
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Juan Felipe Isasi Cayo

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Escuela de Administración de Negocios (Esan) y en la Universidad de Piura. Profesor de Derecho Administrativo y Cultura Política en la Universidad de Lima. Superintendente y presidente del Consejo Directivo de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

Recientemente se ha promulgado la Ley de Procedimiento Administrativo General, ley 27444, que entra en vigencia en el mes de octubre del 2001. Entre los temas materia de regulación por dicho cuerpo legal, me propongo tratar el de la responsabilidad del Estado en la función administrativa, sin agotar todos los supuestos de responsabilidad del Estado ni desarrollar la que corresponde a las autoridades y personal al servicio de la administración pública, puesto que ello implicaría un propósito ciertamente necesario, pero ambicioso en extremo para ser abordado en este breve artículo.

Como señala Jaime Vidal Perdomo¹, la teoría de la responsabilidad del Estado en general presenta varios aspectos:

- La cuestión acerca de la existencia misma de la responsabilidad del Estado;
- La forma como ha de tomarse el "Estado", es decir, si como un organismo que es responsable directamente o como asumiendo responsabilidad de los daños causados por sus órganos o funcionarios;
- El conjunto de normas aplicables al Estado, esto es, si son las mismas que regulan la responsabilidad de los particulares y

¹ VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. 11a. edición. Santafé de Bogotá: Temis S.A., 1997, p. 267.

que están contenidas en el Código Civil o si, por el contrario, existe una normatividad especial; y

- Si la jurisdicción aplicable es la común o la administrativa.

No siempre se ha reconocido el principio de la responsabilidad del Estado. Ello es una conquista relativamente reciente que deriva de la evolución del Estado absoluto al Estado democrático de derecho, en una primera etapa y, luego, de la notable expansión de las actividades estatales producida hasta finales del siglo XX.

En efecto, cuenta Vidal Perdomo² que el derecho anglosajón aportó el principio primigenio de la irresponsabilidad del Estado como consecuencia de la doctrina de la soberanía. A su turno Eduardo García de Enterría³ y Tomás Ramón Fernández precisan que, en realidad, esta concepción es la resultante de una combinación de dos principios tradicionales que se reforzaban mutuamente en el Reino Unido: El principio *the king can do not wrong* ("el rey no puede equivocarse") que operaba en el plano material y la doctrina de la *non sua-bility* o inmunidad judicial de la Corona, que actuaba en el plano procesal, haciendo depender la propia formalización de la litis de la previa formulación de una *petition of rights*, a la que la Corona podía eventualmente acceder mediante un *fiat justitia*.

En estas circunstancias, según los autores españoles, el peso de la responsabilidad por daños del servicio venía a recaer así íntegramente y, en todo caso, sobre los propios funcionarios, sistema que operó "... aceptablemente en tanto se mantuvo

vigente el esquema de una administración abstencionista"⁴ pero que empezó a encontrar serias dificultades desde la guerra de 1914, en la medida en que crecía el intervencionismo estatal en la vida económica y social y, consecuentemente, se incrementaban los daños resultantes de la acción del Estado, a la par que los patrimonios particulares resultaban insuficientes para afrontar y garantizar la adecuada y justa indemnización a los damnificados, amén de que, en muchos casos, ni siquiera era posible focalizar el origen de ciertos daños ni individualizar por tanto a sus autores materiales directos (daños anónimos). En este último supuesto se optó por la precaria fórmula, consistente en que la administración designara libremente a la persona del funcionario que había de asumir el papel de demandado en el proceso, respaldándolo económicamente para hacer frente a la eventual condena (sistema del acusado nombrado). Esta práctica, no obstante, fue rechazada por la Cámara de los Lores en 1946 (caso Adam versus Naylor). Con ello la situación se hizo ya definitivamente insostenible, abocándose a una reforma legislativa, que:

... sometió a la Corona a la misma responsabilidad que si fuera una persona privada con plena edad y capacidad, tanto por razón de los daños cometidos por los funcionarios (excluidos los resultantes de la acción de la policía hasta la reforma de 1964), como por el incumplimiento de las obligaciones que toda persona tiene para con sus servidores y agentes por ser su empresario o de las anejas a la propiedad, ocupación y posesión de las cosas⁵.

