

UNA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DESTITUCIÓN INCONSTITUCIONAL DE MAGISTRADOS

*Mario Castillo Freyre**

*Verónica Rosas Berastain***

1. INTRODUCCIÓN.— 2. ¿EL ESTADO DEBE RESPONDER POR LOS DAÑOS QUE CAUSE CUANDO EN EJERCICIO DE SU FUNCIÓN LEGISLATIVA VIOLA DERECHOS CONSTITUCIONALES? —

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo versa sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado como consecuencia del cese y/o destitución inconstitucional de jueces y magistrados durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori.

La relevancia del tema resulta incontrovertible, pues el que la naturaleza de dicha responsabilidad sea contractual o extracontractual tiene una injerencia práctica notable, especialmente en lo que concierne al plazo prescriptorio de la acción a la que tendrían derecho los jueces y magistrados que hayan sido cesados y/o destituidos.

A fin de lograr una lectura integral de la problemática, es necesario desarrollar, al menos brevemente, algunos aspectos puntuales que se encuentran vinculados de manera intrínseca a ella.

La institución de la responsabilidad civil del Estado constituye, en palabras de Luis Ortega, uno de los elementos de cierre de la actuación estatal en un sistema de Estado de Derecho; de donde se sigue que la progresiva implantación del principio de responsabilidad corre paralela, en gran medida, con

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de Arbitraje y de Derecho de su Estudio. www.castillofreyre.com.

** Verónica Rosas Berastain. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría con mención en Derecho Civil en esa misma casa de estudios. Ganadora del premio Extraordinario Galileo 2009 otorgado por la Escuela de Graduados de la PUCP.

el perfeccionamiento de las técnicas generales del Derecho Administrativo para el sometimiento de los poderes públicos a las reglas del Derecho.¹

En este sentido, como señalan Osterling y Castillo,² hoy se acepta que junto a las prerrogativas propias del Estado, surge un conjunto de obligaciones. De igual manera, se otorga a los ciudadanos mecanismos o garantías con los cuales puedan defender sus derechos e intereses. Algunos de esos medios son indirectos y se basan en la noción de la representación, mientras que otros, por el contrario, son directos. Estos últimos nos demuestran que contra el Estado no sólo es posible actuar por medio de los canales políticos, sino también por la vía judicial, mediante la cual el ciudadano puede accionar y no resignarse ante la ineficiencia estatal o contra el abuso de su poder.

Sea, entonces, que el Estado actúe a través de la Administración Pública o a través de sus diversos agentes o funcionarios, los ciudadanos cuentan con mecanismos de tutela. Al fin y al cabo, de no existir éstos, se estaría otorgando al Estado la posibilidad de una actuación ilimitada que podría degenerar en exceso o abuso de autoridad, lo que supondría retroceder a las antiguas concepciones del poder soberano y absoluto del monarca.³

Lo expuesto resulta esencial para comprender la responsabilidad patrimonial que puede imputarse a la Administración Pública, puesto que dicha imputación es posible en la medida de que la Administración Pública es reconocida como una persona jurídica, es decir, como titular de un conjunto de prerrogativas y potestades y también de obligaciones. Es ello, por ende, lo que posibilita su caracterización como sujeto de relaciones jurídicas.

Otro punto esencial que no podemos dejar de lado es la idea misma de la «función administrativa o estatal». Ella puede definirse como la síntesis de una multiplicidad de funciones, que se realizan en el complejo de la actividad administrativa y que tienen por objeto el cuidado concreto de los intereses públicos.

¹ ORTEGA, Luis. «La Responsabilidad Civil de la Administración Pública». En: *Thémis*. n.º 32, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 17.

² OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Tomo XII, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 1333.

³ IDEM.

De esto podemos inferir, siguiendo a García de Enterría, que la Administración Pública es una organización instrumental, ya que tiene por finalidad la consecución del interés público, entendido éste como aquél que abarca todos los intereses —de la propia Administración Pública, de los administrados y de los terceros—, pero el de ninguno en particular. Cabe resaltar que el interés público, a su vez, se presenta como su principio fundamental. A ello debemos agregar que si bien dicho fin le otorga una serie de potestades y facultades, las mismas tienen como premisa el alcanzar el equilibrio entre ese interés general y el de los administrados.⁴

El Estado, a través de sus órganos, tiene la función de tutelar los derechos colectivos, asegurando la realización de tales intereses, pero sin que ello signifique violentar los derechos e intereses particulares de los ciudadanos.

