

cionarios públicos (arts. 376 al 401.B), tales como: abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionario y otros varios tipos penales más abarcando un universo de ilícitos penales bastante numeroso.

La experiencia demuestra que no es inusual que la persona que se considere afectado injustamente por alguna decisión de la administración recurra a la denuncia penal para cuestionar la actuación de los funcionarios públicos, sin embargo no esta probado que dicha propensión a la criminalización sea realmente eficaz para corregir las conductas que se consideran ilegales, lesivas de los derechos de los administrados o que afectan los intereses de la colectividad.

En nuestra opinión en el Perú el recurso a la denuncia penal contra los funcionarios públicos en la práctica es utilizada como una suerte de sustituto a la casi nula operatividad de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, que en el derecho comparado constituye uno de los principales mecanismos de control de la administración pública, pero que lamentablemente no cumple la misma función en el Perú.

4. LA CASI INEXISTENTE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PERÚ

4.1 LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Antes de la vigencia de la LPAG si alguien quería reclamar el resarcimiento de la administración por los daños a sus bienes y derechos solo podía tomar como fuente o base legal el ordenamiento privado sobre responsabilidad de las personas en general contenido en el Código Civil, debido a la carencia de normativa administrativa especial o de desarrollos jurisprudenciales importantes sobre la materia (95).

Es recién con la LPAG que se establece por primera vez en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano en forma explícita el principio de garantía patrimonial de los particulares frente a los daños sufridos por el mal obrar de la Administración Pública (96) y se establecen en el artículo 260 los requisitos y condiciones.

Llegados a este punto es posible sintetizar las características generales en el ordenamiento peruano del régimen legal de la responsabilidad civil extracontractual de la administración pública en sus aspectos legislativos en el contexto de la citada LPAG:

a) Se configura un régimen sustantivo de carácter unitario, es decir con vocación de ser aplicable a todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno (nacional, regional y local o municipal);

(95) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E., *Panorama General del Derecho Administrativo en el Perú*, en Santiago González-Varas Ibáñez (coordinador), *Derecho Administrativo en Iberoamérica* (2.ª edición). Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2012, pp. 1199 ss.

(96) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.18. Principio de responsabilidad. La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico».

b) Se consagra un régimen de responsabilidad directa, de modo que serán los entes públicos quienes tienen la obligación de indemnizar de manera directa por los daños causados por sus funcionarios o servidores en el desempeño de sus cargos, sin perjuicio de la potestad de repetir de dichos funcionarios y del personal a su servicio lo pagado a los privados como indemnización por el daño sufrido, conforme lo establece el artículo 260.6(97) de la LPAG.

c) El régimen tiene un alcance general, es decir comprende toda tipo de actuaciones extracontractuales de las entidades administrativas, sea estas de carácter jurídico o puramente fáctico; es decir el daño puede proceder de actos administrativos y de normas reglamentarias, o de hechos u actuaciones fácticas producidos por agentes públicos, u omisiones administrativas que constituyan el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, siempre que la administración tenía legalmente establecido el deber de obrar o de actuar en un modo determinado. La cobertura de la responsabilidad patrimonial comprende el daño causado por cualquier funcionario o servidor que ejerza funciones públicas integrado en la organización de la administración pública, sin importar el régimen de carrera o laboral de vinculación. Por tanto, de conformidad con la opinión mayoritaria de la doctrina, la ausencia de dicha integración haría inimputable a la Administración Pública las lesiones causadas por los concesionarios de servicios públicos o dedicados a la explotación de obras de infraestructura pública, así como los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas, como es el caso de los notarios, martilleros, agentes de aduana, etc. Ese es el sentido de la redacción de la parte final del artículo 260.1 de la LPAG cuando enfatiza que la responsabilidad de las entidades administrativas se genera por los daños causados «por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas».

d) Se consagra un régimen de carácter esencialmente objetivo que, por tanto prescinde de la exigencia a la víctima de demostrar la existencia de culpa ó negligencia alguna por parte de los agentes públicos para que la pretensión de resarcimiento deba estimarse, siendo suficiente acreditar la realidad de una lesión imputable a una entidad administrativa. Esta configuración objetiva del régimen legal de responsabilidad patrimonial de la administración pública admite sin embargo las importantes matizaciones que se señalan en el siguiente acápite (98).

(97) Artículo 260.6 «Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución».

(98) Sobre el tema Víctor Baca Oneto considera que es discutible que se pueda afirmar que la LPAG haya consagrado un régimen de responsabilidad objetiva de la administración pública porque recoge figuras propias de la responsabilidad por culpa, en: «¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa», en *Revista de Derecho Administrativo, Circulo de Derecho Administrativo*, CDA núm. 9, Lima, 2010, p. 235. También ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, en «Responsabilidad objetiva de la administración en el Perú: entre la erosión de un modelo y la posible configuración de una alternativa mixta», en *Fundamentos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública en el Perú*, ponencia presentada al XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, publicada en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana y otros, Universidad Panamericana, México, 2014, tomo II, p. 423.

