

LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTA INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO CHILENO. COMPRENSIÓN PARA UNA EXPLICACIÓN.

Luis Cordero V.

Buena parte de los debates de la responsabilidad patrimonial del Estado en el sistema chileno, al igual que el de los países latinoamericanos, requieren para su adecuada comprensión reconocer la influencia de los dos grandes sistemas de responsabilidad. El primero es el francés, cuya estructura central estará en torno a la *falta de servicio*. El segundo es el sistema español, cuyo fundamento será el concepto de *lesión* o del *daño antijurídico*.

Estos sistemas serán los que definirán el debate de la responsabilidad del Estado, y a los cuales es indispensable concurrir para comprender los fenómenos contemporáneos en torno a este tema.

1. Sistema Francés.

Corresponde al pionero entre los demás sistemas para conformar una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado. Es inevitable señalar que éste fue el de mayor influencia en los modelos europeos continentales, conformándose al paso de decisiones jurisprudenciales. En general se elogia el extraordinario papel que ha jugado el *Conseil d'Etat* en la construcción progresiva de dicha teoría, no obstante los diferentes aspectos que ella ha manifestado, que no necesariamente debe ser considerada lineal, sino que a cada resolución atrevida sucede otra de talante restrictivo, antes de consolidar cada una de las conquistas que nos conducen a la situación actual¹.

La responsabilidad civil del Estado ha conseguido adquirir en el Derecho francés un estatuto independiente del Derecho privado fundamentalmente gracias a la jurisprudencia. La voluntad manifiesta del juez administrativo en orden a liberarse del Código Civil y guiarse por la búsqueda del equilibrio entre los intereses públicos y privados condujo al establecimiento de un régimen razonable y coherente de reparación a las víctimas que, si bien no difiere radicalmente del Derecho privado, posee particularidades que le son propias².

Hasta mediados del siglo XIX, en Francia, al igual que en buena parte de los modelos comparados, rigió el principio de la irresponsabilidad del Estado, con algunas excepciones. Tales excepciones se derivaban de texto expreso de ley, en el cual se reconocía el deber de

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo Universidad de Chile.

¹ Vid. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, Tecnos, 11 edición, 2003, pág. 306 - 307. Como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, el Derecho francés, ofrece el ejemplo más claro de progresión por obra de una jurisprudencia lúcida y resuelta. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, T II, Madrid, Civitas, 8 edición, 2002, pág. 364.

² VALDIVIA, J. M., La responsabilidad de la Administración en Francia, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, (Compág. Juan Carlos Marín), México, D.F., Porrúa, 2004, pág. 54.

reparar ciertos daños, como los ocasionados con motivo de una guerra³ ⁴. Salvo esta clase de exclusiones, el particular lesionado sólo podía exigir responsabilidad a los funcionarios públicos por la vía civil y, por ende, ante los tribunales ordinarios. A esta nueva etapa en la evolución histórica de la institución que estudiamos, se le conoció como la de la *responsabilidad de los funcionarios públicos*, la cual en cierta medida supera la de la irresponsabilidad del Estado.

Sin embargo, se le impuso al particular que quisiese demandar a un funcionario público una obligación previa, que consistía en pedir autorización para poder proceder contra él en la vía civil, ya que aparentemente de no hacerlo así, se violentaba el principio de separación de poderes. Esta obligación, que se consignaba en el artículo 75 de la Constitución del año VIII y cuyo contenido había sobrevivido a nivel legal, disponía que:

“Con excepción de los ministros, los agentes del Gobierno sólo pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso, el procedimiento tendrá lugar ante los tribunales ordinarios”⁵.

En este sistema se considera al funcionario como un mandatario del Estado, y todo hecho que signifique responsabilidad para éste, implica una verdadera extralimitación del mandato. Extralimitación que no puede caer sobre el instituyente y cuyas consecuencias deben ser afrontadas sólo por la persona que la ha cometido⁶.

De la autorización administrativa previa para que un particular pudiese estar en condiciones de demandar a un funcionario por los daños que su actividad le causara, nacen los primeros indicios claros de lo que se llamaría después el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado en Francia. En efecto, el órgano competente para autorizar la demanda contra un funcionario público era el Consejo de Estado. Para que éste concediera su autorización, sin embargo, se requería acreditar la falta personal del agente en la producción del daño al que se refería el particular solicitante.

Como afirma VEDEL, este sistema correspondía a una *garantía de los funcionarios*. Con excepción de los ministros, los agentes del Gobierno sólo podían ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso el

³ VEDEL, *Derecho Administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, pág. 270, sostendrá que la idea según la cual la potestad pública debe responder de los daños que causa, por natural que nos parezca, no se ha impuesto sin encontrar resistencia. En su origen chocó con el principio en virtud del cual el Estado soberano no podía obrar mal, al menos cuando lo hacía por vía de autoridad.

⁴ En el mismo sentido WEIL, *Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, págs. 165 y 166, afirmará que la sumisión de la Administración a la ley no sólo se manifestará por la anulación de las decisiones ilegales, sino también por la concesión de una indemnización a los particulares que hayan sido perjudicados por la acción administrativa. Hasta 1870, la indemnización estaba prácticamente excluida: el Estado estaba considerado, en razón de su soberanía, como irresponsable y los funcionarios sólo podían ser perseguidos con la autorización – muy pocas veces concedida– del Consejo de Estado.

⁵ Esta disposición se abrogó a la caída del Imperio mediante Decreto de 19 de septiembre de 1870. Sin embargo, la disposición que se transcribe en el texto sobrevivió a su abrogación, porque el Tribunal de Conflictos resolvió en el caso *Pelletier* del año 1873 que el Decreto respectivo había abrogado la disposición – art. 75. – más no el principio de la separación de autoridades administrativas y judiciales (ordinarias civiles).

⁶ ALTAMIRA GIGENA, J., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pág. 57.

procedimiento tenía lugar ante los tribunales ordinarios. Desde entonces, todo particular que, víctima de las actuaciones de un funcionario del Estado se proponía demandar reparación a éste, debía proveerse de la autorización del Consejo de Estado. Si el Consejo de Estado estimaba que el funcionario había comprometido su responsabilidad personal, concedía la autorización para proceder en su contra y el funcionario respondía de su falta con su patrimonio personal ante los tribunales judiciales⁷.

Así, lo que se denomina *garantía de los funcionarios* correspondía a dos nociones muy diferentes: una es la *garantía personal* de los funcionarios para protegerlos de la animadversión o las diferencias políticas, sometiendo la demanda a una autorización previa superior, simple regla de procedimiento que el decreto de 1870 había decidido abrogar. Otra es una *garantía real* establecida a favor de la Administración para preservar la injerencia de los Tribunales en los actos que en razón de su carácter y autoridad le pertenecen por naturaleza, y es una regla de competencia cuya aplicación correspondía al Tribunal de Conflictos y que el Decreto de 1870 no pudo abrogar⁸. Sin embargo, la situación cambiará a partir de la decisión *Pelletier* en 1873, como veremos.

No obstante lo anterior, el sistema francés, merced a una labor de exclusión y a la vez de reconocimiento de que los daños que la actividad administrativa causara con su actuación debían ser reparados, admitió que de no acreditarse la falta personal del funcionario público, los daños acaecidos se reputarían causados como consecuencia de una falta del servicio de carácter impersonal o anónima, y que en estos supuestos sería el Estado quien debía responder. Así, la acción de daños y perjuicios se entablaría contra el Estado, pero no ante la jurisdicción civil, sino en los tribunales administrativos⁹.

El punto de partida de esta distinción serán los tradicionales *arrêt Blanco* y *Pelletier*, desde 1873. El primero no debe su celebridad a su contenido, sino que tiene el mérito de sintetizar en algunas de sus fórmulas concisas los principios sobre los cuales se construye el sistema francés de responsabilidad administrativa¹⁰. Afirma esta sentencia que “*la responsabilidad patrimonial que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por culpa de las personas que emplea en el servicio público, no se rige por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Esta responsabilidad no es general ni absoluta; tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados*”. La sentencia *Blanco* devino así en símbolo de la autonomía de la responsabilidad administrativa y aun del Derecho administrativo en su conjunto, con la idea de un vínculo en doble sentido entre el fondo del

⁷ VEDEL, G., ob. cit., pág. 273.