En el sistema francés el proceso histórico ha sido similar, según los mismos juris-

2 VIDAL PERDOMO, Jaime. Op. cit., p. 267.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 4a. edición. Tomo II. Madrid: Civitas S.A., 1993, p. 358.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 359.

5 Ibidem.

tas españoles⁶: en una primera etapa impera el principio de irresponsabilidad del Estado, excepto para ciertos casos específicos taxativamente contemplados en la ley, como por ejemplo los daños resultantes de la construcción de obras públicas o tumultos, acciones del ejército o daños de guerra. En todos los demás casos, la víctima sólo puede actuar contra el funcionario autor del daño, de acuerdo con las reglas del derecho común.

Sin embargo, muy pronto se comenzó a limitar incluso la acción directa contra el funcionario responsable mediante la exigencia de una autorización administrativa previa, justificada en una interpretación muy típica del derecho administrativo francés del principio de la separación de poderes consistente en impedir al Poder Judicial la interferencia de las actividades de la administración e, incluso, la citación judicial a los funcionarios.

Paradójicamente,

... de esta intervención administrativa, en la que se formaliza un obstáculo importante a la responsabilidad personal del funcionario, va a surgir, sin embargo, la responsabilidad patrimonial de la propia Administración, pues el Consejo de Estado, órgano llamado a otorgar la autorización para proceder contra aquél, acostumbrará a negar dicha autorización, salvo en los casos en que aprecie la existencia de una falta personal del agente, aceptando en los demás supuestos, que se reputan como expresivos de una simple "falta de servicio" impersonal, que la acción se dirija contra el Estado ante los Tribunales administrativos.

Esta distinción básica se erige a partir de entonces en el motor de la evolución, que se orienta progresivamente a la restricción de los supuestos de falta personal, caracte-

rizada, primero, por su ausencia de toda relación con el servicio y reducida, después, en aquellos casos en que la falta del agente se produzca en el servicio o con ocasión del mismo, a los supuestos de intención manifiesta o de gravedad especial. En todos los demás casos (y aun en estos mismos si con la falta personal coexiste otra que no tenga ese carácter, dando lugar a una acumulación de responsabilidades aceptada desde el *arrêt Anguet* de 1911), se considera directamente responsable a la administración, a la que se imputan los resultados dañosos de las faltas cometidas por sus agentes cuando no tengan el carácter de faltas personales determinantes de la responsabilidad exclusiva de los mismos y aquellos otros que convencionalmente se califican de anónimos, en la medida en que no es fácilmente identificable su concreto autor. Toda negligencia, error u omisión que, aunque reprochable, está en los hábitos del servicio y es inseparable del mismo, se entiende, pues, constitutiva de una *faute de service* ("falta de servicio") y hace surgir un deber de reparación a cargo de la administración responsable del servicio de que se trate⁷.

El sistema de responsabilidad del estado en Francia ha ido así perfeccionándose. Sigue apoyándose formalmente en la idea de "falta", que constituye el fundamento general de la responsabilidad patrimonial de la administración, pero con algunas correcciones que es importante precisar. Por lo pronto, que la idea de falta en que el sistema se basa se aleja apreciablemente de la noción tradicional de culpa, supuesto que se trata de una falta objetivada, es decir, de una falta del servicio mismo, que no es necesario, ni aun en el supuesto de que sea materialmente posible hacerlo, individualizar. Además, junto al derecho común de la responsabilidad así construido,

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 362.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. Op. cit., pp. 362-363.

se alinean una serie de regímenes particulares a los que es extraña toda la idea de falta y en los que, por lo tanto, la responsabilidad de la administración queda comprometida desde el momento en que se aprecia la existencia de un daño cierto imputable a ella, bien por razón del riesgo creado o del provecho obtenido. Y si bien, en conjunto el derecho francés, no ha llegado, como profetizara Duguit⁸ hace ya medio siglo, a edificar la responsabilidad del Estado sobre un fundamento objetivo —el riesgo social—, es decir, sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva por razones de solidaridad nacional en provecho de los que sufren un perjuicio a causa del funcionamiento de los servicios públicos, seguro establecido en beneficio de toda la comunidad, se aproxima mucho a esa idea fuerza, asegurando unos resultados prácticos muy semejantes gracias a una jurisprudencia cautelosa pero constante, que evita siempre la formulación ostentosa de grandes principios, pero que no renuncia nunca a perfeccionar, ampliándola, la cobertura patrimonial de los administrados frente al actuar lesivo de los entes públicos. He citado casi literalmente las palabras de los maestros hispanos⁹.