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

e) Para hacer efectiva la responsabilidad de la administración pública es indispensable la existencia de un daño causado por su actuación lícita o ilícita. Pero la administración pública no tiene porqué responder de todo daño que cause al administrado, sino solo por el daño injusto. En tal sentido el daño injusto, es el daño antijurídico, es decir un daño que el particular no está obligado a tolerar por no existir causas de justificación en la administración pública productora del mismo, las que son expresas y están legalmente previstas en el artículo 238.2 (99) de la LPAG. Así, conforme al citado precepto se exonera a la Administración Pública de responsabilidad exclusivamente en los siguientes casos:

- i Cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor;
- ii Cuando el daño fuera consecuencia de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero;
- iii Cuando la entidad haya actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos; o
- iv Cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Como se puede apreciar en el ordenamiento jurídico administrativo peruano el origen del régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública es de carácter netamente legislativo consagrado en la LPAG, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos como Argentina, Francia, Italia y en Alemania, países en los que como bien dice Perrino (100) nace esencialmente impulsado por la jurisprudencia de los tribunales, para los cuales no ha sido un impedimento la falta de disposiciones constitucionales específicas ni tampoco la carencia de dispositivos legales que regulen la responsabilidad del Estado, para que se sienten las bases de una sólida doctrina judicial que con fundamento en principios y derechos constitucionales prácticamente universales como el de propiedad, igualdad y el propio Estado de Derecho, ha sentado las reglas para el resarcimiento de lesiones causadas a los particulares por las actuaciones u omisiones de la administración pública.

4.2 LA IMPERFECTA REGULACIÓN EN LAS NORMAS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Conforme se ha señalado en este trabajo, lamentablemente el TUO de la LPCA si bien ha previsto dentro de la relación de las pretensiones que se pueden exigir en

(99) Artículo 260.2 «En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado o de tercero.

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

(100) PERRINO, Pablo, «La responsabilidad extracontractual de la administración pública por actividad ilícita», publicado en *Documentación Administrativa* núms. 269-270, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, 2004, pp. 278 y 279.

el proceso contencioso-administrativo a la pretensión indemnizatoria por el daño causado por la administración, sin embargo inexplicablemente la ha restringido para que solo opere en forma acumulativa con alguna de las otras pretensiones (nulidad, el cese o la realización de una determinada actividad, etc.) que se puedan plantear en la correspondiente demanda (101).

La citada restricción parece inspirada en el errado entendimiento de que el privado solo puede exigir la reparación de un daño injusto causado por la administración si es que en el respectivo proceso, con motivo de alguna de las otras pretensiones, previamente se haya acreditado que la actividad administrativa (una declaración, un hacer o un no hacer) generadora del daño indemnizable cumple con el requisito implícito en la LPAG de haberse realizado fuera o contrariamente al orden legal y constitucional vigente.

Dicho entendimiento es flagrantemente contradictorio con el diseño consagrado en el TUO de la LPAC de un proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción que como sucede en el derecho comprado debería admitir que los afectados por una actuación irregular de la administración puedan demandar directa y únicamente la protección judicial para el resarcimiento de sus derechos afectados.

4.3 RAZONES POR LAS QUE NO OPERA EN EL PERÚ

Como se puede apreciar en el Derecho Administrativo peruano no ha tenido hasta la fecha mayor funcionalidad la exigencia de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública, a diferencia de las experiencias de los países de nuestro entorno y de los países con los que compartimos un ordenamiento administrativo similar, no obstante que constituye uno de los tres instrumentos fundamentales que el Derecho Administrativo pone a disposición de los privados para la protección de sus derechos, junto con el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo.

En nuestra opinión son diversas las razones por las cuales hasta la fecha la figura de la responsabilidad patrimonial de la administración como consecuencia de su mal funcionamiento no ha tenido mayor éxito en el Perú, las cuales podríamos clasificar en tres grupos:

a) Desde el punto de vista de los justiciables:

– Se constata la poca confianza sobre las posibilidades de exigir con éxito resarcimiento a la administración pública por los daños que su accionar irregular puede haberles causado y por el contrario una marcada preferencia por acudir a los procesos judiciales (contenciosos administrativos o constitucionales) para demandar ya sea que: se declare la ilegitimidad de las actuaciones administrativas cuestionadas, la cesación de las situaciones lesivas y/o que se ordene la restitución o restablecimiento de los derechos afectados a los demandantes.

(101) TUO LPCA «Artículo 5. Pretensiones.—En el proceso contencioso-administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: (...) 5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley núm. 274444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores».

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

– La sensación de que a pesar que el privado pueda obtener una sentencia que condene a la administración a resarcirlo económicamente por los daños y perjuicios sufridos, todavía tendrá que sortear dilaciones y dificultades para intentar conseguir ejecutar la referida sentencia de condena pecuniaria, debido a las restricciones que el marco legal nacional ha impuesto para la procedencia del cobro de deudas pecuniarias a las entidades estatales, violándose en forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme lo ha puesto de manifiesto en algunos precedentes el Tribunal Constitucional Peruano.