⁸ LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVE, P., GENEVOIS, B., *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 12^o edición, 1999, pág. 10.

⁹ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derechos Administrativo*, T. II, ob. cit., págs. 364 y 365.

¹⁰ Como afirma LONG M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVE, P., GENEVOIS, B., ob. cit., pág. 1, durante mucho tiempo se consideró como una decisión fundamental, “*pedra angular*” de todo el Derecho administrativo; hoy muchos afirman que esta sentencia está caducada, aún más, que ella nunca tuvo la importancia que se le ha acordado.

Derecho aplicable y la competencia de la jurisdicción administrativa (derogatoria del Derecho común)¹¹.

Por su parte, el *arrêt Pelletier* debió resolver la responsabilidad pecuniaria de los funcionarios públicos. El decreto legislativo de septiembre de 1870 había derogado el artículo 75 de la Constitución del año VIII que no permitía a los administrados perseguir la reparación de los funcionarios ante el juez ordinario sino con la autorización del Consejo de Estado, como hemos visto. El tribunal tuvo que pronunciarse sobre el punto de si esta derogación permitía que dichas demandas fuesen intentadas libremente contra todos sus actos, sin tener en cuenta el principio entre autoridades administrativas y jurisdiccionales. Al responder negativamente y excluir al juez ordinario de aprehender causas sobre el funcionamiento de los servicios públicos sin violar el principio, esta decisión sentó las bases de una distinción fundamental entre el hecho de la función (falta de servicio) y el hecho personal (falta personal). Así, afirma la sentencia que “*considerando que la demanda del señor Pelletier se basa exclusivamente sobre un acto de alta policía administrativa; que fuera de este acto [de incautación de los números impresos del periódico de su propiedad] no se enrostra a las autoridades que lo dictaron y lo hicieron cumplir, ninguna falta personal apta para comprometer sus responsabilidades particulares, lo que hace que en realidad la acción esté dirigida contra ese preciso acto por medio de las personas de los funcionarios que lo ordenaron o que cooperaron a su ejecución*”.

La distinción entre *falta de servicio* y *falta personal* implicó una repartición de competencias administrativas y jurisdiccionales, pero igualmente conllevó a una repartición de responsabilidades entre una entidad pública y el funcionario¹². La *falta personal* es la que conviene dejar de cargo de su autor, la *falta de servicio* es aquella que sería inconveniente o injusto de hacer soportar personalmente al funcionario. A estas preocupaciones responden las fórmulas clásicas de Laferrière: hay falta de servicio “si el acto perjudicial es impersonal, si no aparece un administrador más o menos sujeto a error”, hay culpa personal si aparece “el hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias”¹³. En aras de proteger a la vez a la víctima de la insolvencia de los servidores públicos y a éstos mismos de las demandas abusivas, la jurisprudencia, en una primera etapa que va hasta 1951, restringió la noción misma de culpa personal y su alcance. Se aminora la noción de la culpa personal hasta el punto de identificarla sea con la culpa cometida materialmente fuera del servicio, sea con la culpa particularmente grave e inexcusable (culpa intencional por ejemplo); aún más, ni la infracción penal ni aún la vía de hecho constituyen en todos los casos una culpa personal. Por otro lado, el alcance de la culpa personal ha sido considerablemente reducido por la posibilidad, cada vez más ampliamente admitida, de hacer responsable, en caso de culpa personal, a la Administración misma, en virtud de la teoría de la acumulación¹⁴. Son razones jurídico-políticas

¹¹ Vid. SEMPE, F., “La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia”, *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*. (Coord. Javier Barnés), Madrid, Tecnos, 1995, págs. 970 y 971.

¹² LONG M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B, ob. cit., págs. 12 y 13.

¹³ Esta elegante conclusión fue expuesta en el *arrêt Laumonier Carriol* (05 de mayo de 1877).

¹⁴ Así se pronuncian los *arrêts Anguet* (1911) y *Lemonnier* (1918). Con el primer caso se consagró la teoría de la acumulación. Pero el avance se consolida en 1918 con la otra señalada sentencia, por mérito de la cual se estableció la denominada acumulación de responsabilidades a fin de superar el problema de insolvencia que podía presentarse por parte del agente público que debiera responder personalmente en razón de haber incurrido en

las que conducen a la distinción entre *falta personal* y *falta de servicio*¹⁵. Por una parte, siendo el contencioso de responsabilidad por faltas personales de competencia de los tribunales ordinarios, calificar con largueza un hecho como falta personal conduciría a tolerar la intromisión ilegítima de la justicia ordinaria en los actos de la Administración, violando el principio de separación de poderes entre autoridades administrativas y jurisdiccionales consagrado en las leyes revolucionarias. Por otra parte, trazar el límite entre la falta personal y la falta de servicio permite determinar hasta dónde es legítimo hacer cargar al agente con las consecuencias dañosas de los actos que ejecute el servicio. Como resulta razonablemente claro que imponer una responsabilidad personal excesiva podría entrañar un debilitamiento –incluso una paralización– en el ejercicio de la función pública, la tendencia será desde entonces favorable a admitir una falta de servicio antes que una falta personal.

Es interesante destacar aquí que en Francia esta idea de *falta del servicio* acepta implícitamente que en el servicio público existen una serie de deficiencias que difícilmente se le pueden reprochar en forma individual a alguien en particular; acepta también la frecuente dificultad que se presenta para radicar en alguien especial la falta que ocurre en la prestación de servicios en los cuales interviene un número grande de personas; y lo más importante, reconoce que tales faltas no deben quedar sin reparación a título de que quien las presta es el Estado¹⁶.

Así, la falta de servicio se construye como un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, de modo que es una noción autónoma que está vinculada al carácter material o jurídico del acto singular o general, independiente de la legalidad del acto y con indiferencia de sus efectos penales. Es una noción amplia en la medida que abarca junto con la falta positiva del acto cumplido equivocadamente, la falta por omisión y el retardo¹⁷. De manera que estamos en presencia de una *falta de servicio* cuando no se ha comportado como habría debido: cuando la acción o la abstención es de naturaleza tal que se justifica un reproche¹⁸. Se trata de una falta

falta grave por su actuar. Ante esta situación, surgió la sentencia *Lemonnier* de 1918, que resolvió la acumulación de responsabilidades con la Administración en razón de que reconoció que la falta personal de carácter grave de alguno de sus agentes estaba necesariamente relacionada con el servicio que había proporcionado los medios para llevarla a cabo.

¹⁵ VALDIVIA, ob. cit., pág. 60.

¹⁶ Sobre el particular es pertinente recordar la discusión que durante mucho tiempo se dio en el sentido de distinguir, para efectos de responsabilidad, los diversos actos de la Administración, como “*actos de autoridad*” y “*actos de gestión*”, reconociendo sólo a estos últimos la posibilidad de ser sujetos de responsabilidad. A este respecto se afirma que la distinción entre los actos de autoridad y de gestión, de la que como consecuencia se quiso establecer la distinción entre la actuación de la Administración del Estado como poder (equiparada, desde este punto de vista, al ejecutivo) regulada por el Derecho Público, o como persona jurídica sometida al Derecho Privado, está si no totalmente abandonada, por lo menos en profunda crisis dentro de la doctrina moderna del Derecho Administrativo. En FABREGAS DEL PILAR, J. M., *La responsabilidad del Estado y sus funcionarios*, citado por CASTRO ASTRADA, A., *Responsabilidad el Estado*, México, Porrúa, 1997, pág. 74, nota 48.

¹⁷ RIVERO, J., *Derecho Administrativo*, Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, traducción 9º edición, 1984, págs. 303, 305, 306.