En el Perú, Fernando de Trazegnies Granda¹⁰ ha descrito minuciosamente la evolución de la responsabilidad estatal, sin limitarse al campo de la acción de la administración. Ha dicho que, siguiendo las tendencias del derecho anglosajón y francés, en el siglo XIX, durante la vigencia del Código Civil de 1852, primó la convicción de que al Estado no puede exigírsele res-

ponsabilidad civil porque sus actos están protegidos por la inmunidad soberana. Incluso, los tribunales rechazaron una presunta responsabilidad vicaria del Estado por actos de sus funcionarios basados en el hecho de que ésta tiene su fundamento en el Código Civil en tanto que el Estado no es un sujeto de derecho privado sino público. Sin embargo, reconoce que excepcionalmente se admitió una responsabilidad a favor de quienes sufrieran daños directos e intencionales por parte del Estado, tales como los propietarios de las haciendas cuyo forraje fue utilizado por las caballadas del ejército o cuyos almacenes de víveres y otros artículos fueran utilizados para satisfacer las necesidades de alimento y vestido de la tropa. En todos los demás casos, fueron los propios funcionarios quienes enfrentarían acciones civiles de responsabilidad, procesos en los que se advierte una suerte de discriminación contra los extranjeros.

Durante la vigencia del Código Civil de 1936, se admite la responsabilidad civil del Estado en los casos de actos intencionales que causan daños a la propiedad, por actos arbitrarios de la administración o por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado, por ejemplo durante algún tumulto popular o por defectuoso mantenimiento de los servicios públicos, además de la responsabilidad sujeta al derecho común derivada de los actos de gestión privada del Estado, es decir como propietario de vehículos que causaron accidentes, por accidentes aéreos, como propietario de un inmueble que produce daños o la que directamente asumieran los entes autónomos económica y administrativamente.

De Trazegnies recuerda que, con ocasión de la elaboración del Código Civil de 1984, propuso que se consignara expresamente la responsabilidad del Estado por los daños resultantes de las deficiencias de

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 364.

9 *Ibidem*.

10 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 223-274.

los servicios públicos, del defectuoso mantenimiento de la propiedad estatal y de los actos de la administración y de sus funcionarios; empero tal sugerencia no prosperó porque la Comisión Revisora consideraba innecesario dicho artículo ya que estimaba que la responsabilidad estatal estaba implícita en los artículos 1969 y 1970 del Código, pero fundamentalmente por el temor de que, al hacerse explícita la referida responsabilidad estatal, se produjera una auténtica avalancha de procesos contra el Estado. Esta solución, dice De Trazegnies, reflejaba una falta de transparencia del Estado, pero además el sentir de la Comisión Revisora de que muchos de estos procesos tendrían que ser declarados infundados por ausencia de culpa de la administración dada la precariedad de recursos económicos propios de un país pobre al que no se le podía pedir demasiado¹¹.

Pero el autor peruano concluye en la necesidad de aplicar el principio de difusión social de los riesgos como fundamento de la responsabilidad estatal, partiendo de la premisa de que toda víctima debe ser indemnizada, salvo excepciones que tienden a ser cada vez más reducidas, tales como el ejercicio del derecho de dañar, por ejemplo a través de la libre competencia o cuando media el dolo o negligencia inexcusable de la propia víctima o acaso cuando media caso fortuito. Dice De Trazegnies que:

El Estado es una necesidad de la vida social: no es concebible una sociedad moderna sin Estado. Por consiguiente, su actividad beneficia —en principio— a todos los miembros de la sociedad. Dentro de esta línea de razonamiento y dentro de la teoría del riesgo creado, si el Estado comete daños (sea por error, por negligencia o por directa distorsión de sus funciones) es na-

tural que el peso económico de éstos sea asumido por la sociedad toda. En estas condiciones, la responsabilidad del Estado cumple la función de diluir dentro del todo social los daños sufridos por algunos a causa de la actuación del mecanismo instaurado por la sociedad con la intención de que todos se beneficien (...) sin perjuicio de la responsabilidad personal de los funcionarios correspondientes, contra los cuales puede dirigirse también la víctima y contra quienes puede repetir el Estado, en nombre de la sociedad...¹².