Conviene entonces señalar, al respecto, que toda esa gama de potestades con las que cuenta el Estado y que pone en práctica a través de la Administración Pública en sentido estricto, a través de la Administración jurisdiccional y a través del ejercicio de su función legislativa, se contrarresta eficazmente por medio de la acción contencioso-administrativa, del proceso constitucional de amparo y de la teoría de la responsabilidad del Estado.

2. ¿EL ESTADO DEBE RESPONDER POR LOS DAÑOS QUE CAUSE CUANDO EN EJERCICIO DE SU FUNCIÓN LEGISLATIVA VIOLA DERECHOS CONSTITUCIONALES?

Sin perjuicio de lo anterior, conviene advertir que no todo acto estatal que sea violatorio de un derecho conllevará, necesariamente, el nacimiento de un derecho indemnizatorio a favor de aquel que fue perjudicado con dicho acto.

Así, lo cierto es que podrían configurarse supuestos en los que, pese a que una persona se haya visto perjudicada por el actuar de un órgano o un funcionario estatal, no se podría imputar responsabilidad civil al Estado.

Y es que, aunque la responsabilidad civil del Estado es siempre objetiva, por tratarse de un ente o persona jurídica incapaz de conducirse por sí mismo

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1999, tomo I, p. 28.

con culpa o dolo, los agentes del Estado son personas que sí pueden ser juzgadas en base al factor subjetivo de la responsabilidad. De ello se sigue que si el agente, pese a haber violado el derecho de una persona, no actuó con culpa o dolo, no podría ser responsable de los daños que su actuación haya podido ocasionar, lo que implica correlativamente que en tales supuestos no pueda atribuírsele al Estado responsabilidad.

Para graficar esta idea, pensemos en la responsabilidad civil de los magistrados. Como bien sabemos, de acuerdo a la regulación de nuestro sistema jurídico, la responsabilidad de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional es siempre subjetiva.

Lo anterior significa que si en un proceso en el que se discuten los alcances de una norma, el juez, sin culpa ni dolo, la interpretara desde un sentido que genere la vulneración de un derecho, no podría atribuírsele responsabilidad civil, a pesar de que, incluso, pueda probarse que su decisión generó serios daños a una persona.

En nuestra opinión, sin embargo, lo descrito no resulta aplicable cuando el evento que genera el daño es un acto legislativo. Y no es aplicable por una razón muy simple, esto es, porque de serlo, se estaría imponiendo una carga probatoria demasiado grande a la víctima.

De este modo, tenemos la firme opinión de que en los casos en que el evento lesivo tiene como origen el ejercicio de la función legislativa del Estado, no resulta necesario evaluar si el agente (persona natural), que efectivamente legisló, lo hizo de manera imprudente (culpa), a sabiendas de que la norma que emitía violaba algún derecho (dolo) o, inclusive, con la intención de perjudicar — o beneficiar ilegítimamente— a una persona o grupo de personas.

Más allá de esas consideraciones, hoy podemos afirmar que el Estado puede ser responsable por el dictado de leyes, pues si bien en un Estado social y democrático de Derecho, el ejercicio de la potestad legislativa es consustancial a la existencia misma del Estado, lo cierto es que tal potestad no puede vulnerar las normas y valores sobre los que ese Estado se sostiene.

El legislador tiene libertad para configurar, regular o desarrollar todas aquellas materias necesarias para la existencia de la organización política.

Obviamente, en el ejercicio de esa potestad legislativa está sujeto al bloque de constitucionalidad, representado por los preceptos, valores, principios y jurisprudencia constitucionales y, desde luego, por aquellos convenios o instrumentos internacionales debidamente aprobados, que tienen un rango supra legal.⁵

Cuando el Estado-legislador emite una norma inconstitucional, incurre en falta y esa falta podría dar lugar al nacimiento de una obligación de indemnizar del que sea sujeto pasivo.