¹⁸ CHAPUS, M., *Droit Administratif General*, T.I., Paris, Dalloz, 1995, N° 1252.

objetivada que no tiene nada que ver con la noción de culpa. Se trata más bien de una falta del servicio, entendida ésta como aquella que no es necesario individualizar¹⁹.

Esto quizá explica que la idea de falta se fue ampliando a otras categorías. Se afirma que la falta imputable a una colectividad pública que haya de provocar su responsabilidad pecuniaria, corresponde a una muy amplia variedad de situaciones concretas. En primer lugar, la falta puede ser considerada como un atentado a los derechos de los administrados que puede adoptar varias formas: ruptura de igualdad ante las cargas públicas, ante los servicios públicos y violación del derecho al funcionamiento correcto de los servicios públicos. En segundo lugar, considera la falta como comportamiento irregular de la Administración en el cual se incorporan: la omisión o inobservancia de las leyes del servicio, la anormalidad y la violación de obligaciones administrativas²⁰.

En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos apoyada en la idea de falta, debe ser concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función (el servicio) y al daño causado al administrado²¹.

Esto explica que la *falta de servicio* hoy sea un conjunto de circunstancias que reflejan comportamientos irregulares de la Administración en múltiples formas, pero que siempre requerirán una evaluación del comportamiento administrativo. Las categorías conceptuales en torno a las cuales opera el régimen francés de la responsabilidad administrativa constituyen un ejemplo destacable de flexibilidad, pues ellas mismas permiten la evolución del régimen conforme a las orientaciones de la sociedad.

Sin embargo, tempranamente se consideró que la *falta de servicio* resultaba insuficiente como criterio único de responsabilidad, razón por la que la jurisprudencia elaborará una serie de regímenes especiales de responsabilidad objetiva o sin culpa. Los casos que reclaman este tipo de solución responden a una serie de criterios de diversa naturaleza. La situación de la víctima frente al Estado, el carácter riesgoso de los mecanismos, procedimientos o situaciones a que ésta se ve sometido y la necesidad de evitar un juicio de valor frente a actos reputados legítimos son, entre otros, los factores que la jurisprudencia ocupará al momento de definir un régimen de responsabilidad basado sólo en la causalidad²². De este modo, accidentes del

¹⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, ob. cit., pág. 366.

²⁰ PAILLET, *La responsabilidad Administrativa* (Traducción J.M. Carrilo Ballesteros), Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 2001, págs. 144 – 155; en el mismo sentido DEBBASCH, C., *Institutions et droit administratifs*, T.2., *L' action et le contrôle de l'administration*, Paris, PUF, 1991, págs. 260 y 266.

²¹ CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 6º edición, Argentina, 1998, pág. 270.

²² En los casos de riesgo provecho destaca el *arrêt Cames* de 1895 (accidentes del trabajo); en casos de riesgo creado destacan: *arrêt Regnault – Desroziers* de 1919 (materiales explosivos), *arrêt Cons. Lecomte, Franquette y Daramy* de 1949 (armas de fuego), *arrêt Thouzellier* de 1956 (reinserción social de delincuentes), *arrêt Cons. N'Guyen, Jouan y Cons. Pavan* de 1995 (contaminación de plasmas sanguíneos).

En el mismo sentido, pero desde la perspectiva de la igualdad ante las cargas públicas: *arrêt Coiteau* de 1923 (actos administrativos individuales. Inejecución de sentencia judicial); *arrêt Commune de Gavarnie* de 1963 (reglamento que reserva camino para determinada circulación), basado en la lógica del *arrêt La Fleurette* de 1938.

trabajo, daños provocados por el uso de armas de fuego o explosivos, consecuencias perjudiciales derivadas de la aplicación de leyes o reglamentos, entre otras hipótesis quedan sometidas a regímenes de responsabilidad objetiva. La nota común a estos casos parece encontrarse en la presencia de un perjuicio anormal. La jurisprudencia exige al respecto la concurrencia de requisitos estrictos en torno al daño: que sea grave, especial –es decir, que afecte individualizadamente a una persona o grupo reducido de personas- y que exceda de los riesgos o aleas normales que las víctimas deben soportar en la vida en sociedad.

El Derecho francés se enfrenta hoy a una serie de redefiniciones. Por una parte, una trivialización de la falta de servicio²³, lo que supone una progresiva abolición de la falta grave²⁴, sin consideración de la distinción tradicional entre funcionamiento material y formal, es decir, el rechazo a los criterios de normalidad fáctica propio de una actividad determinada; por otro lado, el debilitamiento del criterio de la complejidad de las actividades como medio de diferenciación de diversos estándares de exigibilidad a la Administración²⁵. La situación anterior se ve manifestada también en una eclosión de las presunciones de falta de servicio²⁶, como así mismo en la necesidad por socializar riesgos, cuestión particularmente relevante durante la década de los 90 frente a las actividades sanitarias²⁷, lo que ha llevado al establecimiento de soluciones legales de diversa naturaleza y tópicos²⁸.

2. Sistema Español.

A diferencia del sistema francés, aunque no sin similar mérito, el sistema español evolucionó de forma gradual como consecuencia del esfuerzo, en particular de la doctrina. La tarea de la jurisprudencia, comparativamente, ha sido un tanto menor; sin embargo, en los últimos años ha elevado en términos significativos su participación en el perfeccionamiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sus orígenes se encuentran vinculados al

²³ VALDIVIA, ob. cit., pág. 63.

²⁴ *Arrêt Bourgeois* de 1990 (cálculo indebido de impuestos). Una explicación sobre un desarrollo concreto se encuentra en el trabajo de CUETO PÉREZ “Notas sobre la responsabilidad sanitaria en el derecho comparado”, *RAP* N° 146, 1998, págs. 434 a 439.

²⁵ *Arrêt Epoux V.* de 1992 (responsabilidad por mal praxis médica, como consecuencia de simples imprudencias)

²⁶ *Cfr.* GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Presunción de falta y responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios: la aplicabilidad en España y la experiencia Francesa”, *RAP* N° 140, 1996, págs. 383 a 397.

²⁷ *Arrêt Bianchi* de 1993 (responsabilidad por alea terapéutico).

²⁸ *Vid.* Ley de 04 de marzo de 2002, en particular el artículo L 1142-1 del Código de Salud, se ocupa de reglamentar diversas materias relacionadas con los daños ocasionados en hospitales y clínicas, siendo una de sus innovaciones la reparación del “alea terapéutico”. En el mismo sentido la ley de 1 de julio de 1964 sobre vacunaciones obligatorias, que estableció un sistema de responsabilidad objetiva; las leyes de 20 de diciembre de 1988 y 23 de enero de 1990 (recogidas en el Art. L 209 – 7 del Código de la salud pública), que organizaron un régimen de indemnizaciones en materia de investigaciones biomédicas; la ley de 31 de diciembre de 1991 relativa a la indemnización en el caso de víctimas de la inoculación del SIDA como consecuencia de transfusiones o inyecciones de productos sanguíneos a pacientes hemofílicos o en caso de intervenciones quirúrgicas.

Son conocidos también los casos de la ley de 16 de abril de 1914 relativa a reuniones públicas (actualmente en el Art. L 2216-3 del Código general de colectividades territoriales); la ley de 3 de enero de 1977 (actual Art. 706 .3 del Código de procedimiento penal), relativa a indemnización de víctimas de delitos violentos y la ley de 9 de diciembre de 1986 para víctimas de delitos de terrorismo.

desarrollo legislativo, que pretende garantizar una indemnidad a los patrimonios, y a una frondosa doctrina posterior.

En el caso español, las referencias al sistema expropiatorio resultan indispensables y obligatorias, pues es el precedente inmediato, el paso anterior al reconocimiento de la responsabilidad del Estado, a partir de la LEF de 1954²⁹.

