

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

6 La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Fiscal de Carrera. Letrado del Tribunal Constitucional.

ISSN 0210-8461

Revista española de Derecho Administrativo 195
Octubre - Diciembre 2018

Sumario:

I. Introducción

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 112/2018, de 17 de octubre (PROV 2018, 297024): el caso del ciervo atropellado
2. Volviendo a los orígenes: una perspectiva ecuménica de la responsabilidad civil

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

1. El bien común y la doctrina de la necesidad
2. La doctrina de la necesidad en las relaciones entre particulares
3. La doctrina de la necesidad en el ámbito de los daños causados por el poder público. Los dos requisitos de la expropiación de bienes
4. La recepción parcial de la doctrina de la necesidad: del dominio eminente a la expropiación forzosa
5. Samuel Pufendorf y el rechazo iusnaturalista de la doctrina de la necesidad
6. El rechazo de la doctrina de la necesidad en el kantismo y en la codificación

III. El retorno a una perspectiva unitaria: la responsabilidad civil objetiva como daño sacrificial

1. Introducción
2. La responsabilidad objetiva. Visión general desde la óptica de un Estado social de Derecho
3. El daño sacrificial estricto (cierto) y su equidistribución (directa o indirecta)
4. El daño sacrificial relativo (hipotético) y su equidistribución (directa o indirecta). La responsabilidad por riesgo
5. La tipología particular de riesgo sacrificial: su carácter extraordinario e instrumental

IV. Epílogo: volviendo al caso del ciervo

V. Bibliografía citada

RESUMEN:

El propósito de este artículo es profundizar en la perspectiva conjunta que presidió la construcción originaria del actual sistema de responsabilidad civil de la Administración. Desde esta óptica, en el presente artículo se sostiene que los supuestos de «responsabilidad objetiva» constitucionalmente relevantes son expresión de una sola institución jurídica: el daño sacrificial, como daño intencional que ha de ser equitativamente distribuido en cuanto causado o autorizado por el poder público por razón del bien común.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional - Estado social de Derecho - Daño sacrificial - Justicia conmutativa - Responsabilidad objetiva del poder público

ABSTRACT:

The aim of this paper is to provide a closer look to the joint perspective that characterized the original construction of the current system of civil liability of public administration. From this angle, the present article argues that the cases of «strict liability» with constitutional significance are the manifestation of a single legal institution: sacrificial damage, as an intentional damage that must be equally distributed as caused or authorized by public authority for the common good.

KEYWORDS: Constitutional Court - Social State under the Rule of Law - Sacrificial damage - Corrective justice - Strict liability of public authority

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

I. Introducción

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 112/2018, de 17 de octubre (PROV 2018, 297024): el caso del ciervo atropellado

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 112/2018, DE 17 DE OCTUBRE (JUR 2018, 297024): EL CASO DEL CIERVO ATROPELLADO

Por primera vez, el Tribunal Constitucional ha afirmado, en su reciente [Sentencia 112/2018, de 17 de octubre](#) (RTC 2018, 112), que el [art. 106.2](#) de la [Constitución](#) establece un sistema de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas caracterizado por la nota de la objetividad¹. Según sostiene la resolución citada, la remisión al legislador contenida en dicho precepto es una simple «regla de cierre» que habilita para concretar el modo o la forma en la que se exige responsabilidad a las administraciones públicas, responsabilidad cuyo «carácter objetivo» deriva de la propia Constitución. Como ejemplo de desarrollo legislativo, el Tribunal alude expresamente a la posibilidad de establecer o de excluir una acción directa contra el funcionario al que se considera individualmente responsable².

El caso que ha suscitado este pronunciamiento del Tribunal Constitucional es bien sencillo: un ciervo irrumpe en una carretera, siendo atropellado por un conductor que ha cumplido con las normas de circulación. Los terrenos de los que procede el animal salvaje (que, en tal condición, tiene la consideración de *res nullius*) son una reserva cinegética de propiedad del Gobierno de La Rioja. La irrupción del ciervo no se debe a la realización, en el mismo día o en las doce horas previas a la producción del accidente, de una acción colectiva de caza mayor (párrafo segundo de la [disposición adicional novena](#) de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el [Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo](#)³). Por este motivo, la magistrada titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo estima que no tiene más remedio que considerar que el conductor es responsable de los daños producidos (pues así lo dispone el párrafo primero de la misma norma). En su opinión, la regulación legal que se ve obligada a aplicar vulnera el [art. 106.2](#) [CE](#), pues, habiendo cumplido con todos los deberes de diligencia que le eran exigibles, el conductor no tiene «la obligación jurídica de soportar el daño». De acuerdo con la Constitución, la responsabilidad debería atribuirse objetivamente a la Administración titular de la reserva cinegética. Plantea, por ello, una cuestión de inconstitucionalidad.

En la Sentencia, el Tribunal Constitucional avala parcialmente la tesis del órgano judicial. Considera que, en efecto, el [art. 106.2](#) [CE](#) establece un sistema de responsabilidad caracterizado por su «carácter objetivo», aunque entiende que esa objetividad consiste en la exigencia de títulos de imputación ajenos a la culpa una vez que se ha acreditado que el administrado ha sido diligente y que, por tanto, no tiene «obligación de soportar el daño». Estima, asimismo, que en el caso planteado la norma legal sólo puede considerarse compatible con el [art. 106.2](#) [CE](#) si se interpreta que, una vez excluida la responsabilidad de la Administración en razón de una acción colectiva de caza mayor concretamente producida y siempre que el conductor

haya sido completamente diligente, el órgano judicial aún puede aplicar las normas generales de la ley de procedimiento administrativo, determinando si concurre algún título que permita atribuir a la Administración la responsabilidad por el daño ocasionado⁴⁾. A esta tesis se oponen tres magistrados, incluido el ponente de la resolución, que expresan su opinión discrepante en dos votos particulares⁵⁾.