Para que ello ocurra, sin embargo, es necesario, en primer término, que la norma emitida genere efectivamente algún daño a una persona. En segundo término, es imprescindible que dicha norma sea declarada inconstitucional, pues a partir de esa declaración y del daño padecido, el damnificado podrá solicitar la indemnización que le corresponde.

Para que una norma sea declarada inconstitucional, nuestro ordenamiento legal, plantea dos alternativas, a saber, la declaración de inconstitucionalidad por control concentrado y la declaración de inconstitucionalidad por control difuso.

La declaración de inconstitucionalidad puede hacerse a partir de una acción de inconstitucionalidad, donde a partir de lo que se denomina como control concentrado de constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional resuelve de manera abstracta —esto es, sin que la resolución se refiera a un caso en concreto— si la norma vulnera o no lo dispuesto en la Constitución. De declararse su inconstitucionalidad, la norma queda automáticamente derogada y los efectos de la sentencia son oponibles a todos, esto es, *erga omnes*.

Evidentemente, la declaratoria de inconstitucionalidad equivale a la declaración de nulidad absoluta de la ley, de tal manera que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional sería base suficiente para que aquellas personas que estimen que han sufrido una lesión antijurídica acudan a la jurisdicción a obtener su resarcimiento a través de un proceso ordinario civil.⁶

⁵ JINESTA LOBO, Ernesto. *Responsabilidad del Estado Legislador*. En: <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/articulo%20revista%20resp%20Estado%20legislador.PDF>

⁶ JINESTA LOBO, Ernesto. *Responsabilidad del Estado Legislador*. En:

Pero la fiscalización de la constitucionalidad de una norma también puede darse a través de lo que se denomina como control difuso, el mismo que se diferencia del control concentrado en tres aspectos puntuales.

En primer lugar, porque el control difuso es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad. En segundo lugar, porque la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma no implica que la misma queda derogada, sino simplemente que la misma no se aplica al caso concreto. En tercer lugar, porque este tipo de control se aplica en una controversia específica, real y concreta, de aquí que sus efectos sólo afectarán a las partes vinculadas en el proceso.

Los procesos de amparo son una vía a través de la cual se puede desarrollar ese control difuso, como lo demuestran las resoluciones a través de las cuales se han declarado inconstitucionales los decretos a partir de los cuales fueron destituidos varios magistrados.

Al respecto, debemos enfatizar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma determina que el acto legislativo ha sido declarado absolutamente nulo —*erga omnes*, si el control es concentrado, o para las partes del proceso, si el control es difuso— o sustancialmente disconforme por la violación más grave que se puede producir en el ordenamiento jurídico, esto es, del Derecho de la Constitución; consecuentemente, el daño no se puede entender reparado con la simple inaplicación de la ley que ha sido declarada nula.⁷

Habiendo concluido en que el Estado debe responder por los daños que cause cuando en ejercicio de su función legislativa viola derechos constitucionales y esa violación es reconocida a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma que, entre otros supuestos, puede realizarse dentro de un proceso de amparo, resulta claro que el tema que nos convoca es un ejemplo de ello.

Son ya varios los jueces que han interpuesto acciones de amparo contra el Estado, con el objeto de que se les declare inaplicables las normas legales y

<http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/articulo%20revista%20resp%20Estado%20legislador.PDF>

⁷ JINESTA LOBO, Ernesto. *Responsabilidad del Estado Legislador*. En: <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/articulo%20revista%20resp%20Estado%20legislador.PDF>

resoluciones o acuerdos adoptados en su perjuicio, tales como los Decretos Leyes n.º 25446 y n.º 25454, por cuanto los mismos, así como los actos administrativos dictados para efectivizarlos, dispusieron el cese definitivo de sus cargos.

En todos los casos, el Tribunal Constitucional ha sido tajante en su análisis, afirmando que los jueces destituidos en atención a las normas citadas han visto violentados sus derechos.