Así las cosas, se expide la nueva ley 27444, denominada Ley de Procedimiento Administrativo General, pero que tiene una vocación codificadora más que procedimental, puesto que abarca aspectos sustantivos de capital importancia, entre los cuales se encuentra el tema de la responsabilidad de la administración pública y la de sus agentes, acerca del cual, como queda dicho, no examinaremos.

Intentaremos sí escudriñar el alcance y sentido de las normas contenidas en el artículo 238, sobre responsabilidad de la administración propiamente dicha.

En efecto, el artículo 238.1 de la nueva ley 27444, señala que:

Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

Precisa el artículo 238.2 que la nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o judicial, no genera necesariamente tal responsabilidad.

11 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. cit., pp. 221-223.

12 *Ibidem*, p. 252.

Asimismo, los artículos 238.3 y 238.4 determinan que sólo hay lugar a indemnización del daño cuando éste es efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos y siempre que se trate de daños que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

El artículo 238.5 establece que la cuantía de la indemnización incluye intereses legales desde el día de la producción del daño y el artículo 238.6 consagra el derecho de repetición de la administración respecto del funcionario, autoridad o servidor responsable, en función de la intencionalidad, responsabilidad profesional y su relación con la producción del perjuicio, para cuyo efecto, la administración podrá actuar en sede judicial o acordar con el agente, en sede administrativa, el reembolso correspondiente en cuya hipótesis el acuerdo respectivo será aprobado mediante una resolución administrativa.

De todos estos temas, acaso el de mayor importancia es el de dilucidar el ámbito de la responsabilidad de la administración que constituye la hipótesis de la norma, esto es, qué se ha querido decir cuando se establece que el administrado tendrá derecho a ser indemnizado "siempre que el perjuicio sea consecuencia del 'funcionamiento de la administración'".

La primera cuestión es si el artículo 238 se propuso limitar la responsabilidad de la administración sólo a las hipótesis allí mencionadas y, por ende, deberíamos entender abrogadas para el caso de la administración pública, las otras fuentes de responsabilidad civil contenidas en los artículos 1969, 1970 y concordantes del Código Civil, para los cuales prevalecería el principio de inmunidad judicial derivado de su potestad soberana. Nuestra opinión es que no hay tal abrogación. Interpretamos que, independientemente de las responsabilida-

des en las que pudiera incurrir el Estado y particularmente la administración pública con arreglo a las normas del derecho común, el artículo 238 mencionado pretende regular la responsabilidad del Estado en la función administrativa que, como señala Manuel María Diez¹³, puede clasificarse en orden al origen de los daños de la siguiente manera:

- Unas veces el daño ha sido producido por la ejecución de actos ilegales o porque el servicio público ha funcionado de modo irregular o anormal, es decir, con impericia, error, negligencia o dolo de los funcionarios.
- Otras veces el daño tiene su origen en la actividad administrativa ejercida legalmente para el funcionamiento regular y normal de los servicios públicos, sin acto ilícito de nadie, y
- En otros supuestos el daño ha sido causado sin acto ilícito de los funcionarios, de un modo anormal, excepcional, sin que pueda decirse que la administración ha obrado ilegalmente, pero sin que tampoco pueda afirmarse que se trata de un funcionamiento normal de los servicios públicos. Así, por causas desconocidas explota un polvorín y causa daños a terceros, no podrá declararse la obligación de la administración pública de indemnizar a título de actividad ilegal o por culpa de sus funcionarios, ya que era perfectamente legal la existencia del polvorín y no se ha demostrado la culpa de nadie. Tampoco puede decirse, sin embargo, que el servicio público ha funcionado de un modo normal, ya que no puede considerarse como normal la explosión de un polvorín y causar víctimas.

13 DIEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Tomo V. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971, p. 19.