La Sentencia está ampliamente razonada y responde, esto es innegable, a una visión del [art. 106.2CE](#) muy extendida en la doctrina no especializada en Derecho de Daños⁶⁾. Pero, a pesar de esto, quizá deje a más de uno con la sensación de que la duda suscitada no se resuelve del todo. Ante un supuesto de hecho tan concreto y puesto que la decisión del legislador era hacer responsable al conductor salvo en ciertas hipótesis específicamente previstas (esto es, siendo la regulación tan clara y acotada), el propio Tribunal tal vez habría debido determinar si existía alguna exigencia de imputación del daño que fuera directamente deducible del [art. 106.2CE](#)⁷⁾. En lugar de eso, ha adoptado una decisión de apariencia salomónica: bendecir una interpretación del precepto legal cuestionado que autoriza al órgano judicial a realizar esa indagación sin más pauta que el tópico general de la objetividad, cuyo sentido o razón constitucional en ningún momento se explicita.

Con ello, queda claro, desde luego, que el Tribunal Constitucional considera que la responsabilidad civil de la Administración es objetiva pero no sabemos bien en qué se traduce esa objetividad, esto es, no tenemos ningún criterio técnico concreto con el que afrontar en clave constitucional una norma atributiva de responsabilidad. La resolución sólo expresa la necesidad apriorística de agotar las posibilidades interpretativas de exonerar al individuo dañado cuando éste se ha comportado diligentemente, con el consiguiente desplazamiento de la lógica de la responsabilidad civil a la propia de seguro obligatorio (eso sí, a cargo del contribuyente). Lo cierto es, sin embargo, que el seguro de responsabilidad civil es una cobertura basada en la previa existencia de responsabilidad. Y al interrogante relativo a la razón jurídico-constitucional por la cual la Administración ha de verse llamada a asumir el coste del daño no se responde en ningún momento en la Sentencia. El peligro es claro: convertir la indemnización en un sistema de asistencia social no sujeto a debate democrático, en el que un mismo tipo de daño es cubierto con el dinero de todos si hay una actividad de titularidad pública, no siendo, en cambio, indemnizable si es una persona privada la que realiza esa misma actividad, por más que, en este segundo supuesto, el hecho causante del daño no varíe y el individuo dañado haya sido igualmente cuidadoso y diligente en el cumplimiento de sus deberes⁸⁾.

Ciertamente, el Tribunal parece exigir un *aliud* a la constatación de la diligencia del dañado. Afirma, en este sentido, que hay que buscar un título de imputación que esté «válidamente aceptado» o que sea «legalmente idóneo» (FJ 6). Pero este mandato es sumamente vago. Aunque la Sentencia afirma que la remisión del [art. 106.2CE](#) se refiere sólo a la forma en la que se exige la responsabilidad, pues de la propia Constitución se derivaría que ésta es objetiva, a la hora de la verdad no identifica cuáles son los títulos de imputación constitucionalmente deducibles, en los que se sustancia la «objetividad» del sistema, ni aporta ninguna pauta que sirva para encontrarlos, limitándose a exigir a los jueces que los busquen ¿Y dónde habrán de buscarlos sino en las leyes que desarrollan la remisión del [art. 106.2CE](#)? El Tribunal se remite, pues, a la [Ley de Régimen Jurídico del Sector Público](#) ([arts. 32](#) y ss.), como si esta fuera un canon de interpretación constitucional y no un desarrollo legislativo posible, una elección legítima del legislador. Se sorteja, así, con un evidente escorzo, la pregunta clave: ¿en qué supuestos la indemnización resulta constitucionalmente exigible, limitando el juego del principio democrático y la consiguiente acción configuradora del poder legislativo?

Quizá el Tribunal Constitucional aporte en el futuro alguna clave adicional para bucear con más tiento en el tópico de la objetividad. O quizá se replantee si realmente es necesario partir de ese difuso dogma. Por desgracia, el único criterio jurídico utilizado en esta reciente Sentencia para regir la atribución de responsabilidad civil al poder público es el de la «antijuricidad» de la conducta del individuo dañado, concepto que, pese a su abundante uso y abuso doctrinal y jurisprudencial, no se ajusta en absoluto a la fisonomía institucional de la responsabilidad civil

(como instrumento de justicia conmutativa que no depende necesariamente de la licitud del acto realizado por los sujetos implicados, esto es, de la infracción de un deber de conducta).

En lo que se refiere al verdadero problema de fondo, que es el de la delimitación de los supuestos en los que es constitucionalmente exigible la indemnización del daño frente a aquellos otros en los que estamos ante una decisión discrecional del legislador, seguimos, pues, en el mismo punto en el que estábamos antes de esta Sentencia. O quizá en un punto de mayor incertidumbre e inseguridad, ya que la resolución citada exige a los jueces que se embarquen, con independencia de lo que diga el legislador, en una búsqueda que, al no estar presidida por ningún criterio técnico distinto de la exoneración *a priori* del individuo dañado, puede dar lugar a resultados impredecibles y arbitrarios. Es probable, por ello, que el Tribunal Constitucional no haya dicho su última palabra sobre la cuestión.

Mi intención en este artículo es ocuparme, justamente, de lo que esta reciente Sentencia no llega a abordar del todo, esto es, del necesario deslinde de los supuestos indemnizatorios de relevancia constitucional de aquellos otros que sólo al legislador, en el uso de su legitimación democrática, corresponde fijar. En las líneas que siguen trato de poner de manifiesto algunas claves históricas e interpretativas que pueden servir a ese fin delimitador, intentando mostrar que la controvertida «objetividad» del sistema de responsabilidad de las administraciones públicas no es el único punto de partida posible (y, a mi juicio, no es desde luego el más idóneo entre los posibles) para superar las unilateralidades e insuficiencias del viejo «paradigma culpabilista».

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Según señala el FJ 5 de la citada resolución «el tenor del art. 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia». De «régimen objetivo» de responsabilidad habla después el FJ 6.

2

Se afirma expresamente en el FJ 5 de la Sentencia lo siguiente: «[d]e este modo, la remisión del  [art. 106.2 CE](#) al desarrollo legislativo no puede, en modo alguno, explicarse como una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración; se trata, más bien, de una regla de cierre que permite al legislador concretar la forma en que una responsabilidad puede ser concretamente exigida, lo que permite, a título de ejemplo, y según hemos declarado en nuestra  [STC 15/2016, de 1 de febrero](#) (RTC 2016, 15), optar “por un régimen centralizado en el que las reclamaciones de indemnización contra la Administración, por los daños y perjuicios causados por su personal, han de dirigirse directamente, y en todo caso, contra aquélla, suprimiéndose la posibilidad de promover la acción contra el empleado público causante del daño (excepto en los casos de una eventual responsabilidad por vía penal)” (FJ 3)».

