aísla específicamente aquellos que constan en el tipo recogido en el Art. 418. Lo que se prohíbe no es cualquier acción jurisdiccional arbitraria, irrazonable o errónea. Sólo aquellas acciones que puntualmente se circunscribe en el texto de la norma.

4. Las excepciones en la antijuridicidad

Se reconoce que el delito de prevaricato es una situación que se opone o atenta contra normas o principios de convivencia política. Es causal que exime de la antijuridicidad la legítima defensa, el estado de necesidad, la práctica de actos permitidos por la ley, actuar de conformidad con los deberes de función, u obrar por disposición de la ley. La comisión del delito de prevaricato queda excluida si se demuestra que la norma aplicada era la norma vigente, y era la norma relevante a la situación en la que ésta se aplicó. Si ocurre que no existiera este supuesto cabe la comisión del delito. Lo que debe probarse para definir la eventual responsabilidad del magistrado es que la norma invocada por cuya aplicación se lo responsabiliza, o la norma no invocada por cuya no aplicación sería culpable, no es la que corresponde a los supuestos materiales de hecho, o la que debiendo invocar y aplicar no se invocó ni aplicó, respectivamente.

La acción del magistrado es antijurídica si por su imprevisión o descuido procede sin valorar adecuadamente la naturaleza de la función jurisdiccional que ha asumido. Es la negligencia, imprevisión, o descuido lo que actúa como causa del daño al bien penalmente protegido. Si el magistrado no dirigió apropiadamente su atención al efectivo e idóneo desempeño de su deber, es su insatisfactoria atención en tal sentido la que tiene el carácter de punible. Son casos en los que el funcionario a cargo de la función jurisdiccional subestima los alcances de su misión y responsabilidad, y se representa su tarea sin tomar en cuenta el deber de aplicar la norma pertinente, o carece de la necesaria perspicacia para darse cuenta de las consecuencias del desempeño inidóneo, insatisfactorio o defectuoso de su función. No es antijurídica la conducta ni la acción del magistrado si, contrariamente, es probable o demostrable que la norma invocada o aplicada sí reúne las condiciones o requisitos necesarios para considerarla como una norma razonablemente aplicable a los supuestos materiales de hecho a los que se aplicó. Si existen argumentos suficientes para validar la aplicación contenida en la resolución o el dictamen la consecuencia es que la conducta o la acción del magistrado no son antijurídicas. Y si existen no cabe reproche por conducta delictiva.

- Límites y alcances de la prerrogativa de inviolabilidad de votos y opiniones

El Art. 18 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional señala que los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad e inmunidad. No responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su función. No pueden ser detenidos ni procesados penalmente sin autorización del Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito. Las prerrogativas reconocidas a los Magistrados del Tribunal Constitucional son las inmunidades de proceso y arresto, y la inviolabilidad de votos y opiniones. La inmunidad de proceso y arresto se aplica a la eventual comisión de delitos comunes por quienes desempeñan la función jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional. No es, por tanto, un supuesto relevante a la cuestión bajo análisis.

Sí es relevante la consideración de la relación entre la inviolabilidad de votos y opiniones, y la eventual comisión de un delito en el ejercicio de la función. Una lectura simple y radical de esta prerrogativa llevaría a la postulación de que la inviolabilidad de votos y opiniones cubre por entero la posibilidad de denuncia contra un Magistrado del Tribunal Constitucional. Tal planteamiento resultaría de la postulación de la inviolabilidad de votos y opiniones como una medida que anula cualquier posibilidad de responsabilización por actos jurisdiccionales, esto es, por actos realizados por los operadores de la función jurisdiccional en el ejercicio de dicha función. Sin embargo, una pretensión de tal alcance no se compatibilizaría con un principio elemental en toda organización política, como lo es la necesaria exigencia de responsabilidad por los actos impropios o que exceden los alcances de la función. Debe existir un espacio en el que quepa discutir si el ejercicio fue un ejercicio diligente e idóneo de la función, o si ésta se desempeñó de forma irregular. La prerrogativa de la inviolabilidad de votos y opiniones no es una cláusula de intangibilidad del funcionario a quien la Constitución se la reconoce.