Se trata así de una responsabilidad objetiva que únicamente excluye los casos de fuerza mayor y de daños socialmente tolerables, en especial aquel que el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar por mandato de la ley. Esto es así porque el artículo bajo comentario se refiere a perjuicios producidos como consecuencia del funcionamiento de la administración, no únicamente del "mal" funcionamiento que la doctrina conoce como "falta de servicio". En esta hipótesis la responsabilidad alcanzará a todos los casos en que se produzca un daño individualizable aunque no medie culpa por parte de la administración o sus agentes, incluyendo los supuestos de actividades riesgosas o peligrosas, dentro de la doctrina del riesgo creado que beneficia a toda la sociedad representada por el Estado y que el Estado está en la obligación de indemnizar en representación de la colectividad beneficiaria del riesgo creado.

Pero esta línea interpretativa nos lleva también a la conclusión de que la responsabilidad de la administración alcanza igualmente a los daños por ausencia de funcionamiento y, como queda dicho, en ningún caso importará la identificación del agente individual de la administración directamente causante del daño, aunque —de acuerdo con las reglas anotadas— exista el derecho de repetición del Estado contra aquél, si el agente causante del daño es individualizado.

De ser así, se habría abierto una puerta muy grande por la que entrarán toda clase de pretensiones que el presupuesto público no podrá enfrentar: el desperfecto ocasionado a los automóviles como consecuencia de las pistas mal cuidadas, accidentes producidos por falta de señalización o de iluminación de las pistas o de las carreteras o, incluso, el incumplimiento de los deberes de seguridad contenidos en el artículo 44 de la Constitución, como por

ejemplo defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

Claro que cabría aquí relativizar los supuestos de responsabilidad, bajo un criterio de razonabilidad, ya que es de esperar que en un país como el nuestro le sea exigible la señalización e iluminación adecuada de las pistas urbanas y, por ende, exigible una indemnización por accidentes producidos por defectos de iluminación o señalización; pero tal exigencia no resulta igualmente razonable si el accidente se produce por las mismas causas en una carretera, camino o trocha del interior del país.

Sin embargo, tenemos que reconocer que esta primera conclusión admite interpretaciones más restrictivas debido a la expresión "*siempre que* el perjuicio haya sido consecuencia del funcionamiento de la administración". Literalmente cuando se utiliza la expresión "siempre que" puede entenderse como "únicamente en los casos que..." y por lo tanto excluidos los daños por omisión o ausencia de servicio o de cumplimiento de los deberes primordiales que el Estado se ve imposibilitado de atender por razones presupuestales. Empero, esta línea de interpretación restrictiva excluiría inconvenientemente la indemnización de otros daños que sin duda ameritan ser reparados, como por ejemplo los causados por la decisión de la administración de retirarse de ciertas actividades (verbi-gracia control de calidad de medicamentos), abandono del cargo, por el exceso o desviación de poder que implican una ausencia de servicio o la actuación del funcionario fuera del ámbito de su competencia, supuestos en los cuales podría considerarse que los daños no han sido consecuencia del funcionamiento de la administración.

Ahora bien, hemos dicho que los artículos 238.3 y 238.4 determinan que sólo hay lugar a indemnización del daño cuando éste es efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos y siempre que se trate de daños que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

No tienen mayor dificultad de interpretación los requisitos relativos a la efectividad y patrimonialidad del daño que excluye las meras molestias por deficiencias socialmente tolerables del servicio, ni la exigencia de que el daño sea individualizable con relación a una persona o grupo de personas que excluye el daño abstracto y general que afecta a la comunidad, como serían los casos de contaminación del aire o el ruido de la ciudad, aun cuando en estos aspectos cabrían casos de individualización. El joven jurista Marco Martínez¹⁴ anota, por ejemplo, que bien podría incoar un ciudadano que hubiera contraído un cáncer por efecto de humos provenientes de cigarrillos debido al incumplimiento del Estado de su deber de hacer cumplir las leyes que prohíben fumar en lugares cerrados.