3

En la redacción dada por el apartado trigésimo, del  [artículo único](#) de la  [Ley 6/2014, de 7 de abril](#).

Actualmente, la misma norma se encuentra ubicada en la [disposición adicional séptima](#) de la citada Ley de Tráfico.

4

Señala el fundamento jurídico 6 de la Sentencia que «una vez excluida la concurrencia del supuesto de responsabilidad expresamente previsto en el párrafo segundo de la disposición (acción de caza mayor), el órgano judicial actuante debe aún examinar el supuesto de hecho que se le plantea, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad patrimonial que sean aplicables. Y, en un caso como el presente, en el que existe una actividad administrativa o de servicio público, es obvio que tales reglas generales son las de los arts. 139 y ss. de la [Ley 30/1992](#), en vigor al tiempo de los hechos ([arts. 32](#) y ss. de la [Ley 40/2015](#)). Por todo ello, hemos de llegar a la conclusión de que, en un supuesto como el ahora planteado, en el que existe una actividad administrativa de o servicio público, la [disposición adicional novena \(actual disposición adicional séptima\)](#) de la Ley de Tráfico sólo resulta compatible con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el [art. 106.2CE](#), si se interpreta en el sentido de que, no existiendo acción de caza mayor, aún pueda determinarse la posible responsabilidad patrimonial de la Administración acudiendo a cualquier título de imputación legalmente idóneo para fundar la misma, sin declarar automáticamente la responsabilidad del conductor».

5

Los votos particulares son firmados por los magistrados Antonio Narváez Rodríguez, ponente de la Sentencia, y Andrés Ollero Tassara. Al voto particular del ponente se adhiere el magistrado Alfredo Montoya Melgar.

6

El voto de Ollero imputa, de hecho, a la mayoría acudir a criterios doctrinales ya desfasados en el debate español.

7

En esta línea se manifiesta el voto particular del Magistrado Antonio Narváez.

8

La sentencia abre dos posibilidades interpretativas, ninguna satisfactoria, pues reputar *a priori* como contraria al [art. 106.2CE](#) cualquier regulación normativa que excluya el resarcimiento de un daño con esas únicas condiciones sólo puede abocar a una doble consecuencia interpretativa: la primera, que la Constitución haya establecido una cobertura pública obligatoria para todos los supuestos de daño en los que el ciudadano está exento de culpa, pero sólo si el titular de la actividad es una administración, de suerte que si el que produce el perjuicio es una persona privada quedaría ya fuera de dicha cobertura. No parece que sea eso lo que dice la [Sentencia 112/2018](#) (JUR 2018, 297024). La otra posibilidad es entender

que los títulos de imputación ‘de carácter objetivo’ han de existir siempre, de un modo u otro, y que el juez tiene que buscarlos y encontrarlos, confiando, así, en una especie de ontología de los títulos de imputación del daño, de forma que, donde no haya culpa de uno, deba existir por fuerza un título que exprese una razón suficiente para imputar el daño al otro (aunque este otro tampoco tenga culpa), siempre que ese otro sea una administración. Ninguna de estas conclusiones me parece asumible como canon de interpretación constitucional. Falta lo más importante: determinar qué razón o criterio hace constitucionalmente exigible que la administración sea responsable, más allá de su aportación causal a la producción del daño.

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

I. Introducción

2. Volviendo a los orígenes: una perspectiva ecuménica de la responsabilidad civil

2. VOLVIENDO A LOS ORÍGENES: UNA PERSPECTIVA ECUMÉNICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En su [Sentencia 112/2018, de 17 de octubre](#) (JUR 2018, 297024), el Tribunal Constitucional considera que el [art. 106.2 CE](#) se limita a recoger la regulación legal preexistente. Quizá convenga remontarse, por ello, como punto de partida, a ese sistema legal de responsabilidad «civil» de la Administración instaurado por la [Ley de Expropiación Forzosa de 1954](#). Es significativo, a mi juicio, que, al explicar los fundamentos de dicho sistema, Eduardo García de Enterría decidiera partir de una comprensión transversal del Derecho de Daños, pues, según afirmaba de forma categórica el gran maestro, «la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría ninguna razón para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a personas privadas»⁹. Notaba García de Enterría que la doctrina civil seguía anclada, en su mayoría, en el viejo paradigma culpabilista, que no concibe más daño que el ilícito, esto es, el que supone la infracción de un deber de conducta fijado en una norma. En su opinión, esa posición dogmática no explicaba suficientemente las bases resarcitorias del Derecho Privado, campo en el que abundan los daños indemnizables que no derivan del quebrantamiento de un deber de conducta. Si, a pesar de ello, el civilista no se sentía compelido a cuestionarse los dogmas tradicionales de su disciplina era debido a que los supuestos de «responsabilidad por actividad perfectamente lícita» estaban normalmente cubiertos por alguna disposición legal *ad hoc*, susceptible de ser tratada como un fenómeno excepcional o anómalo e incapaz de eclipsar la omnipotencia de la cláusula general del [art. 1902 CC](#)¹⁰.

Distinto era el caso de la «joven» doctrina administrativista. Enfrentada desde su mismo nacimiento a las consecuencias dañosas generadas por las actividades lícitas de servicio público, la nueva Ciencia del Derecho Administrativo no eludió el problema teórico planteado por los daños no culposos. Los iuspublicistas asumieron con toda naturalidad (frente a la perplejidad o la indiferencia de los civilistas) que un amplio espectro de perjuicios verificados de forma completamente lícita debía acceder a la tutela indemnizatoria. Pero se empeñaron en demostrar, a través de las teorías llamadas «sustantivas», que era una característica propia de la acción desarrollada por la Administración la que determinaba tal extensión del resarcimiento¹¹. García de Enterría se atrevió a huir de estos sesgos disciplinares e intuyó que el Derecho Administrativo estaba sirviendo de vanguardia a una reflexión teórica que debía ser global y que había de llevar, en todo caso, a la convivencia armónica de títulos de imputación diversos. En el ámbito estrictamente administrativo, esto significaba que debía alumbrarse un sistema general capaz de combinar tanto las indemnizaciones derivadas de daños causados por el funcionamiento anormal (con incumplimiento de reglas de comportamiento) como las asociadas al funcionamiento normal (a través de actos perfectamente lícitos) de los servicios públicos. Tal cosa era, justamente, la plasmada en la «nueva» [Ley de Expropiación Forzosa](#): un sistema plural y abierto, en el que las diferentes hipótesis indemnizadoras debían asentarse progresivamente, de acuerdo con sus necesidades características y gracias al concepto técnico de «lesión»¹².