– La posibilidad de la que gozan algunos inversionistas para poder acceder a la tutela que les brindan Tratados Internacionales de protección de inversiones internacionales o Tratados de Libre Comercio que ha suscrito el Perú para exigir a través de la realización de procesos arbitrales, la mayor parte de las veces ante instancias internacionales como el CIADI, el resarcimiento de sus derechos frente a daños y/o afectaciones patrimoniales por parte de la administración a través de diversas garantías, como es el caso de la denominada expropiación indirecta (102).

– En caso de considerar que se cuentan con justificados motivos para cuestionar directamente la conducta o el comportamiento personal de los funcionarios que adoptan las decisiones generadoras del daño, se prefiere la denuncia penal de los mismos y de ser el caso solicitar que a través de los respectivos procesos penales además de que se declare la responsabilidad criminal de los funcionarios, se condene al pago de una reparación civil a las víctimas, que sin embargo la experiencia demuestra que siempre es reducida.

b) Desde la perspectiva de la regulación del respectivo régimen y de la práctica del proceso contencioso-administrativo:

– Como se ha señalado condicionar la procedencia de la pretensión indemnizatoria para resarcir el daño causado por la actividad ilegítima de la Administración, a que se plantee en forma acumulativa a alguna de las otras pretensiones posibles de exigir en la correspondiente demanda contenciosa, afecta gravemente su efectividad;

– No constituye un aliciente la dilación que se experimenta en la tramitación de los procesos contencioso-administrativos que en promedio puede demorar entre tres (3) y cuatro (4) años por la grave carga procesal que padecen los jueces, especialmente en el orden contencioso-administrativo.

c) Desde la perspectiva de los jueces:

– Ese constata escasa sensibilidad y empatía por parte de los jueces para otorgar la tutela patrimonial a las víctimas y resarcirles económicamente de los daños sufridos por el mal funcionamiento de la administración pública.

(102) Sobre el tema: PERALTA MIRANDA, Giancarlo, *El arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico, visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2017, pp. 349, sobre el estándar de plena protección y de seguridad jurídica que puede comprender la expropiación directa o indirecta; TOVAR GIL, María del Carmen, y TOVAR GIL, Javier, «Derecho Internacional privado. Estudio de las relaciones económicas privadas internacionales», *Gaceta Jurídica*, Lima, 2020, pp. 395, y CARRANO, Italo, y BONIFAZ, Gonzalo, *La protección de las inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. Principales garantías para el inversionista*, Ara editores, Lima, 2011, p. 265.

– La ausencia de jurisprudencia relevante sobre responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública que sirva de referente, para los justiciables y los jueces, como por el contrario si ha sucedido en otros países en los cuales la garantía de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración tiene plena funcionalidad, a diferencia del Perú.

5. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN TORNO A LAS GARANTÍAS JURÍDICAS Y CONVERGENCIAS GLOBALES

5.1 LA ADMINISTRACIÓN POST PANDEMIA. LA TENDENCIA A LA SOBRRERREGULACIÓN

Desde que en el Perú se comenzaron a adoptar medidas para afrontar la pandemia a mediados de mes de marzo del año 2020, uno de los aspectos que en esta parte del presente trabajo queremos referirnos es la constatación de la tendencia a la sobrerregulación por parte de algunos sectores de la administración pública.

La cantidad de normas sectoriales y el detalle con que desarrollan la regulación de las materias a su cargo parece indicar que las deficiencias que han podido ponerse en evidencia en el funcionamiento de la administración pública peruana han querido ser compensadas consciente o inconscientemente por un incremento en la regulación administrativa respecto de la actividad de los privados.

No obstante que en el ordenamiento jurídico administrativo peruano es de larga data la existencia de un procedimiento administrativo específico para la eliminación de exigencias y barreras burocráticas, incluidas las que obren en normas administrativas (103), y se vienen desarrollando los denominados procesos de mejora de la calidad regulatoria con el análisis de impacto regulatorio *ex ante* (104), se constata que desde que inició la pandemia, buena parte de las entidades administrativas han privilegiado la regulación mediante el dictado de dispositivos de carácter marcadamente reglamentarista como una manera de evidenciar supuestamente el cumplimiento de las funciones a su cargo.

(103) Nos hemos referido a dicho procedimiento en «El control de la administración pública en el Perú», publicado en el colectivo dirigido por DELPIAZZO, Carlos, *El control de la actividad administrativa, en la colección de derecho administrativo comparado*, dirigido por Libardo Rodríguez. Editorial Temis, IIDA, y Editorial Jurídica Venezolana, Bogota, 2018, p. 405. Ver también TIRADO, José Antonio, *Eliminación de barreras burocráticas. Análisis del decreto legislativo 1256 que aprueba la ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017. Y GÓMEZ APAC, Hugo, «El análisis de impacto regulatorio y el régimen de control de las barreras burocráticas como herramientas para la modernización de la administración pública», publicado en AAVV, Juan Jiménez Mayor (director), *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Como entender y fortalecer al Estado en tiempos de pandemia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021. pp. 499 ss.

(104) Regulado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1310, modificado por el Decreto Legislativo 1448 y reglamentado entre otras normas por el DS 063-2021-PCM que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del análisis de impacto regulatorio *ex ante*.