Así, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha declarado que el mandato dirigido a impedir indirectamente la interposición de acciones de amparo contra los efectos derivados de la aplicación de los referidos decretos, es contrario no sólo a la Constitución de 1979, sino también a la vigente, así como a la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese orden de ideas, ha destacado que la Constitución de 1979 — vigente al momento en que ocurrieron los hechos— señalaba, entre otras garantías, que ninguna persona podía ser privada de su derecho de defensa en los procesos judiciales que se sigan en su contra, derecho que se extendía también a los procedimientos administrativos de naturaleza sancionatoria; por tanto, a efectos de remover de su cargo a los jueces, era necesario que se les notificara los cargos que se les imputaba, así como que se les concediese un plazo para formular su defensa.

No obstante lo expresado, los jueces fueron separados de sus cargos sin ser sometidos a un debido proceso administrativo. Es más, como ha concluido el propio Tribunal Constitucional, ninguno de los afectados tuvo conocimiento oportuno de las razones que motivaron la separación de sus cargos, ni tampoco estuvieron en condiciones para ejercer su derecho de defensa sin limitación alguna.

Ante esta situación, en los diferentes procesos de amparo que se han originado como consecuencia de ese ejercicio legislativo lesivo en el que ha incurrido el Estado, el Tribunal Constitucional ha tenido a bien declarar la inconstitucionalidad de los citados decretos y, asimismo, ha concedido a los magistrados que recurrieron a esa vía, la reposición en sus cargos.

Hasta aquí las cosas resultan claras.

Los magistrados que inconstitucionalmente fueron cesados y/o destituidos y que luego, gracias a un proceso de amparo, han sido repuestos en sus cargos tienen, irrefutablemente, el derecho a pedir una indemnización que los resarza por los daños que esa ilegítima destitución les generó.

Queda también claro que la vía para pedir esa indemnización no es, de modo alguno, el propio proceso de amparo.

Al respecto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido a través de incontables fallos, que en los procesos de amparo no procede el pago de devengados, por cuanto la noción de remuneración es la contraprestación otorgada por el trabajo efectivamente realizado, señalando también que la vía para solicitar el equivalente a dicho pago es la indemnizatoria.

Lo que, sin embargo, no resulta claro, es cuál es la naturaleza de la responsabilidad imputable al Estado por dicha destitución. Así, no existe acuerdo respecto de si los magistrados deberían accionar por la vía contractual o por la vía extracontractual.

Antes de exponer algunas ideas sobre este importante aspecto, consideramos conveniente dedicar unos minutos para explicar la relevancia de adoptar una u otra lectura, lo que implica distinguir ambas clases de responsabilidad.

Debemos empezar por destacar que en el mundo de la responsabilidad civil no hay una sola respuesta, no existe una única postura que logre dar una explicación que englobe adecuadamente todas las situaciones que pueden dar lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar.

La regla general en la responsabilidad civil extracontractual es la atipicidad. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal o la administrativa, que se rigen por el principio de legalidad, la atipicidad es consecuencia del alto grado de abstracción que tienen los supuestos de hecho susceptibles de provocar el nacimiento de esta responsabilidad.

En materia de responsabilidad civil extracontractual el legislador tiene la compleja tarea de decidir, teniendo como marco el vasto abanico de hechos humanos que lesionan intereses que el Derecho tutela, si las víctimas deben

soportar el daño o si la carga económica del éste debe desplazarse a alguien distinto.

Esa primera decisión del legislador se concreta en una serie de normas y principios que cobran vida gracias a la participación de quienes los interpretan y aplican.

Si hay algo claro es que hoy no todas las situaciones ameritan una solución idéntica, en tanto las características singulares que se presentan, determinan que la evaluación de la responsabilidad tome en consideración distintos fundamentos.

En el Derecho de Contratos y en el de Obligaciones, en cambio, los límites se encuentran establecidos con mayor nitidez, de modo que la incertidumbre no ocupa un puesto soberano.

El Derecho de Contratos y el de Obligaciones parten, en general, de la idea de que lo pactado en el contrato o lo dispuesto en la ley es lo que debe regir, de modo que si en el contrato se señala algo, ese algo debe cumplirse; y si la ley dice A, tiene que ejecutarse A.