Por razones que no vienen al caso, la reflexión transversal auspiciada por García de Enterría no fue desarrollada por la doctrina posterior, que tendió a comprender el nuevo sistema resarcitorio como expresión de una peculiaridad genética del Derecho Público, determinante de una responsabilidad objetiva universal ¹³⁾. La presencia del poder en la generación del daño permitía, desde esta nueva óptica, prescindir completamente del problema (civil) de los títulos de imputación; bastaba que el daño pudiera considerarse una consecuencia derivada del desarrollo de una actividad administrativa. El régimen de responsabilidad patrimonial establecido en 1954 quedó, pues, convertido, en el imaginario jurídico colectivo, en una especie de cobertura pública universal de todo daño del que el administrado no pudiera considerarse responsable (desde el punto de vista de su diligencia), cobertura que se consideró incluso constitucionalizada a través del  [art. 106.2](#)CE (a pesar de la remisión que dicho precepto hace a la ley y de la ausencia en el mismo de toda referencia expresa a los títulos de funcionamiento «normal o anormal») ¹⁴⁾.

Los efectos expansivos de semejante planteamiento dieron lugar, en cualquier caso, a una encendida denuncia que, desde una sensibilidad civilista (anclada igualmente en viejos prejuicios), reivindicó enérgicamente un retorno a las certidumbres de la culpa ¹⁵⁾. La crítica radical al sistema público de responsabilidad civil era, en todo caso, persuasiva en el ámbito del diagnóstico. La idea, asentada en la doctrina y jurisprudencia administrativas, de una responsabilidad puramente objetiva generaba resultados indemnizatorios absurdos y comparativamente inaceptables, todo ello a costa del erario público ¹⁶⁾. Pensando que no podía desandarse el camino sin dejar al ciudadano desprovisto de una garantía resarcitoria imprescindible para un amplio elenco de daños lícitamente producidos, algunos administrativistas emprendieron la ardua empresa de acotar la responsabilidad de la Administración para evitar que la indemnización hubiera de ser satisfecha en todos esos supuestos en los que, manifiestamente, la perspectiva estrictamente objetiva había producido excesos. Pero tal empresa se acometió sin que se osara discutir la premisa teórica de base: se insistía en que el sistema de responsabilidad («patrimonial») de la Administración era genéticamente diverso del general del Derecho de Daños. Su presupuesto era la objetividad de la responsabilidad; sólo había que encontrar los artificios técnicos idóneos para excluir convenientemente los casos excepcionales ¹⁷⁾. Los administrativistas habían caído presos de su propia dogma, como les había ocurrido previamente a los civilistas con el suyo. Un dogma al que parece someterse ahora el propio Tribunal Constitucional, que, como se ha visto, ha decidido convertir la objetividad en un axioma formal del que ha de deducirse la inconstitucionalidad de todas las leyes que se aparten del mismo y no puedan reconducirse en vía interpretativa.

En esa dialéctica, han sido escasas las voces que han tratado de recuperar el espíritu ecuménico inicial planteándose, sin prejuicios disciplinares, cuál es el sentido de los supuestos no culpabilísticos en los que la procedencia del resarcimiento de los daños se aprecia casi como una necesidad de sentido común ¹⁸⁾. Sólo desde esa perspectiva general puede determinarse si estamos, en efecto, ante supuestos dimanantes de una cualidad peculiar del sujeto agente o si nos encontramos, más bien, ante casos expresivos de una *ratio* compartida, más allá del dato accesorio del autor del daño. Las pocas aportaciones realizadas en esa línea han arrojado, a mi modo de ver, muchísima luz, hasta el punto de haber sido reivindicadas por el propio García de Enterría como una lectura más fiel de sus tesis originarias que la postulada, desde el dogma de fe del panobjetivismo, por la generalidad de la doctrina ¹⁹⁾.

Como he anticipado, mi propósito en este artículo es proporcionar criterios de identificación de los daños de relevancia constitucional. Para ello, creo que la perspectiva adecuada es la visión unitaria por la que ya abogaba García de Enterría en 1956, esto es, el entendimiento de que si la Constitución exige un tratamiento específico para determinados daños es por razón de la fisonomía característica de estos (es decir, por su contradicción sustancial con las bases del propio orden jurídico constitucional) y no porque los haya causado un determinado sujeto (y no otro). Mi tesis es, a grandes rasgos, la siguiente: un cierto abanico de daños que, siendo inaprensibles desde el paradigma culpabilista, coincidimos en considerar que han de ser en todo caso indemnizados (y que englobamos bajo la cobertura general de ideas como el riesgo o el sacrificio «especial») responden, en realidad, a una misma razón de fondo, que no puede ser considerada constitucionalmente neutra o irrelevante. En ellos, los derechos de ciertos individuos se ven instrumentalmente menoscabados para materializar un bien que el poder público considera de

mayor valor, razón por la cual autoriza una agresión directa o la causación hipotética de un daño a través de una actividad que rompe la reciprocidad de los riesgos que son normalmente asumidos en la vida social. En tales supuestos, la carga económica generada en los derechos de los perjudicados debe ser equidistribuida entre todos los que pueden considerarse beneficiarios. Si el coste del daño instrumentalmente verificado en interés colectivo es soportado exclusivamente por quienes lo han sufrido en sus propios bienes y derechos, los individuos dañados no son tratados como fines en sí mismos, de acuerdo con su dignidad de personas. Sin una equidistribución del perjuicio, la víctima es convertida en instrumento o herramienta de los demás²⁰.

Todos esos daños, en cuanto amparados en reglas legales que concretan y actualizan la cláusula social de la Constitución, han de ser considerados lícitos, pero la negación de su indemnización equivale a tratar a los perjudicados como meros siervos del poder. En ese marco general, la necesidad de indemnizar una «instrumentalización» viene impuesta por la eficacia del derecho constitucional que resulta sacrificado²¹. La fuente del resarcimiento no es el designio arbitrista de un concreto «sistema objetivo» –que, como ejercicio de ingeniería jurídica, se habría de entender plasmado en el  [art. 106.2CE](#), esto es, en un texto normativo que, en realidad, es sumamente vago y es, en todo caso, deferente con el legislador–²². Más sencillamente, el deber de indemnizar aparece como la respuesta al problema ético-constitucional que plantea la instrumentalización de una persona, situación en la que la compensación se revela como un requerimiento inherente al concreto derecho constitucional afectado.