En cambio resulta menos claro y preciso el tema referido a los daños que no son indemnizables por tratarse de aquellos que todo ciudadano está obligado a soportar por el principio de igualdad de las cargas públicas. El artículo 238.4 dice que sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

Empero, ¿cuáles son los daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar? Una primera pista nos la brinda el

propio numeral 4 del artículo 238 de la norma en estudio, cuando señala que la necesidad de soportar el perjuicio debe provenir de la ley. Hay casos tan evidentes como el perjuicio patrimonial nacido de la tributación o de una resolución judicial o administrativa, emitida en un proceso regular, que nos impone una carga u obligación, desestima una pretensión o aplica una sanción. Estos daños evidentemente no son resarcibles, como no lo son en el derecho común los causados por el ejercicio regular de un derecho.

En cambio sí son resarcibles los daños emanados de actos arbitrarios de la administración, el que derive de un proceso viciado o del uso indebido de un atributo de la administración.

Sin embargo, la redacción de la norma no es clara. ¿Es que la ley debe señalar explícitamente cuáles son los daños que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar y, por ende, son indemnizables o es que la ley debe señalar los daños que el administrado sí tiene el deber jurídico de soportar y, por ende, no son indemnizables?

La Constitución y las leyes contemplan la indemnización por errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, entre otros casos, como el de expropiación; pero también existe normatividad que contiene expresa referencia a actos dañosos legítimos en los que no existe derecho a ser indemnizado. Por ejemplo, el artículo 175 de la Constitución señala que sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra, agregando que todas las que existen, así como las que se introduzcan o fabriquen en el país pasan a propiedad del Estado sin proceso ni indemnización.

Me temo que restringir los casos de indemnización sólo a los que la ley explícitamente señala como indemnizables, implicaría un grave retroceso y abonaría la tesis

14 Diálogo personal.

según la cual la ley 26744 habría virtualmente abrogado el Código Civil en materia de responsabilidad de la administración.

Cabe plantear la situación jurídica de los daños causados por la ley inconstitucional.

En general la doctrina y la jurisprudencia francesa han admitido que existe responsabilidad indemnizable por acto legislativo, cuando el perjuicio que causa es individualizable. En los demás casos permanece la idea de que los perjuicios sufridos por las leyes son cargas públicas.

De Trazegnies¹⁵ ha dicho que hay responsabilidad, pero como consecuencia directa de la ley que tiene carácter general, además de la que emane de los actos de aplicación de la ley inconstitucional que son actos administrativos. En nuestra opinión, esta última hipótesis obligaría a conceder a los funcionarios una potestad de control difuso que la Constitución ha reservado a los jueces.

Por ahora, deberíamos interpretar que los daños ocasionados por la administración en estricta aplicación de una norma con un contenido inconstitucional no son indemnizables, puesto que los funcionarios y servidores públicos no tienen la potestad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas, sino que esencialmente deben sujetarse a ellas, en tanto no sean derogadas, modificadas o declaradas inconstitucionales.

Podría considerarse la existencia de un daño jurídicamente no soportable sólo en el caso de que la referida inconstitucionalidad hubiese sido declarada por el Tribunal Constitucional o por un acto formal de reconocimiento por parte del Estado.

También es posible interpretar que el daño individualizado producido por un ac-

to administrativo de ejecución de una ley inconstitucional, sí es indemnizable, pero no susceptible de repetición contra el funcionario que emitió el acto administrativo de ejecución puesto que él no tenía la potestad de inaplicar la norma inconstitucional, porque el artículo 138 de la Constitución sólo reconoce a los jueces la potestad y deber de ejercer control difuso de la constitucionalidad de la ley.

Empero, también cabría un replanteamiento de nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo la potestad de los funcionarios de ejercer control difuso de la constitucionalidad, en aplicación del artículo 38 de la Constitución, que obliga a todos los peruanos a respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación en concordancia con el artículo 51 de la misma Carta, según el cual prevalece la norma constitucional sobre la legal y ésta sobre las de inferior jerarquía, habida cuenta que, además, el artículo 46 de la propia Carta Magna señala que son nulos los actos emanados de autoridad usurpada y que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asumen funciones con violación de la Constitución y las leyes, supuesto que se da claramente en la ley inconstitucional y en el reglamento que transgrede la ley o la desnaturaliza, porque implica ejercer una competencia que no se tiene.

15 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. cit., p. 270.