¿Qué sentido tendría, si no, en el ordenamiento constitucional el reconocimiento de la prerrogativa del antejuicio político si no es para ventilar y discutir los modos en los que se desempeñan los magistrados del Tribunal Constitucional? ¿Qué sentido tendría, igualmente, que en el Código Penal se prevea

precisamente el delito de prevaricato como una acción ilícita cometible por quien en ejercicio de la función jurisdiccional desempeña ésta de modo impropio, negligente o descuidado?

En efecto, en el antejuicio político el objetivo es evaluar el desempeño de la conducta funcional de los altos funcionarios a quienes esta prerrogativa les es reconocida.

¿Cuáles son los extremos en los que se concreta la conducta funcional de los magistrados si no es, en principio, el desempeño concreto de la función jurisdiccional a través de la acción de enjuiciar y resolver sobre asuntos sometidos a consideración del Tribunal?

¿Qué justificación tendría prever el recurso al antejuicio si la inviolabilidad de votos y opiniones sería un mecanismo que anula la exigibilidad de la responsabilidad por actos propios de la función?

La inviolabilidad de votos y opiniones existe como una medida de protección para el ejercicio independiente de la función. Por esta razón es que ha sido una tendencia más o menos constante en el Congreso la de declarar improcedentes las solicitudes de levantamiento de la inmunidad del proceso generadas por querellas en las que se ventila la comisión de delitos contra el honor, tales como calumnias, injurias o difamación. Otro es el caso, sin embargo, cuando no se trata de actos funcionales en los que el daño alegado no es la fama o el honor de una persona, sino el incumplimiento de deberes funcionales cuya consecuencia es el perjuicio respecto de bienes constitucionales colectivos, tales como la insatisfactoria protección del principio de la tutela jurisdiccional.

"PLANTEAN QUE SENTENCIAS SIN FUNDAMENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SEAN CAUSALES DE INFRACCION

Lima, abr. 16 (ANDINA). Los magistrados del Tribunal Constitucional (TC) podrían incurrir en infracción de la Carta Magna cuando emiten sentencias y resoluciones carentes de la debida motivación, señala un proyecto de ley presentado por la congresista Mercedes Cabanillas. La iniciativa propone modificar los Arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precisando sus competencias y los mecanismos de control. La propuesta establece que se incurre en presunta

infracción constitucional cuando las resoluciones contengan argumentos que no coincidan con el sentido final de la decisión, o cuando el fallo presente una manifiesta falta de congruencia entre sus fundamentos.

Asimismo, considera "infracción enunciativa" a la Carta Magna la emisión de sentencias y resoluciones que impliquen un desconocimiento de las competencias asignadas directamente por la Constitución a otros órganos del Estado.

La propuesta legal también señala como una infracción enunciativa cuando, vía una interpretación, se modifique el contenido o el sentido de las normas sujetas a control constitucional. Este planteamiento también incluye las resoluciones que omitan hacer de conocimiento del Congreso de la República los vacíos normativos que se hayan identificado como consecuencia de la labor de control constitucional que ejerce el TC. La iniciativa legislativa establece que de incurrirse en alguno de los casos, el Parlamento procederá de acuerdo con los Arts. 99 y 100 de la Carta Magna, relacionados con el antejuicio constitucional.

Procesos

La propuesta establece que en los procesos de inconstitucionalidad, el TC se limitará a evaluar la compatibilidad de la norma impugnada con la Carta Magna, a fin de establecer si debe permanecer o ser retirada del ordenamiento jurídico.