Como exigencia del derecho mismo, la obligación de compensar alcanza no sólo a las administraciones públicas sino a todos los sujetos jurídicos que se benefician de la consumación de un daño instrumentalmente infligido en las titularidades de otro. Obviamente, el  [art. 106.2CE](#) sirve para canalizar esos imperativos constitucionales de resarcimiento, de suerte que la Administración ya no puede ampararse en sus viejas inmunidades para tratar de sortearlos. Pero en lo que excede de la compensación constitucionalmente exigible, tal precepto se remite, como es razonable en un sistema parlamentario, a la obra del legislador democrático, que puede, por ello, establecer criterios de imputación distintos a la culpa, también para la Administración, allí donde no hay una instrumentalización de un ciudadano. Al comprometer la esencia misma de los derechos individuales, un daño sacrificial debe ser indemnizado al margen de esa discrecionalidad del legislador. Por ello, también ha de indemnizarlo la Administración de Justicia, por más que el  [art. 121CE](#) se refiera únicamente a títulos de imputación que implican una carga de ilicitud (error judicial y funcionamiento anormal). Del mismo modo, el particular que utiliza instrumentalmente a otros (al amparo de una cláusula legal que le autoriza a romper las reglas de no agresión o los riesgos recíprocamente asumidos en la vida social) ha de considerarse sometido al deber constitucional de resarcir. De esta forma, la razón que explica la relevancia constitucional de algunas hipótesis de responsabilidad llamada «objetiva» se proyecta por igual en toda la esfera de acción, pública y privada, abarcada por el Derecho de Daños.

Esta perspectiva unitaria debe llevar, pues, a ahondar en una categoría general, el daño sacrificial, referida a un daño de naturaleza intencional, que, como tal, no es en absoluto «objetivo» pero que, a diferencia del daño doloso, está debidamente amparado en un acto del poder público que autoriza la agresión (cierta o hipotética) a los derechos de otro para obtener un bien mayor. Tal concepto expresa, en mi opinión, el clásico conflicto entre justicia distributiva y conmutativa, conflicto que en el seno de nuestro ordenamiento constitucional se sustancia en una fricción permanente entre las cláusulas de Estado social y de Estado de Derecho que sólo a través de la indemnización (como equidistribución) puede ser resuelta. Estudiar el daño sacrificial, poniéndolo en relación con la idea de la (mal llamada) responsabilidad civil «objetiva», resulta, por tanto, esencial. A tal efecto, es imprescindible retroceder al origen histórico de los daños sacrificiales, mostrando cómo éstos sólo fueron parcialmente incluidos en la codificación decimonónica a través de la figura de la expropiación forzosa. El instituto expropiatorio recoge, de este modo, una dimensión restringida de un problema mucho más amplio que vuelve a plantearse en toda su extensión con el establecimiento de un Estado social de Derecho, en el que la acción sacrificial del poder público no puede contraerse, como pretendía el viejo Estado liberal, a la transferencia directa de bienes pero en el que tampoco puede restringirse la indemnización, como pretendía el

Estado puramente social, a los solos supuestos en los que el legislador así lo decide por razones de utilidad general o pública.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

9

E. García de Enterría (1984), *Los principios de la nueva  Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, Civitas (edición facsímil de la publicada en 1956 por el Instituto de Estudios Políticos), pág. 167.

10

E. García de Enterría (1984: 168).

11

E. García de Enterría (1984: 166).

12

Que llevaba, en sí mismo, la exigencia de un título de imputación del daño adicional a la mera causalidad y cuya funcionalidad fuera independiente de la licitud del acto generador del perjuicio. E. García de Enterría (1984: 178).

13

Recogiendo esta «tendencia objetivadora del Derecho Público», véase L. Martín Rebollo (1977), *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, págs. 41-57.

14

Los debates parlamentarios arrojan poca luz sobre la intención del Constituyente. En efecto, el art. 104 del Anteproyecto de Constitución no incluía ninguna referencia a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Fue la enmienda 779 de Unión de Centro Democrático la que dio lugar a la incorporación del texto después contemplado en el art. 106.2, proponiendo, en concreto, el siguiente: «[l]os 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 aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». El texto postulado por la enmienda aludida fue recogido en el artículo 98.2 del informe de la ponencia, en el art. 99.2 del Dictamen de la Comisión y del Pleno del Congreso y en el art. 105 del Dictamen de la Comisión del Senado, sin sufrir variaciones ni ser objeto específico de debate a lo largo de su tramitación parlamentaria. Sólo tenemos,

pues, para dilucidar el sentido del  [art. 106.2](#) CE lo que dice el propio texto del mismo y, en relación con éste, sólo podemos constatar que no hay referencia expresa al funcionamiento normal y anormal y que se realiza una remisión expresa al legislador. En esta línea se manifiesta el voto particular del magistrado Antonio Narváez.

15

F. Pantaleón Prieto (1994), «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, págs. 240-253.

16

Lo que ha llevado a la jurisprudencia a afirmar el carácter objetivo como mero axioma del que se aparta, de inmediato, acudiendo a la culpa, especialmente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Sobre este particular giro subjetivista (encubierto) en el ámbito sanitario véase O. Mir Puigpelat (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», *REDA*, núm. 140, págs. 629-652 y L. Medina Alcoz (2012), «Mitos y Ficciones en la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala 3.ª, de 27 de septiembre de 2011», *REDA*, núm. 153, pp. 152-181.

17

Véase, a título de ejemplo, la utilización, a estos efectos, de la teoría de la imputación objetiva en M. Beladiez Rojo (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, págs. 92-134.

18

La primera tendencia fue la denuncia del sistema y la consiguiente propuesta de refundación (desde una óptica culpabilista). Véase O. Mir Puigpelat (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, págs. 252-283. La consideración de que el sistema debía ser reevaluado desde los patrones intelectuales originarios de García de Enterría se inicia, en cambio, en L. Medina Alcoz (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, págs. 137-154.