A finales del siglo XIX se reconocía a los ciudadanos una serie de coberturas frente a los comportamientos lesivos del Estado, aún ubicados en el ámbito de la expropiación, pero que resultan interesantes de indicar³⁰. Este es el caso de la ley de 1842 de responsabilidad por daños ocasionados con motivo de la guerra carlista, que establece como obligación de la nación “*indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios, etc.*”. Por su parte, la Ley de aguas de 1879 establecía indemnizaciones de daños por requisas para precaver inundaciones, incendios u otras calamidades. La Ley de lo contencioso de 1888 contemplaba indemnizaciones por aplazamiento o inejecución de las sentencias de los tribunales contenciosos administrativos. Por su parte, el Reglamento de lo contencioso de 1894 establecía una serie de indemnizaciones por los daños causados por actos no fiscalizables. La Ley de 1899 contemplaba la indemnización de condenados, si después resultase su imputabilidad (funcionamiento anormal de la Administración de justicia). La Ley de epizootias de 1914 que establecía indemnizaciones por el sacrificio de animales atacados por enfermedades infecto contagiosas, en el mismo sentido de la Instrucción de Sanidad de 1904, que también reconocía los derechos indemnizatorios de los que sufrieran la destrucción o el deterioro de objetos cuando lo exigiese la garantía de desinfección. La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que admitía la posibilidad de reclamar daños y perjuicios contra el Estado, estableciendo las competencias de los tribunales ordinarios cuando las reclamaciones no hayan sido admitidas en vía gubernativa³¹. La Ley de conflictos

²⁹ CUETO PÉREZ, M., *La responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 55.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, reimpr. 1989, pág. 24.

³¹ Disponía en su artículo 24 que: “Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste únicamente, durante otro año, el recurso que corresponda ante los Tribunales ordinarios competentes a que hubiere lugar en su caso, como si hubiera sido denegada por el Gobierno”.

GARRIDO FALLA “La Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado”, *Estudios Sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, pág. 2843; este artículo se encuentra publicado también en *RAP* N° 119, 1989; *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., T. II, pág. 258, desprende de esta norma tres importantes consideraciones: 1. Establece la posibilidad de reclamar al Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad; 2 Competencia de tribunales ordinarios, cuando no haya sido admitida la reclamación en la vía administrativa; 3. Plazo de prescripción de un año para formular la reclamación y un supuesto temprano de negativa ficta por silencio de la Administración. Colige más adelante otra consideración de innegable trascendencia, consistente en que el precepto transcrito no explicita los supuestos por los cuales ha lugar la indemnización respectiva, empero, sí habla del “hecho en que se funde el reclamante”. De lo anterior, se infiere que tal indemnización puede proceder por todo daño material acaecido por la actuación de la Administración y no únicamente por los daños derivados de actos administrativos, entendidos en su acepción jurídica. A no dudar, lo dicho constituye un precedente legislativo en esta materia, aunque por no haber identificado en la doctrina española algún comentario respecto a la aplicación de dicha

jurisdiccionales de 1948, que disponía que si la cuestión de competencia se decidía en favor de la jurisdicción ordinaria, tenían los interesados derecho a que la Administración les indemnizara de los perjuicios que se les hubiese irrogado por el alzamiento de la suspensión del procedimiento. Por último, la Ley de 1945, que dispuso la indemnización por muerte o incapacidades ocasionadas por el uso de las armas por las fuerzas militares de orden público³².

Se puede afirmar entonces que, salvo los supuestos contenidos en la legislación especial señalada, la inmunidad del Estado frente a los ciudadanos era total y absoluta³³. Esta situación implicó que la alternativa normativa fuera el Derecho Privado, concretamente el Código Civil, en búsqueda de un fundamento válido para poder reclamar los daños sufridos con motivo de la actuación del Estado. Sin embargo, esta posibilidad no era tal, ya que las condiciones requeridas como supuesto normativo hacían imposible la exigencia de responsabilidad al Estado. Examinemos qué pasó y por qué la vía civil no resolvía el problema de los particulares lesionados por la Administración Pública.

El artículo 1902 del Código Civil de 1889, consagraba la noción de culpa para poder determinar la obligación de reparar los daños causados. Tal disposición establece que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

En un esfuerzo de comprender al Estado en tal obligación, el artículo 1903 señalaba que *“es exigible no sólo por actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”*. Específicamente para el caso del Estado se dispuso su responsabilidad *“cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”*.

De estas dos disposiciones hubieron también dos interpretaciones: La primera, consistió en reconocer en el supuesto del artículo 1902 un caso de responsabilidad del Estado por hechos propios; en cambio, en base al artículo 1903, por hechos de tercero, ya que en su parte final dice *“por medio de un agente especial”*, por no ser éstos órganos propios del Estado. La segunda, predicó que el único supuesto de responsabilidad del Estado era el previsto en el artículo 1903 (párrafo 5º)³⁴, cuando el Estado actuara por medio de un agente especial, toda vez que no podría hablarse de culpa o negligencia del Estado en la organización de los servicios públicos, ni tampoco en la designación de sus agentes respecto de los actos de sus funcionarios en el desempeño de sus funciones³⁵.

disposición legal de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, se deduce su nula o poca aplicación práctica.

³² Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, ob. cit., pág. 367 – 370; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Génesis y evolución histórica hasta la Constitución de 1978*, Madrid, Gondo S.A., 2001, págs. 21 – 31; GONZÁLEZ BERENGUER, J.L., “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, *RAP* N° 39, 1962, págs. 191 y 192; LEGUINA VILLA, J., “La responsabilidad del Estado y de las entidades regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”, *RAP* N° 92, 1980, págs. 8 a 10.

³³ CUETO PÉREZ, M., *La responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria*, ob. cit., pág. 57.

³⁴ Éste fue suprimido por ley de 07 de enero de 1991.

³⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2º edición, 2000, págs. 42 y 43; DE AHUMADA, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Génesis (...)*, ob. cit., pág. 33 – 36.

Ahora bien, tratándose de la última interpretación mencionada, el problema sigue sin solución, habida cuenta de que el Estado actúa cotidianamente con sus funcionarios o agentes ordinarios, quienes son los que normalmente pueden causar los daños cuya reparación reclama el particular lesionado. Así las cosas, si el único supuesto de responsabilidad del Estado es el relativo a los daños causados por medio de sus agentes especiales, resulta imposible la pretensión de reparación de los mismos al particular³⁶.

De este modo, en los casos en que las actuaciones fuesen realizadas por un funcionario, la irresponsabilidad del Estado era plena y absoluta por un doble motivo; en primer lugar, porque no podía exigirse responsabilidad al Estado, y en segundo lugar, porque a pesar de poder dirigirse contra el funcionario, la Ley Maura de 1904, que establecía normas sobre responsabilidad de los funcionarios, exigía como requisito para poder demandarlos ante los tribunales ordinarios la previa reclamación por escrito de la observancia de la norma cuya infracción había sido la causante del daño que sufría el ciudadano, lo cual llevó en la práctica a que los funcionarios tampoco respondiesen³⁷. Así, se cumple la finalidad, cual es mantener la inmunidad del Estado y también del personal a su servicio, dando lugar a una indefensión total del ciudadano³⁸, de forma que este sistema del Código Civil significó prácticamente la negación de la responsabilidad del Estado³⁹ que llegó a una situación de irresponsabilidad absoluta del Estado, pues en la práctica no se localizó nunca un verdadero “agente especial” en el sentido del artículo 1903 CC⁴⁰.

Cerrada la posibilidad de hallar una mejor salida en el ámbito civil, por vía legislativa se dio un paso más en la evolución de la institución de la responsabilidad del Estado, al incorporar en la Constitución republicana de 1931 la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás corporaciones públicas en el artículo 41.3⁴¹:

“Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la corporación a quien sirvan serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la Ley”⁴².

Terminada la guerra civil, se dictó la Ley de Régimen Local de 1950, que considerando la Ley Municipal de 1935⁴³ establece una responsabilidad directa en ciertos supuestos y también

³⁶ Cfr. MARTÍN REBOLLO, L., “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *RAP* N° 150, pág. 329 – 330.

³⁷ Vid. DE AHUMADA, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Génesis (...)*, ob. cit., págs. 36 – 37.