Conclusiones:

- 1) Actualmente, todo acto daño es materia de indemnización, aún cuando este sea causado por la Administración Pública.*
- 2) Que el criterio tradicional de la imputación subjetiva aplicada a la responsabilidad extracontractual ha sido modificado en el Derecho Moderno con la imputación objetiva, o riesgo de las actividades o bienes.*
- 3) Que si bien es cierto, el Estado entendido como Administración goza de libertad para decidir sobre un asunto concreto cuando la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo, no menos cierto es que el principio de legalidad constituye una herramienta jurídica destinada a*

que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento. Sin embargo, tales decisiones deben contener los principios de legalidad y razonabilidad, excluyendo el de arbitrariedad a fin de que la solución no sea antijurídica.

- 4) En nuestro país la indemnización por actos arbitrarios fue regulada en dos normas y de diferente modo, hecho, tal como se observa en el desarrollo del presente tema, (Ley N° 27444, Art. 238 y Ley N° 27584, Art. 26) las que además de producir una antinomia, produjeron el desconcierto en los operadores jurisdiccionales, en cuanto a qué norma deberían aplicar al resolver un conflicto de esta naturaleza.
- 5) La aparente antinomia para aplicar la norma sobre responsabilidad patrimonial, por daños que con sus actos cause la Administración Pública fue resuelta mediante el Decreto Legislativo N° 1067 (28 Jun 2008) que corrigiendo el error, estableció que este procedimiento contencioso administrativo debe llevarse a cabo bajo las reglas de la Ley N° 27444 (Art. 5)
- 6) Si bien en otros países el "principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos" tiene respaldo constitucional, en aplicación del Art. 3 de este cuerpo normativo, no sería necesaria su modificación, más aún si se tiene en cuenta que indirectamente se enuncia en la Constitución vigente, en las articulaciones citadas.

BIBLIOGRAFÍA

- **CHAPUS, Renà**, Droit Administratif General. pp. 1215-1249,
- **MOREAU, Jacques**, La responsabilité administrative pp. 88- 89, citado por **MIR PUIGPELAT Oriol**, La responsabilidad de la administración hacia un nuevo sistema. Editorial Civitas, Madrid 2002. p. 185.
- **DELGADO – GUEMBES, César**, especialista y profesor de Derecho Parlamentario, y tiene experiencia en la gestión del parlamento peruano desde el año 1980, institución en la que ha ocupado los más altos cargos como funcionario, desempeñándose como Sub Oficial Mayor de la Cámara de Diputados bajo el régimen bicameral que concluyó en 1992, y como Oficial Mayor du-

rante el año 2003. Actualmente se desempeña como funcionario en el Congreso de la República peruana a cargo del Centro de Documentación y Biblioteca

- **FERNANDEZ, Tomás Ramón**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Discrecionalidad, Arbitrariedad y control jurisdiccional, Palestra Editores, Lima, 2006 pp. 209 a 296
- **FORSTHOFF, Ernst, LEHRBUCH**, p. 359 - 364, citado por **MIR PUIGPELAT, Oriol**, Ob, cit. p. 179
- **LEANDRO MARTIN, Mauro Florencio**, Docente universitario, magistrado judicial, lmflorencio@hotmail.com
- **MARTÍN REBOLLO, Luis**, Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las administraciones públicas, en **RETORILLO BAQUER, Martín** (Sebastián) coord., Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, Vol. III. Madrid. Civitas. 1991, pp. 2787-2792, 2799-2804 y 2823-2826.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Madrid, Instituto de estudios políticos. 1956 (reeditado por Civitas - Madrid - en 1984). p. 216.
- **MIR PUIGPELAT Oriol**, La responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un nuevo sistema, Editorial Civitas. Madrid. 2002. p. 177.
- **RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás**, "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", Revista española de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 080, Oct - Dic 1993]
- **PARADA, Ramón**, Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993. p. 417.
- **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**, STC N° 0090-2004-AA/TC del 05 Jul 2004, caso Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa, Fundamentos 8, 9 y 12.
- **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**, STC N° 6167-2005-PHC/TC del 28 Feb 2006, Caso Fernando Cantuarias Salaverry contra Dictamen del Fiscal Máximo Crespo Holguín, Fundamentos 20 y 30.