19

Véase el prólogo del propio García de Enterría a L. Medina (2005: 33-35). En la misma línea de reacción frente al erróneo entendimiento (puramente objetivista) de sus tesis originarias, véase J. Leguina Villa (2007), «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *REDA*, núm. 136, pp. 689-700.

Corresponde a Luis Medina el mérito de haber advertido la trascendencia de la idea de instrumentalización y su centralidad para la adecuada comprensión del funcionamiento de la cláusula de Estado «social», que habilita al Estado para «utilizar» a los individuos, actuando lícitamente contra sus derechos en beneficio del colectivo. La caracterización que hace Medina de la instrumentalización está expuesta de forma enormemente sugestiva en su obra, incompleta y, por ello, aún inédita, *El derecho a dañar y sus límites*, que el autor generosamente me ha facilitado y que influye en mis planteamientos. He de advertir, no obstante, que en el aludido trabajo de Medina se rechaza que, dentro del concepto de instrumentalización, pueda encontrarse la «realización de riesgos». En este artículo pretendo poner de manifiesto, no obstante, que la realización de ciertos riesgos que van más allá de los que nos generamos mutuamente en el desarrollo normal de la vida social (en los que el arbitrio de uno supone el límite al arbitrio del otro), al entrañar una ruptura de la delimitación de esferas de poder de acuerdo con la idea de justicia conmutativa, requiere de un respaldo del poder público. Éste ha de decidir si ese riesgo extraordinario que pone los bienes de unos a merced de otros deja de ser ilícito –pues al no ser recíproco, constituye, en principio, una agresión–. Si el poder opta por dar carta de licitud a esa actividad –por razón del bien social que aporta–, tal decisión autorizativa contempla ya la realización hipotética de injusticias conmutativas y supone, por ello, la aceptación de la instrumentalización de los individuos que, finalmente, sufrirán daños en sus bienes. El poder público entiende que la actividad que genera ese peligro extraordinario y no recíproco es socialmente ventajosa y, por esta razón, desarrolla él mismo o autoriza a otros su desarrollo. Asume la altísima probabilidad o nocividad del daño que puede generar la actividad en cuestión, utilizando a los afectados para alcanzar un bien mayor. El daño no es directamente deseado pero sí asumido como necesario. También, por tanto, se instrumentaliza en este caso. Esto no impide, obviamente, que existan responsabilidades por riesgo de tipo no sacrificial (esto es no instrumental), que no tendrán ya arraigo constitucional y dependerán de la discrecionalidad del legislador.

En este sentido, frente al patrón sancionatorio aquiliano, la responsabilidad civil constituye, en nuestra cultura jurídica, uno de los dos mecanismos de reacción protectora frente a la agresión consumada en un derecho. Dichos mecanismos (restablecimiento o reintegración del derecho y resarcimiento o compensación de los daños) fueron elaborados por la escolástica tardía a partir de la teoría de la restitución de Tomás de Aquino, que rechazó que la *restitutio* fuera parte de la «penitencia» (pena o sanción del pecado) y la entendió como expresión de la idea de justicia conmutativa, que exige dar a cada uno lo suyo, al margen de la licitud del acto constitutivo del despojo. La restitución por razón de la cosa (reintegración) o la restitución por razón del acto (resarcimiento) se concibieron, así, como mecanismos que trataban de impedir que alguien quitara algo a otro, entendiéndose que causar un daño era también una manera de privar a una persona de lo que era suyo. Por eso, el primer elemento definitorio del resarcimiento debe ser la configuración de lo propio de cada uno, esto es, la concepción que se tiene del área de derechos de cada individuo. De ahí que en un Estado Constitucional como el nuestro sean los derechos individuales, en cuanto emanación de la dignidad de la persona, la fuente necesaria del resarcimiento. La clave constitucional de la responsabilidad civil está en determinar si alguien quita algo a otro, esto es, si alguien realiza su arbitrio sobre la esfera de un derecho ajeno. Véase I. Rodríguez Fernández (2013), «Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil». *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, págs. 252-276.

Véase M. Rebollo Puig (2004), «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad de la Administración», en F. Sáinz Moreno (dir.), *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, págs.. 218 y 219. En línea similar véase L. Medina Alcoz (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función», en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, IV, págs.. 43-44.

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

II. EL ORIGEN HISTÓRICO DEL DAÑO SACRIFICIAL: LA DOBLE VERTIENTE DE LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

1. El bien común y la doctrina de la necesidad

1. EL BIEN COMÚN Y LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD

La noción de un daño de tipo sacrificial está ligada a la llamada «doctrina de la necesidad», que es la síntesis intelectual de un cúmulo de ideas escolásticas: el bien común como fundamento del poder, la visión de la propiedad privada como un derecho no natural, instituido por razones de utilidad en un reparto originario de bienes, la división de la justicia en legal y particular, la diferenciación entre la *ratio essentialiter* y la *ratio participata*.... Sin necesidad de ahondar en todas estas ideas, lo que nos llevaría demasiado lejos, podemos sintetizar la doctrina de la necesidad en un sencillo razonamiento: el poder público tiene como finalidad última la consecución del bien común y puede, por ello, servirse de los bienes privativos de los ciudadanos para alcanzar ese objetivo. Es más, hay determinados supuestos en los que no puede acudir a la autoridad pública y en los que resulta urgente causar un daño a otro para alcanzar una utilidad esencial de la vida en comunidad. Se llega a la conclusión de que, en esas circunstancias extraordinarias, el particular puede actuar legítimamente como agente del bien común, ejerciendo el poder de coacción que, en general, corresponde a los gobernantes. En ambos casos (esto es, sean los daños causados por el poder o por un particular), se considera necesario que el individuo sacrificado sea indemnizado, cargándose, así, el coste del bien común en su beneficiario directo, sea éste un concreto individuo o sea la comunidad política en su conjunto.

Conviene explicar detenidamente cómo se desenvolvía la doctrina de la necesidad en las relaciones entre particulares y en las entabladas por el poder público y cómo, según las modas intelectuales y los prejuicios políticos de la Modernidad, sólo la segunda vertiente quedó plasmada como Derecho positivo, al no admitirse en el pensamiento iusnaturalista posterior a la escolástica tardía la contradicción lógica que suponía que un daño fuera, a la vez, lícito y resarcible.