³⁸ CUETO PÉREZ, *La responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria*, ob. cit., pág. 60.

³⁹ GARRIDO FALLA, F., *Tratado (...)*, ob. cit., pág. 259.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, ob. cit., pág. 368.

⁴¹ En opinión de DE AHUMADA, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Génesis (...)*, ob. cit., pág. 43; esta norma implicó el inicio del quiebre de la inmunidad administrativa y el avance hacia un sistema de responsabilidad más amplio.

⁴² La breve vida de la segunda república impidió que en el ámbito estatal se dictase alguna norma legal que desarrollase el precepto constitucional, con lo cual la incidencia práctica de la nueva regulación fue nula. Cfr., GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad*, ob. cit., pág. 43- 44.

⁴³ Aunque sin aplicación efectiva, otro antecedente en la evolución histórica de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado lo constituyó la Ley Municipal de 1935, que en su artículo 209 dispuso que:

contempla la responsabilidad subsidiaria en otros. De conformidad al artículo 406.2, existe responsabilidad directa “*cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios y agentes*”. Por su parte, según el artículo 409 existe responsabilidad subsidiaria “*cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo*”⁴⁴.

Las disposiciones precedentes tuvieron breve vigencia y poca aplicación práctica⁴⁵. La verdadera transformación hacia un régimen de responsabilidad del Estado en España se realiza en 1954, con la promulgación de la LEF que acertó en introducir, de un modo casi subrepticio, la capital innovación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, rectificando un sistema multisecular de inmunidad total de la Administración por los daños patrimoniales causados por su funcionamiento a los ciudadanos, como se lee en la Exposición de Motivos de dicha Ley⁴⁶.

El origen de esta “*subrepticia*” y trascendente innovación se llevó a cabo en el seno de una Comisión de juristas que en aquellas fechas formaban parte del Instituto de Estudios Políticos, y a la cual el Ministerio de Justicia le había encargado la redacción de un proyecto de Ley de Expropiación. Entre ellos se encontraba GARCÍA DE ENTERRÍA, el más firme sostenedor de la responsabilidad objetiva del Estado⁴⁷.

En realidad, la Comisión se excedió del encargo referido para integrar una nueva institución con el propósito deliberado de llenar una laguna en el ordenamiento positivo español, toda vez

“*Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroguen la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos*”.

Como se observa, esta disposición habla por primera vez de una responsabilidad directa, aunque como se señaló antes, no tuvo eficacia práctica debido a los movimientos sociales españoles de aquella época.

⁴⁴ Por estas razones TENA YBARRA, ob. cit., pág. 190, afirmará que hasta 1951 el sistema español mostraba una escasez y antigüedad de los preceptos legislativos que regulaban la responsabilidad, y sobre todo por el carácter restrictivo que a la época era utilizado por la jurisprudencia. Concluye que frente a esto “no cabe ocultar el retraso en que desde principios de siglo entra en la máquina administrativa española y de la cual el principio de la responsabilidad de la Administración, entre otros, se viene resintiendo”.

⁴⁵ Cfr. ROYO – VILLANOVA, ob. cit., págs. 44 a 53.

⁴⁶ Vid. DE AHUMADA, ob. cit., pág. 55. Cfr. ROYO – VILLANOVA, ob. cit., pág. 53 y 54. En el mismo sentido, GONZÁLEZ, PÉREZ, J., “Responsabilidad de la Administración Pública y unidad de jurisdicción. Sentencia de 11 de septiembre de 1974”, REDA N° 4, 1975, pág. 83., quien afirma “[L]a consagración con carácter de general de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la consiguiente obligación de indemnizar de cualquier daño ocasionado por su actividad ha sido una de las conquistas más laboriosas del Derecho administrativo. En España no se consiguió hasta la Ley de Expropiaciones Forzosas de 16 de diciembre de 1954, después de una lenta serie de conquistas parciales.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios*, ob. cit., pág. 4, afirma que “había participado en la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley de Expropiación en el Instituto de Estudios Políticos, y me correspondió en ella también haber puesto un cierto énfasis en los básicos artículos 1 y 121 (...). En aquella Comisión que presidió el maestro Jordana de Pozas participamos todo el equipo, entonces juvenil y no muy numeroso, de la recién inaugurada “Revista de Administración Pública”. Nuestra propuesta, incluyendo el subrepticio artículo referente a “otros daños”, fue aceptada en casi su integridad en el texto que finalmente pasó al “Boletín Oficial del Estado”. La misma Comisión redactó luego el Anteproyecto de Reglamento”.

que como se ha dejado ver durante el recorrido que hemos descrito de la evolución histórica de la responsabilidad del Estado, no se había podido consagrar esta institución con la amplitud y la técnica jurídica que requería.

Así, en las palabras del propio GARCÍA DE ENTERRÍA, “la peculiaridad quizá más notable de la nueva Ley de Expropiación Forzosa es la extensión del sistema de garantía patrimonial de los administrados fuera del supuesto de expropiación propiamente tal, aplicándolo a cualquier daño patrimonial imputable a la Administración y no sólo al despojo expropiatorio. La Ley desborda así los límites reconocidos a la institución de la expropiación forzosa, entrando a regular deliberadamente el tema de la responsabilidad civil de la Administración. Teniendo en cuenta la radical reforma que la Ley reporta en esta materia, se encuentra aquí, sin duda, la más trascendental de sus innovaciones, sistemática y políticamente”⁴⁸.

Señalaba el artículo 121 de la LEF:

“Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento [el de la expropiación] toda *lesión* que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o [de] 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”.

Se sostuvo, entonces, que la LEF vino a eliminar los elementos de ilicitud y culpa, para basarse en el criterio de “*lesión*”, que concibe a ésta como todo perjuicio antijurídico⁴⁹.

La indiscutible amplitud del precepto citado, sin referencia alguna al elemento de culpa, adoleció, empero, de una limitación en cuanto a que el dispositivo aludía exclusivamente a “*los bienes y derechos a que esta ley se refiere*”, lo que significó que se tratara sólo de bienes expropiables. Entendida así la norma legal, quedaban fuera de la protección indemnizatoria los daños físicos a las personas, incluida la vida. Esta limitación sería superada transitoriamente por el Reglamento de la propia LEF, que en su artículo 133 señalaba que:

“Dará lugar a indemnización toda *lesión* que los particulares sufran en sus bienes o derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente”.

Con el propósito de consolidar los principios de la responsabilidad se dictó al poco tiempo la LRJAE de 1957, que habría de superar en forma definitiva las imprecisiones señaladas del

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 145.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Ibidem*, págs. 176 y 197, señala que “el concepto de perjuicio es puramente económico, material, el de la lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportar, aunque el agente que lo ocasione obre con toda licitud”. En otra parte precisa que en el caso de la actividad legítima, esa antijuridicidad proviene de que si bien hay obligación de soportar el sacrificio, no hay obligación de soportar el daño patrimonial.

GARRIDO FALLA, “Sobre la responsabilidad del Estado Legislador”, *RAP* N° 118, 1989, pág. 35 y 36, afirma que la LEF unificó dos instituciones (expropiación y responsabilidad) que en su opinión son diversas, dando origen en la práctica forense a fundamentar las demandas en contra del Estado en un doble título, el que por una parte alega la “tesis expropiatoria” y, por la otra, la tesis indemnizatoria.

artículo 121 de la LEF antes comentadas, y al mismo tiempo incluyó otras disposiciones concernientes a la institución que nos ocupa. El artículo 40 de la nueva Ley dispuso que:

“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 vía contenciosa”.

Cabe indicar que la LEF no fue derogada por la LRJA de 1957, sino complementada por ésta.

La evolución del sistema español no concluye aquí. El principio se eleva a nivel constitucional al disponer el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978 que:

“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”.

La constitucionalización del principio de responsabilidad patrimonial del Estado permitió hablar de la existencia en España de un auténtico sistema de garantía patrimonial de los administrados, en la inteligencia de que por disposición de la misma Constitución (artículo 149.1.18) la aplicabilidad del sistema reconocido es igual a todas la Administraciones Públicas⁵⁰.