De esta manera, en el caso de la responsabilidad contractual, si bien no desaparecen las dificultades por las que atraviesa el juzgador que debe evaluar el supuesto, éstas disminuyen en la medida de que la obligación de reparar nace como consecuencia de un daño que tuvo su origen en un incumplimiento contractual. La responsabilidad contractual presupone la existencia de un vínculo contractual entre el agente y la víctima del perjuicio; vínculo que se ha establecido en función de la autonomía privada de ambos, la que —a su vez— ha predeterminado el contenido normativo del acto jurídico.

La consecuencia en materia de cumplimiento es obvia, como también son evidentes las consecuencias ante el incumplimiento; no hay nada que inventar. La imaginación juega un papel más pequeño. Cumpliste o no cumpliste, ¿por qué no cumpliste?, y ¿cuáles son las consecuencias de incumplir lo que, a la letra del contrato o la ley, tenías que cumplir?

El deber genérico de no causar daño a otro, principio sobre el cual se sustenta actualmente la responsabilidad civil extracontractual, es mucho más amplio, tanto que la sencillez que evoca en un primer momento termina por

perderse, convirtiéndolo en un principio que para muchos resulta complicado de entender.

La extensión y consecuente complejidad de dicho principio respecto de la responsabilidad civil extracontractual, se encuentran ligadas a la esencia misma de la institución: El daño que has causado y que no debiste haber causado no estaba previamente valorado, a diferencia de la prestación que debiste cumplir de acuerdo al Derecho de Contratos u Obligaciones.

Lo anterior nos permite aseverar que pese a que muchos quieran minimizar la importancia de esa diferencia en cuanto a la fuente de la responsabilidad, lo cierto es que la misma resulta esencial.

A partir de esta distinción, la responsabilidad civil contractual constituye una suerte de forma de ejecución forzada de la obligación incumplida, mientras que la responsabilidad extracontractual constituye una sanción por un daño injustamente ocasionado⁸ o, si se analiza desde la perspectiva de la víctima, una compensación por el daño injustamente sufrido.

En principio, se suele sostener que para determinar si nos encontramos en un supuesto de responsabilidad contractual o en uno de responsabilidad extracontractual, basta con analizar si en el caso concreto existe un contrato que vincule a las partes y cuyo incumplimiento haya generado el daño.

En nuestra opinión, hay ocasiones en las que una interpretación literal de esa idea puede llevar a conclusiones equivocadas. El caso materia de análisis constituye uno de esos supuestos.

Así, lo que consideramos es que en situaciones como la que nos plantea la responsabilidad del Estado por la destitución ilegítima de magistrados, resulta necesario manejar una noción amplia de responsabilidad contractual.

No son pocos los que a la fecha vienen cuestionando la denominación de ese tipo de responsabilidad, aduciendo —con razón— que no importa tanto que se configure la noción misma de contrato, sino que haya una relación jurídica

⁸ VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Traducción, edición y notas de Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2002, pp. 85 y 86.

previa entre el dañador y la víctima que sea asimilable a un contrato, y que el daño se encuentre vinculado al desenvolvimiento de esa relación.

Partiendo de esta idea y reconociendo que la relación que vincula al magistrado con el Estado posee las características propias de un contrato de trabajo y que, en estricto, no es calificada como tal por una opción de política legislativa, no debería negarse la naturaleza contractual de la relación que los une.

Toda relación laboral implica la presencia de un contrato de trabajo cuya existencia puede reconocerse aun en contra de la voluntad del empleador, gracias al principio de primacía de la realidad.

Los elementos de ese contrato son tres: La prestación de un servicio, que ese servicio sea remunerado, y que, además, se efectúe dentro de una relación de subordinación del empleado respecto de su empleador.

No es necesario realizar un examen exhaustivo para poder concluir en que, a pesar de que un juez o magistrado es parte del órgano jurisdiccional y que, por ende, no se rige por las normas del Derecho Laboral sino por normas especiales, presta un servicio remunerado en situación de subordinación a favor del Estado, entendida tal subordinación como ajena al ámbito de su función estrictamente jurisdiccional.

Pero vayamos por partes y en orden.

Si nos remontamos al origen de su relación, tenemos que ella comienza luego de que el Estado, a través del Consejo Nacional de la Magistratura, convoca a un concurso. Los interesados en acceder al cargo, entonces, se someten a un proceso de pruebas rigurosas que implica una evaluación cognitiva, una psicológica y una entrevista personal.