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

2. La doctrina de la necesidad en las relaciones entre particulares

2. LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

La doctrina de la necesidad se condensa en una frase que, desde que fuera acuñada por los canonistas medievales, es reiterada por sus defensores (y repudiada por sus críticos): en las situaciones de necesidad todas las cosas pasan a ser colectivas. En otras palabras: un individuo puede legítimamente servirse de la cosa que pertenece a otro para satisfacer un bien mayor. Esta explicación teórica no existía en las fuentes de Derecho Romano, que se limitaban a incluir supuestos singulares de estado de necesidad. Fueron los canonistas medievales los que, sintiéndose insatisfechos con ese sistema atomizado, sostuvieron por primera vez, como principio general, que en las situaciones de necesidad todos los bienes privativos pasan a ser comunes²³⁾.

La formulación canonista de la doctrina de la necesidad carecía, sin embargo, de una explicación filosófica unitaria y se apoyaba exclusivamente en la cita de textos de autoridad. El sustrato de la explicación teórica fue aportado, una vez más, por el tomismo. La filosofía tomista parte del pensamiento aristotélico y considera que la propiedad privada es un instituto necesario para que el hombre se realice como ser racional, sirviéndose para ello de las cosas del mundo externo. Hubo, es cierto, una situación originaria de propiedad colectiva, pero no quedó más remedio que superarla distribuyendo los bienes exteriores para poner remedio a la pereza y la codicia fomentadas por el sistema de propiedad común. De ese «reparto originario» de las cosas surgieron los títulos de derecho, que, desde entonces, pueden ser objeto de transacción siempre que se cumplan las exigencias de la virtud de la justicia conmutativa, regida por el paradigma de la igualdad transaccional (que cada cual dé o reciba tanto como ha recibido o dado)²⁴⁾.

En ese marco de pensamiento, la doctrina de la necesidad se explica del modo siguiente. El reparto originario de riquezas incluyó una reserva tácita según la cual todos los bienes pueden pasar nuevamente al ámbito de dominio colectivo. Por ello, si un individuo tiene la necesidad urgente de preservar su vida (u otro bien de valor esencial) y, con esa finalidad, causa un daño en los bienes de otro, su actuación ha de reputarse lícita. La escolástica tardía añade, no obstante, lo siguiente: el titular de los bienes sacrificados (colectivizados) ha de ser indemnizado por el beneficiario de la operación sacrificial, restaurándose, así, la situación (objetiva) de igualdad transaccional. A través de esa indemnización, el interesado recupera la integridad de su esfera de bienes, que ha sido menoscabada sin su consentimiento para atender el interés de otro²⁵⁾. La licitud del comportamiento (determinado por la «justicia legal», como método de fijación de las conductas permitidas) no exime, pues, del deber de restaurar la igualdad en las cosas (determinada por la «justicia particular», como método objetivo de adjudicación de recursos).

Desde la obra de Vitoria a la de Grocio, la doctrina de la necesidad es explicada en estos mismos términos: en situación de necesidad el bien ajeno puede ser sacrificado²⁶⁾ pero el beneficiario está obligado a restituir tan pronto como le sea posible²⁷⁾. La idea de que las cosas «vuelven a ser comunes» significa, en última instancia, que prevalece el vínculo de solidaridad (comunitario) fijado en el «reparto originario» o, lo que es lo mismo, que el dañante tiene derecho a dañar porque el resultado de su actuación es entendido como más adecuado para la consecución del bien

común (al salvaguardar el bien que el conjunto de la comunidad considera de mayor valor). Para los autores tardo escolásticos una división de los bienes que hubiera permitido, por ejemplo, que una vida humana pereciera para salvaguardar la titularidad de una cosa del mundo externo no habría sido racional (desde el punto de vista de la *ratio essentialiter*) y, por ello, no habría resultado válida. Ahora bien, desde su visión moderada, tal cosa no significa que no exista un daño, entendido como una injusticia conmutativa (esto es, como detrimento no consentido de la esfera de realización de un individuo en beneficio de otro), que ha de ser revertido a través del correspondiente método de reasignación de la pérdida (indemnización).

Como se verá a continuación, ese esquema opera también en los daños sacrificiales causados por el poder público, siendo la traslación de la doctrina de la necesidad a dicho ámbito una aportación trascendental del jurista castellano Fernando Vázquez de Menchaca.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

23

Ya que su intención no era resolver, del mejor modo posible, un determinado elenco de disputas civiles sino dar respuesta a una inquietud teológica general: ¿cuándo se incurre en el pecado de avaricia? Al enfrentarse a esta cuestión moral llegaron a la conclusión de que la propiedad privativa de las cosas no es absoluta. Véase J. Gordley (2006), *Foundations Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, págs. 130-131. Sobre los canonistas y un derecho de uso en casos de necesidad, véase B. Tierney (1997), *The idea of Natural Rights*, William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, Cambridge, págs. 70-76.

24

Sobre este juego de la justicia conmutativa véase I. Rodríguez Fernández (2013: 252-260).

25

Véase J. Gordley (2006: 131-132).

26

En esta idea, las enseñanzas tardo-escolásticas eran, nuevamente, seguidas por Grocio, quien afirma que la situación de «necesidad absoluta» supone el resurgimiento del antiguo derecho primitivo a la propiedad colectiva de las cosas, salvando, eso sí, la restitución de lo arrebatado al propietario privativo una vez que la situación de necesidad había cesado. Véase H. Grocio (2005), *The Rights of War and Peace*, Liberty Fund, Indianapolis, Lib. II., págs. 434-435.

27

H. Grocio (2005:437).

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

3. La doctrina de la necesidad en el ámbito de los daños causados por el poder público.

Los dos requisitos de la expropiación de bienes

3. LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL PODER PÚBLICO. LOS DOS REQUISITOS DE LA EXPROPIACIÓN DE BIENES

La doctrina de la necesidad tiene, como ya se ha visto, un claro fundamento iuspublicita, pues apela a un pacto originario en el que se acordó preservar el bien común. La mayoría de los autores de la escolástica tardía, especialmente los teólogos, se ocuparon, sin embargo, de aplicarla a los daños verificados entre individuos, con el interés fundamental de buscar en ella el cobijo teológico con el que amparar la práctica del hurto famélico. Se debe, en cambio, al jurisconsulto Fernando Vázquez de Menchaca el haber extraído las implicaciones esenciales de la doctrina de la necesidad en el ámbito específico de los daños sacrificiales ocasionados por el poder público²⁸⁾.