Finalmente, el 26 de noviembre de 1992 se expide la LRJPAC, que incorpora en su Título X las disposiciones (139 a 146) “*De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio*”. Esta Ley deroga expresamente los puntos 3 y 5 del artículo 22, los artículos 29, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43 de la LRJAE. Asimismo, el 26 de marzo de 1993 se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial y se deroga el Capítulo II del Título IV del Reglamento de la LEF de 1957. Sin perjuicio de lo anterior, el año 1999 la LRJPAC sufrió una nueva modificación mediante la Ley 4/99, relativa a la exclusión de la responsabilidad por los riesgos del desarrollo, pero como en esta parte de nuestro trabajo no tiene incidencia sólo enunciaremos esta modificación.

Así como lo que definió el sistema francés fue la *falta*, lo que distingue al sistema español es la *lesión* como título de imputación. Como adecuadamente lo resume la jurisprudencia⁵¹ “el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos

⁵⁰ Dice el artículo 149.1 de la Constitución Española:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

18a. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y *el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*”.

⁵¹ Aranzandi 2000\115471. Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 16 febrero 2000. Para analizar la consistencia jurisprudencial en el pasado mediato ver el trabajo de BLASCO ESTEVE “La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos: doctrina jurisprudencial”, *RAP* N° 91, 1980, págs. 195 a 241.

supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una *lesión antijurídica*⁵² por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma. La responsabilidad, por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante (...).”

En este sentido siguiendo a LEGUINA VILLA y DESDENTADO DAROCA⁵³, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (Español) garantiza a los particulares la indemnización de todos los daños injustos que sufran en su patrimonio. Pero la ilicitud del daño no se produce sólo por actuaciones ilegales o culpables de la Administración, sino también por actuaciones administrativas lícitas cuyos efectos dañosos no hay razón para que corran a cargo del perjudicado. Para el sistema de responsabilidad patrimonial, importa más satisfacer el derecho del dañado a ser indemnizado que castigar una actividad administrativa ilegal o culpable. La Administración debe indemnizar no sólo cuando el daño es consecuencia de su actividad o inactividad ilegal o de la conducta culpable de sus agentes (responsabilidad por culpa), sino también cuando el funcionamiento de los servicios públicos crea situaciones de riesgo o produce sacrificios especiales cuyos perjuicios derivados no deben ser soportados individualmente por los afectados sino por la generalidad de los ciudadanos a través de la propia Administración (responsabilidad objetiva). La culpa deja de ser, por tanto, el fundamento del sistema de responsabilidad para convertirse en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la Administración; criterio que, sin embargo, sigue siendo indispensable para que una buena parte de los hechos administrativos dañosos generen el deber de indemnizar a los perjudicados. Pero el desplazamiento de la atención del legislador desde la conducta culpable hacia la protección del particular injustamente perjudicado por la actividad de la Administración ha permitido calificar la responsabilidad administrativa como una responsabilidad objetiva⁵⁴.

El Estado resulta responsable cuando el particular sufre un daño antijurídico, y es tal cuando el particular no tiene el deber jurídico de soportarlo⁵⁵, o, dicho de otra forma, cuando la norma

⁵² En la misma sentencia, y de manera uniforme la jurisprudencia sostiene que la lesión “se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión, dentro del marco de los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito.” (F. J. 2°).

⁵³ Citados por CHECA GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* N°. 17/2003, BIB 2003/1516.

⁵⁴ En el mismo sentido LEGUINA VILLA, *La responsabilidad del Estado y de las entidades (...)*, ob. cit., pág. 22 y 23.

⁵⁵ De acuerdo con el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Con ello, el legislador acogió el concepto de antijuridicidad tradicional y usualmente admitido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española desde la LEF.

no obliga al perjudicado a soportar dicho daño⁵⁶, siendo la antijuridicidad del efecto dañoso, subsiguiente a la actividad administrativa e imputable a la misma, lo que se revela como el elemento determinante a la hora de fundamentar la exigencia de responsabilidad⁵⁷.

Así, desde que se dispuso del contenido y redacción del artículo 121 de la LEF, la *lesión* se transformó en el título de imputación por excelencia en materia de responsabilidad, encontrando un punto de equilibrio que sin embargo fue ampliándose sensiblemente. Esta expansión fue reparada categóricamente por PANTALEON PRIETO, como afirma ROMÁN,⁵⁸ a consecuencia de la sentencia del TS denominada de los “aneurismas”⁵⁹, que condenó a la Administración a la reparación de los daños sufridos por una mujer sometida a una intervención quirúrgica en un recinto hospitalario público, aún cuando el médico había actuado conforme a la *lex artis*. Según esta sentencia, para que pueda existir responsabilidad de una Administración Pública bastaba la conexión causal del daño con la actuación de la Administración (intervención quirúrgica). PANTALEON PRIETO con sus “anteojos del civilista” denunció la excesiva permisibilidad con lo cual se había resuelto este caso. Sostuvo que “no veía ninguna razón convincente para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera”⁶⁰. En otras palabras, para él este fallo

⁵⁶ LEGUINA VILLA, J., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. AA VV, Madrid, Tecnos, 1993. En igual sentido MARTÍN REBOLLO, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *DA* N° 237-238, 1994, ha señalado que ello se produce “cuando no haya causas justificativas, legalmente previstas, que impongan el citado deber de tolerarlo”.

Véanse, por ejemplo, las SSTs de 19 mayo 1989 (RJ 1989, 2915), 19 diciembre 1989 (RJ 1989, 9867), 20 marzo 1998 (RJ 1998, 3315) -en la que se afirmó que una entidad no estaba obligada, en absoluto, a soportar el procedimiento ejecutivo a que fue sometida, toda vez que la providencia de apremio, la providencia de embargo, y el acuerdo de subasta pública, no habían sido debidamente notificados-, 20 mayo 1998 (RJ 1998, 4967), 18 junio 1999 (RJ 1999, 6238), 29 junio 1999 (RJ 1999, 6332), 13 enero 2000 (RJ 2000, 659) en la que se declaró, en términos análogos a la STS de 11 marzo 1999 (RJ 1999, 3035) que “en modo alguno puede sostenerse que soportar los perjuicios derivados del cumplimiento de una sanción posteriormente anulada en vía administrativa por carecer de fundamento jurídico se encuentre entre las obligaciones de un militar profesional, 14 octubre 2002 (RJ 2003, 861) y 28 octubre 2002 (RJ 2002, 10234), en la que se indicó que no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, añadiéndose que, en definitiva, la antijuridicidad es un elemento objetivo del daño, no una cualificación subjetiva de la actividad dañosa.

⁵⁷ MARTÍN QUERALT, “Incidencia de la nueva Constitución española en las responsabilidades de la Administración de la Hacienda Pública”, *Hacienda y Constitución*, AA VV, Madrid, IEF, 1978.

⁵⁸ Ver el desarrollo de este argumento en ROMÁN CORDERO, C., “La responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos”, en *RDP* N° 66, 2004, pág. 415; PANTALEÓN PRIETO, F., “Los anteojos del civilista: hacía una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *DA* N° 237 – 238, 1994, págs. 239 a 253.

⁵⁹ STS 14 de junio de 1991.

⁶⁰ *Idem*.

implicaba desnaturalizar la responsabilidad extracontractual del Estado, convirtiéndola en una especie de seguro social y al Estado, por esta vía, en un asegurador universal. Lo anterior implicaba, a juicio de PARADA VASQUEZ, una hipertrofia del sistema de responsabilidad civil, cargando a las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe soportar⁶¹.