Los candidatos que obtienen mayor puntaje son nombrados como magistrados, pero el solo nombramiento no origina la relación pues, como ocurre en cualquier otra relación contractual, se requiere que, al menos tácitamente, la persona acepte el cargo.

La aceptación del cargo de magistrado lo convierte en un funcionario público y, además de obligarlo a cumplir con la prestación de su servicio

propiamente dicha, conlleva su sometimiento a un intenso control, no sólo por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, sino también de la OCMA e, incluso, de los propios litigantes, quienes pueden quejarse y denunciarlo para que sea sancionado o destituido de su cargo.

Pero eso no es todo, pues además, al aceptar el cargo, se obliga a hacerlo de manera exclusiva, no pudiendo, en consecuencia, dedicarse a otra actividad, con excepción de la cátedra universitaria con un número limitado de horas a la semana.

Por supuesto y como ocurre en toda relación laboral, quien presta el servicio no sólo es sujeto de obligaciones, sino también titular de derechos.

De esta manera, los magistrados reciben remuneraciones e, incluso, conceptos propios de toda relación laboral, como, por ejemplo, gratificaciones, escolaridad y compensación por tiempo de servicios.

Además, si el Estado incumpliera con pagarle sus remuneraciones, el magistrado podría demandarlo y exigir el cumplimiento de las mismas.

Así las cosas, consideramos que, más allá de que poseen un régimen especial, resulta incuestionable que su relación con el Estado puede ser perfectamente asimilable a una relación laboral y, desde esta perspectiva, resulta razonable admitir que su relación es también asimilable a una de naturaleza contractual.

De lo anterior se sigue que utilizar como único criterio para negar el carácter contractual a esta relación, el hecho de que los magistrados sean nombrados y se rijan por un régimen especial, constituye un argumento artificioso.

¿Por qué la responsabilidad debería ser extracontractual, cuando entre el Estado y el magistrado existía una relación previa en la que ambos se debían prestaciones recíprocas y cuando lo que ha generado el daño del magistrado es el incumplimiento por parte del Estado de una de sus obligaciones?; ¿qué, acaso no era una de las obligaciones del Estado procurar la estabilidad en el cargo del magistrado y, por ende, sólo destituirlo cuando existiera una causal que lo justifique y otorgándole siempre la posibilidad a ejercer su derecho de defensa?

Ahora, si bien —como acabamos de sostener— somos de la opinión de que la naturaleza de la responsabilidad estatal con respecto a los jueces destituidos inconstitucionalmente es contractual, no negamos que esta posición es debatible. Así, somos conscientes de que existen argumentos en contra y de que una lectura purista de la noción de contrato y de la responsabilidad contractual, que ignore el principio de primacía de la realidad, podría llevar a un sector a defender la naturaleza extracontractual de esa responsabilidad.

Frente a esta constatación, pensamos que, en todo caso, la decisión más justa y eficiente consiste en reconocer que este tipo de casos se enmarcan en lo que se conoce como una zona gris de la responsabilidad y que, por ende, debería permitirse al damnificado escoger la vía por la cual considere conveniente accionar.

Lo que proponemos no es otra cosa que la aplicación de la tesis de la compatibilidad de regímenes de la responsabilidad civil y, más concretamente, a través de la teoría de la opción.

Y es que frente a casos en los que existe duda, la doctrina y la jurisprudencia de la tradición jurídica romano-germánica, han encontrado una solución, esto es, la tesis de la compatibilidad, la cual permite que se adopte la vía de la opción o la del cúmulo. Por la primera, que en nuestra opinión es la más idónea, ante la duda, el dañado puede elegir entre accionar por la vía contractual o la extracontractual. Por la segunda, el dañado puede elegir lo que más le convenga de cada una de dichas vías.

Entre las dos alternativas, la doctrina especializada se ha pronunciado de manera mayoritaria a favor de la primera. Así, en los casos dudosos, las zonas grises, de por sí, no autorizarían a tomar partido por la solución más drástica (y simplista), es decir, por la equiparación o, peor aún, por la identificación entre los dos tipos distintos de responsabilidad.

En el Perú cabe citar la Resolución Casatoria n.º 849-96, de fecha 10 de julio de 1997, en la cual se advierte que, no obstante que el Código Civil adopta un sistema binario de responsabilidad, hoy se tiende a concebir, en ambos casos, al daño como el centro de la gravedad del problema y, de esa manera,

comprender que pese a sus diferencias, ambas clases de responsabilidad tienen una base común.⁹

Incluso, va más allá el fundamento singular del Vocal Roncalla Valdivia, quien opta por la tesis del cúmulo entre ambas responsabilidades. Así, señala que:

«La responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas sino que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es una relación contractual.

[...] Que en esos casos, como en el presente, el perjudicado no sólo dispone de una inequívoca acción sino que dispone de ambas a la vez, siendo más realista entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar el daño no es tanto el factor que configure la acción, dotándola de una única naturaleza, en cuanto se debe entender que son sólo fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho son intercambiables por el principio *Iura Novit Curia*, siempre y cuando se hayan probado los elementos de derecho indemnizatorio que son un causante, una víctima, nexo de causalidad, negligencia, culpa o existencia de responsabilidad objetiva».

De otro lado y como advierte Juan Espinoza, la jurisprudencia nacional, en materia de responsabilidad civil por mala praxis médica, está admitiendo el derecho de opción. Así, ya hay sentencias en las que se está aceptando que cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que excede los derechos y deberes inherentes a dicha relación y, por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extracontractual, el deudor afectado tiene el derecho de optar por la normatividad establecida en inexecución de las obligaciones o por aquélla diseñada en materia de responsabilidad extracontractual.¹⁰

En nuestra opinión, este tipo de lectura es la que debería primar. Así, en casos donde la naturaleza del deber violado y, con ello, de la responsabilidad, es

⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Versión electrónica.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Versión electrónica.

difícil de determinar, lo idóneo es otorgarle al damnificado la oportunidad de elegir la vía para accionar.

Como hemos advertido, no podría calificarse como justo o eficiente un sistema en el que una persona que ha sido damnificada tenga que enfrentar como un obstáculo adicional, las controversias doctrinales y jurisprudenciales en los casos que se ubican en esa zona gris de la responsabilidad civil.

De esta forma, somos de la idea de que, ante la duda, debe favorecerse aquella solución que permita la reparación de la víctima pues, en definitiva, ese es uno de los fundamentos de la institución de la responsabilidad civil.

Al momento de resolver estos casos grises, entonces se precisa que los magistrados tengan presente que lo que busca la responsabilidad civil es permitir que quien sufrió injustificadamente un daño sea resarcido, de donde se sigue que ante dos interpretaciones posibles, se debe privilegiar aquella que facilita tal resarcimiento y no aquella que impone obstáculos al damnificado.

En ese orden de ideas, si uno de los magistrados cesados o destituidos que han obtenido una sentencia favorable en un proceso de amparo y, por ende, han sido repuestos en su cargo, solicitara una indemnización en la vía contractual, su demanda debería ser declarada fundada.

Esta posición se refuerza si consideramos que, independientemente de si la vía es la contractual o la extracontractual, la pretensión indemnizatoria del magistrado va a ser siempre la misma.

De esta manera, el monto de lo que solicite no va a variar en función de la naturaleza de la responsabilidad, sencillamente porque ese monto, lo que va a reflejar son los daños efectivamente padecidos por el magistrado.

Como ya hemos subrayado, la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, persigue la reparación del perjudicado.

Desde esta perspectiva, la idea que subyace a la noción de resarcimiento no es otra que la de colocar al damnificado, mediante la aplicación de este remedio, en la misma posición en que se encontraría de no haberse producido el hecho lesivo.

En el caso bajo análisis, el hecho lesivo, a saber, la destitución inconstitucional de los jueces, le ha generado a éstos una serie de daños que, como nos indica la lógica, van a ser los mismos, sin que sea relevante si ese hecho es calificado como generador de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual.

Habiendo establecido lo anterior, consideramos adecuado referirnos, al menos brevemente, a aquello en que puede consistir esa reparación a favor de los magistrados.