Los “anteojos del civilista” remecieron los pacíficos consensos de la doctrina administrativa española⁶², sus planteamientos, a juicio de MARTIN REBOLLO, contribuyeron a poner el dedo en la llaga de la buena conciencia jurídica, provocando en opinión de GARRIDO FALLA⁶³ una especie de *pánico doctrinal*, el que finalmente se tradujo en un cisma doctrinal que da cuenta de tres corrientes: Una de ellas, encabezada por JORDANA FRAGA⁶⁴, sostiene que

NIETO, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, *REDA* N° 4, 1975, pág. 95, y “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial”, *REDA* N° 51, 1986, pág. 427 y sgts., destacaba que la responsabilidad no puede ser ni infinita ni imprecisa. La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico que establezca límites a su ambiciosa fórmula inicial.

⁶¹ ROMÁN, ob. cit., págs. 415; MARTIN REBOLLO, *Ayer y hoy* (...), ob. cit., págs. 324 y 325, nota 13.

⁶² ROMÁN, *Ob. cit.*, pág. 415 y las ideas en lo que sigue.

⁶³ GARRIDO FALLA, F., *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta legislativa*, *REDA* N° 94, pág. 185.

No obstante ello, GARRIDO FALLA “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *RAP* N° 119, pág. 10 y 11, ya había advertido sobre la improcedencia de reunir bajo un mismo supuesto la tesis de la responsabilidad y la expropiación. En efecto, señalaba que “la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración surge como consecuencia de la actividad administrativa ilícita o, al menos, dentro del campo de daños causados por la Administración Pública sin título para ello, lo cual se corresponde —como la otra cara de la misma moneda— con la ausencia de una obligación legal, por parte del dañado, de soportar el daño. Dicho de otra forma: actividad lícita de la Administración se corresponde con la obligación de soportar dicha actividad justificada por el interés público que se satisface, pero que determina el nacimiento de un derecho a reclamar indemnización por parte del perjudicado; por contraste, la actividad ilícita de la Administración que causa un daño al particular justifica cabalmente el derecho a exigir que la Administración repare el daño causado. *La teoría de la indemnización expropiatoria y la teoría de la responsabilidad patrimonial surgen, por tanto, con fundamentos jurídicos diferentes* (...).” (El destacado es nuestro).

Por esta razón GARRIDO FALLA *ibidem*, pág. 11 nota 6, critica la tesis de García de Enterría. En efecto, sostiene que “[L]a tesis de García de Enterría se resume, pues, en lo siguiente: desplazar el punto de vista de la conducta del sujeto responsable (existencia de culpa) al de los efectos que el hecho produce en un patrimonio. Así, la responsabilidad se da siempre que alguien soporta un daño que no está jurídicamente obligado a sufrir. *A nuestro juicio, empero, se trata de las dos caras de la misma moneda: ¿acaso el expropiado —que tiene obviamente derecho a ser indemnizado— no tiene el deber jurídico de soportar la expropiación? En cierto sentido, este cambio de perspectiva significa sustituir el principio de enriquecimiento sin causa que, como título de pedir, justifica tantas reclamaciones indemnizatorias, por lo que me atrevería a denominar ‘principio de empobrecimiento sin causa’* “. (El destacado es nuestro).

⁶⁴ JORDANA FRAGA, J., “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas”, *RAP* N° 149, 1999, pág. 325. En particular sostiene que las opiniones de PANTALEON PRIETO son sólo resultado de su formación civilista, la que le impide asir intelectualmente un sistema de responsabilidad que no esté centrado en la culpa. En este sentido, afirma que son sus anteojos de civilista los que tapan su vista de comprender el holograma jurídico administrativo constitucionalizado y le impide captar la autonomía de las normas jurídico – administrativas con principios distintos y propios en atención a la especificidad de su normal sujeto y actividad material (Idem).

CUETO PÉREZ, “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Publicas”, *RAP* N° 152, 2000, pág. 287, se pronuncia en el mismo sentido, como consecuencia de la Ley 4/99, al señalar finalmente que la nota negativa de esta reforma venida por la nueva redacción del artículo 141.1, que supone una clara reducción

el sistema en los términos establecidos no debe ser modificado, ya que su excesiva interpretación no se debía a defectos intrínsecos de él, sino a la falta de sensibilidad de quienes debían aplicarlo, la judicatura⁶⁵; la segunda, es fiel al sistema en su conjunto, aunque reconoce la excesiva generosidad en la que se ha incurrido en el último tiempo, razón por la cual proponen acotar la procedencia de la responsabilidad a través de la profundización conceptual de sus presupuestos, lo que en palabras de SANTAMARÍA PASTOR⁶⁶ se propone la meritoria tarea de profundizar en los conceptos tradicionales, intentando conferirles perfiles cada vez más afinados a objeto de elevar su nivel de objetividad; la última, encabezada por MIR PUIGPELAT⁶⁷ afirma que el actual sistema de responsabilidad objetivo, es necesario que sea sustituido, aboliéndolo por otro que sea viable y aceptable en términos jurídicos y financieros.

del ámbito de aplicación de la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal y una primera quiebra de la tan defendida responsabilidad objetiva de la Administración. Sólo nos queda desear –termina– que esta tendencia no se consolide en los próximos años, dejando en mero recuerdo histórico el sistema de responsabilidad recogido en la LEF. En una visión semejante se encuentra ESTEVE PARDO, “La protección de la Ignorancia. Exclusión de la responsabilidad por los riesgos desconocidos”, *RAP* N° 161, pág. 77, quien criticando la norma del 141.1, afirma que “[N]o sólo la más elemental formulación del principio de solidaridad, que se ha visto en muchos casos es el fundamento de la responsabilidad, se desvanece así, sino que el propio principio de igualdad reconocido en la Constitución podría verse conculcado sin una justificación razonable”.

⁶⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Prólogo al libro de MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 20 y 21, dirá que “nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público, incluso, como está ocurriendo en la jurisprudencia desde hace no mucho, sin ninguna intervención de la Administración o sus agentes, sino del legislador mismo, representante de la voluntad general. Es un hecho, en definitiva, que la jurisprudencia ha ido extendiendo el ámbito de la responsabilidad de la Administración en términos que, por de pronto, resultan singulares respecto de todos los países occidentales, y que se encuentran, además, en la explicación dogmática de bastantes casos, y, finalmente, que comienzan a pesar ya de manera seria en las finanzas públicas”.

Y más adelante, nuevamente GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo al libro de MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una visión general del sistema*, Thomson - Civitas, Madrid, 2005, pág. 33, utiliza una tribuna semejante para señalar “La doctrina administrativista española, a raíz de la Ley de Expropiaciones Forzosas de 1954, que en su artículo 121 declara (...) tuvo que afrontar un grave reto. De la fórmula general podría intentar deducirse que cualquier menoscabo patrimonial que los particulares sufrieran que tuviese alguna relación, aún indirecta, con el ‘funcionamiento, incluso normal de los servicios públicos’, es to es, de la Administración debería ser resarcido por ésta. Después de la grave insuficiencia que había resultado para el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, el artículo 1903 del Código Civil, que limitaba la posibilidad de su exigencia a cuando el Estado “obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada”, agente especial que no pudo localizarse nunca, podíamos encontrarnos ahora en la situación exacta e inversa: una fórmula legal que leída literalmente parecía constituir una suerte de seguro de daños general y abstracto de la Administración sobre cualquier daño que pudiera producirse en mera relación *de facto* que dicho daño pudiera encontrarse con el funcionamiento (de cualquier tipo: ‘normal o anormal’) de los servicios públicos. Ahora el riesgo era que lo inverosímil de esa amplísima cobertura patrimonial, que tendría efectos fatalmente devastadores de las finanzas públicas, llevase derechamente a la inaplicación sistemática de la misma o, más seguramente, a su inmediata y justificada derogación”.

⁶⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Prólogo al libro de AHUMADA RAMOS, F.J., *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales*, Navarra, Aranzandi, 2000, pág. 18.

⁶⁷ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Madrid, Civitas, 2002. En el mismo sentido PARADA VASQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, T.I., Madrid, Marcial Pons, 13° edición, 2002, pág. 639;

EL MARCO DE LA INFLUENCIA. EL DERECHO LATINOAMERICANO MANTIENE LA TENSIÓN ENTRE FALTA Y LESIÓN.

La búsqueda del sistema adecuado de responsabilidad, es decir, uno basado en la conceptualización de la *falta* o en la *lesión*, marcará, como se verá, buena parte del desarrollo teórico de la responsabilidad del Estado en el Derecho chileno.

Sin embargo, ésta no será una situación que se presente sólo en este sistema jurídico, sino que además impactará en la totalidad del Derecho Administrativo latinoamericano.

En Colombia durante buena parte del siglo XX el sistema de responsabilidad del Estado estuvo centrado en la “*culpa, falta o falla del servicio*”, trasladando a este sistema el complejo debate del Derecho francés como título de imputabilidad, cuestión que se mantuvo invariable en la jurisprudencia. Se afirma que la aplicación del Derecho público en materia de responsabilidad administrativa por medio de la teoría de la *falta de servicio*, constituyó el fundamento básico y general de la responsabilidad hasta la expedición de la Constitución de 1991⁶⁸.

La nueva Constitución Colombiana estableció en su artículo 90⁶⁹ que:

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

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

Esto significó que el sistema Colombiano pasara de un sistema de responsabilidad por *falta* a un sistema por *daño antijurídico* (lesión), amplio por su propio mérito, de modo que su fundamento, a juicio de la doctrina colombiana, se encuentra en el Derecho comparado en el artículo 106 de la Constitución española⁷⁰.

En el Derecho argentino la discusión también se ha centrado en la necesidad de buscar un elemento que permita determinar la responsabilidad del Estado, pues al igual que buena parte de todos los sistemas en los cuales se debate sobre responsabilidad del Estado, el sistema normativo desconoce una regulación concreta y todo su debate comienza desde la idoneidad o inidoneidad del Código Civil, así como las normas constitucionales que garantizan derechos. En la responsabilidad del Estado el factor de atribución está constituido esencialmente por la *falta de servicio*, donde radica su elemento diferenciador como sistema objetivo⁷¹. Por otro lado,

LAGUNA PAZ,, J.C., “Responsabilidad de la Administración por daños causado por sujeto autorizado”, *RAP* N° 155, 2002, págs. 41 – 46.

⁶⁸ VIDAL PERDOMO, J., *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 10° edición, 1994, págs. 245 – 247.

⁶⁹ Para comparar con el texto vigente, ver en línea www.cejamerica.org, en el vínculo dedicado a legislación, específicamente en Constituciones.

⁷⁰ RODRÍGUEZ, L., *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 13° edición, 2002, págs. 442 y 443.

⁷¹ COMADIRA, J., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, procedimiento administrativo y otros estudios*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, págs. 367 y 368. En el mismo sentido CASSAGNE, ob. cit., págs. 286 y 287.

cuando estamos en presencia de actos legítimos, la responsabilidad del Estado tiene como fundamento la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad consagrados en la Constitución Nacional, indicándose que no puede existir responsabilidad sin antijuridicidad, es decir, sin *lesión de derechos*⁷². De esta manera, no hay ningún principio de justicia que sustente la improcedencia de indemnizar los perjuicios resultantes, directos o indirectos⁷³.

En Brasil el debate igualmente se ha centrado en la aplicabilidad de las normas civiles, así como la aplicabilidad de un sistema de responsabilidad objetiva de carácter constitucional. Hasta el establecimiento de normas constitucionales claras, el sistema de responsabilidad extracontractual se basó en el modelo de *falta de servicio*, como un modelo de responsabilidad objetiva⁷⁴. La Constitución de 1988⁷⁵ precisó los textos constitucionales anteriores al establecer en el párrafo 6° del artículo 37 que:

“Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en calidad de tales, causaren a terceros, asegurando el derecho de regreso contra el responsable en caso de dolo o culpa”.

En virtud de esta norma se afirma en el Derecho brasileño que estamos en presencia de un sistema de responsabilidad objetiva, de modo que resulta indiferente la culpa del agente o la falta de servicio, bastando nada más la concurrencia de un hecho administrativo (legítimo o ilegítimo), un *daño antijurídico* y un nexo causal⁷⁶.

En el caso peruano el debate se reproduce. La reciente Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27.444, de 2001, vino a consagrar un modelo de responsabilidad largamente reconocido en la jurisprudencia, basado en el modelo español⁷⁷. En efecto, el artículo 238, semejante al artículo 141 de la LRJPAC, establece:

La característica central del Derecho argentino es que la falta de servicio se construye desde el artículo 1112 del Código Civil.

“Los hechos, las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en la disposiciones de este título”. (Título IX de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos).

Según CASSAGNE, ob. cit., pág. 285., se trata de una norma de derecho público que prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública y ella puede invocarse como fundamento legal positivo de esta clase de responsabilidad.

⁷² COMADIRA, J., ob. cit., pág. 368.

⁷³ CASSAGNE, ob. cit., pág. 273.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso de Direito Administrativo*, Sao Pablo, Malheiros, 11° edición, 1999, pág. 663.

⁷⁵ Vid. www.cejamericas.org

⁷⁶ CARVAHALO FILHO, J.S., *Manual de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 10° edición, 2003, pág. 440.

⁷⁷ MARTÍN TIRADO, R., “La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio”, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, N° 27444*, Primera Parte, AAVV, Lima, Ara Editores, 2001, págs. 307 y 308.

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

Se afirma que la responsabilidad del Estado peruano es a todas luces objetiva. Indica que el Estado de conformidad a estas normas responde de todo daño que se cause, se encuentre o no generado por la culpa o el dolo del funcionario, de manera que para que la responsabilidad de la Administración se haga efectiva basta con la existencia del daño. En la norma quedan incluidas, entonces, actividades lícitas e ilícitas, así como el funcionamiento normal y anormal, al igual que en el sistema español⁷⁸.

Por último, como paradigma de esta condición heredera del modelo español, resulta la situación ocurrida recientemente en México. En efecto, en enero de 2004 entró en vigencia la reforma constitucional de 14 de junio de 2002, por la cual se modificó el título cuarto de la Constitución Política⁷⁹, que pasó a denominarse “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”, en el cual se adicionó al artículo 113, el siguiente inciso segundo:

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

Esta reforma fue una reacción a los márgenes de irresponsabilidad que el Estado Mexicano vivió durante el siglo XX, que llevaron a que sus problemas fueran tratados en el marco del Código Civil, generando su modificación el año 1994⁸⁰. Por esta razón, se afirma que el carácter objetivo y directo de la responsabilidad reconocida por la reforma supone que al Estado le es imputable cuando quien sufre el daño “no tiene el deber jurídico de soportarlo”,

⁷⁸ GUZMÁN NAPURÍ, C., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, N° 27444*, Segunda Parte, VVAA, Lima, Ara Editores, 2001, págs. 568 y 569.

⁷⁹ *Vid.* www.cejamericas.org

⁸⁰ MARÍN, J.C., “Estudio introductorio”, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, (Compág. Juan Carlos Marín), México, D.F., Porrúa, 2004, págs. XI – XIII.

de manera tal que el objetivo de la reforma constitucional fue seguir el modelo constitucional y legal español, basado en la antijuridicidad del daño⁸¹.

Es evidente que en el Derecho latinoamericano la tensión entre *falta* y *daño antijurídico* es un péndulo en el cual se ha centrado el debate en torno a la responsabilidad del Estado, en especial en el título de imputabilidad. Esta distinción es la que marcará el contenido del debate del Derecho chileno, como veremos a continuación. Sin embargo, lo que resulta claro es que el sistema español ha sido el de más larga influencia en los sistemas latinoamericanos, en particular su incidencia en las claves constitucionales posteriores a los gobiernos militares, colocando el énfasis en el amparo y protección de los derechos y libertades de las personas frente al Estado como medio legitimidad de sociedades en permanente conflicto sobre el concepto de Estado de Derecho.

⁸¹ ROLDÁN XOPA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano: hacia una interpretación constitucional alternativa”, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, (Compág. Juan Carlos Marín), ob. cit., págs. 173 y 175.