Para ello, debemos señalar que no hay responsabilidad sin daño, lo que se traduce, también, en que no hay reparación sin daño.

En ese orden de ideas, no podemos sino subrayar que la realidad de los daños constituye un requisito esencial dentro del sistema de responsabilidad civil —contractual o extracontractual— que presenta con ello la idea del binomio daño reparable – reparación.

En torno al daño, el Código Civil Peruano de 1984 no contiene ninguna norma que nos brinde una definición precisa al respecto; por el contrario, da por supuesto su significado a partir de diferentes preceptos que aluden a ese concepto.

El concepto más adecuado de daño, por ser lo suficientemente genérico y distinguir con propiedad entre la actividad que causa el daño y el daño en sí mismo, es el que lo enfoca como las consecuencias negativas derivadas de la lesión del interés jurídico tutelado, siendo injusto y, por consiguiente, indemnizable, cuando no se encuentre justificado.

El daño, para contar con trascendencia jurídica, se caracteriza, entonces, por perjudicar intereses o situaciones jurídicas que el Derecho califica como merecedores de tutela y protección y que cuentan, valga la redundancia, con relevancia jurídica.

El daño que interesa, a efectos de la responsabilidad civil, es el daño reparable, por presentarse como daño jurídicamente relevante.

Desde una perspectiva tradicional, por daño sólo debía entenderse el menoscabo patrimonial, esto es, el perjuicio que incide sobre objetos susceptibles de valoración económica. Hoy, en cambio, ese concepto tan restringido no se encuentra vigente, considerándose, a lo sumo, uno de los aspectos posibles.

En general, la doctrina clasifica el daño en dos rubros, distinguiendo así entre el daño patrimonial o material y el daño moral o extrapatrimonial. La distinción entre uno y otro se encuentra dada en función de las repercusiones de la conducta del agente sobre el patrimonio (material o no) de la víctima.

La indemnización debe, en principio, comprender ambos aspectos del daño, salvo los casos en que la ley disponga expresamente algo distinto.

La distinción clásica entre daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo.

Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido.

Mientras que el lucro cesante es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial, o, como dice Borda,¹¹ es la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir la víctima con motivo de la lesión.

A partir de esos conceptos, resulta claro que todos los beneficios patrimoniales —entre los que destacan las remuneraciones— dejados de percibir como consecuencia del cese inconstitucional del que fueron víctimas, constituyen un daño patrimonial calificable como lucro cesante.

En ese mismo orden de ideas, los recursos económicos que hayan invertido en su defensa a fin de lograr esa reposición, deben calificarse como daño emergente, por constituir un empobrecimiento de su patrimonio directamente vinculado con el hecho lesivo.

¹¹ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986, tomo I, p. 140.

Respecto del daño moral las cosas no resultan tan evidentes, siendo imposible dar una idea general por cuanto, en definitiva, el tema resulta en extremo casuístico. Aquel que alegue que el cese y/o destitución le generó un daño de esa naturaleza, va a tener que sustentarlo.

De lograr probar que efectivamente padeció un daño moral, la cuantía, al final, será decidida por criterio equitativo del juzgador, quien determinará razonablemente el equivalente en dinero que como compensación se ha de dar a la víctima. Esa apreciación subjetiva que realiza el juzgador y que se encuentra regulada en el artículo 1332 de nuestro Código Civil de 1984, suele denominarse comúnmente como *arbitrium judicis*.

Más allá de esas precisiones, es evidente que si el petitorio de la demanda en cuanto a la cuantía de los daños va a ser la misma y si, además, no existe consenso respecto de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad estatal en estos supuestos, la mejor alternativa consiste en aplicar la teoría de la opción y permitir que los perjudicados accionen en la vía que consideren conveniente.

Y es que, insistimos, cuando nos encontramos en una zona gris del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil y, por ende, no resulta sencillo o, incluso, no resulta posible determinar la naturaleza de esa responsabilidad, la única solución justa y eficiente consiste en adoptar la interpretación que facilite a la víctima el poder accionar y, con ello, le otorgue al menos la posibilidad de ser efectivamente indemnizada.

Lima, febrero de 2010