A partir del siglo XII, el desarrollo económico, el crecimiento de las ciudades y la consiguiente necesidad de establecer fortificaciones para protegerlas, determinó una mayor utilización de la expropiación de tierras que se encontraban en manos privadas. Fue en ese momento cuando empezó a sentirse la necesidad doctrinal de distinguir teóricamente entre el poder que tienen los magnates sobre los bienes de sus súbditos, en virtud de una relación de vasallaje basada en un dominio dividido, y el verdadero poder público (puramente jurisdiccional y no señorial), basado en la necesidad de atender, en representación de la comunidad política, al bien colectivo²⁹⁾. Aparece, así, por primera vez, en el seno del *ius commune*, un esfuerzo de delimitación jurídica del problema del sacrificio de bienes privados por parte del soberano³⁰⁾. No se trata de apropiaciones de bienes basadas en relaciones dominicales complejas, de signo feudal e indicativas, en esencia, de una relación jurídica clientelar, ni tampoco de confiscaciones derivadas del castigo de actos ilícitos. Se trata de determinar hasta dónde puede llegar el poder del soberano, en cuanto «puro» príncipe (esto es, al margen de las concretas relaciones de vasallaje) en utilidad del colectivo.

Lo cierto es, sin embargo, que los juristas medievales sólo pusieron el acento en que estas apropiaciones de tierras, fundadas en el puro ejercicio del poder soberano, estuvieran basadas en una «justa causa» o en una «utilidad pública», en cuanto actos de gobierno considerados contrarios, en principio, al Derecho Natural³¹⁾. Más allá del esfuerzo teórico de los juristas, la única constancia práctica de una preocupación de las autoridades públicas medievales sobre la eventual procedencia de una indemnización se refirió, normalmente, a casos en los que el expropiado gozaba de un estatus social privilegiado, lo que era especialmente visible cuando se trataba de la expropiación de bienes eclesiásticos. La indemnización del despojo era, en suma, una práctica ocasional, desprovista de un fundamento jurídico explícito y ligada, a lo sumo, al estatus social del expropiado, conforme a una noción «condicionada» de la dignidad (puesto que era dicho estatus, y no la simple condición de persona, lo determinante para reconocer un precio indemnizatorio)³²⁾.

La misma preocupación por la «privación» de derechos se había producido en el debate jurídico eclesiástico. Los poderes locales, reticentes ante los privilegios que el Papa concedía a las nuevas órdenes monásticas –permitiendo que predicaran en todo el territorio de la Iglesia en detrimento

de los obispos y párrocos tradicionalmente asentados en sus respectivas circunscripciones– habían afirmado que el pontífice sólo podía privar de sus «derechos» a sus subordinados en casos excepcionales, en los que esa privación resultara necesaria para alcanzar el bien común de la Iglesia³³). En este ámbito, en el que no tenía cabida plantear siquiera el problema indemnizatorio, el bien común se había considerado, igualmente, el título válido para el sacrificio de derechos.

Es en el siglo XVI cuando se produce un salto argumental, representado fundamentalmente por la obra de Fernando Vázquez de Menchaca. Ya en la disertación introductoria de su *Controveriarum Ilustrium*, al tratar la enajenación de concretas villas o pueblos por parte del soberano, este autor anticipa el principio conforme al cual las necesidades y utilidades públicas, por ser de toda la comunidad, han de ser distribuidas equitativamente entre todos los ciudadanos. Son, según señala, todos los miembros del colectivo los que han de distribuirse equitativamente las cargas y necesidades públicas, de modo que, si alguno de ellos sufre un daño privativo en utilidad de los demás, el perjuicio ha de ser compensado a través de una «justa recompensa» que permita revertirlo al patrimonio de todo el colectivo³⁴). Más tarde, al tratar, específicamente, «la cuestión de cuándo o príncipe o ciudad libre puede para utilidad pública despojar de sus bienes a uno o a ciertos ciudadanos»³⁵), Vázquez de Menchaca afirma categóricamente que el despojo de los bienes privativos de los súbditos sólo puede realizarse cumpliendo dos requisitos: (i) que la actuación esté amparada en una causa de utilidad pública, y (ii) que se otorgue al afectado la justa indemnización, para que aquello que ha redundado en provecho común sea sufragado por todos³⁶).

La justificación de los dos requisitos aludidos, que es categórica y no se modifica en función de las clásicas distinciones medievales entre diferentes grados de potestad regia³⁷), descansa, como se ha anticipado, en la doctrina general «de la necesidad»³⁸). Vázquez de Menchaca parte, al igual que los autores salmantenses que le habían precedido, del presupuesto según el cual la situación originaria de los hombres era la propiedad colectiva. En su opinión, una vez instituida la propiedad privada, el soberano sólo recibió poder sobre los bienes privativos «para remediar aquellas necesidades y para exclusiva utilidad de los ciudadanos»³⁹). Desde ese fundamento, ha de aceptarse la posibilidad de que esos bienes privativos sean utilizados por el príncipe para atender a la necesidad pública, pero ha de mediar una justa compensación. Según afirma el autor: «[l]a razón de la anterior conclusión es que *en tiempo de necesidad todas las cosas son comunes* y así quien escogió vivir vida social, popular y civil, por el mismo hecho parece someterse a esta ley, que debe anteponer la utilidad pública a los bienes particulares, y por eso si la utilidad o necesidad de la república lo reclaman debe ayudar con sus bienes y ponerlos a su disposición».

Vázquez de Menchaca observa que la indemnización del sacrificio singularmente impuesto opera como una reversión de su coste a la propia comunidad política, conforme a las reglas de solidaridad (justicia distributiva) que han sido predeterminadas para afrontar las cargas o necesidades comunes, lo que dependerá de la riqueza de cada cual⁴⁰). De este modo, la indemnización del sacrificio singular se concibe como una forma de equidistribución indirecta, por remisión a las reglas de solidaridad fijadas en el sistema tributario. Por ello, la indemnización ha de cubrir todo aquello que excede de la parte alícuota que al afectado corresponde como miembro de la sociedad, debiendo ser, hasta alcanzar dicho importe, una compensación íntegra⁴¹). La clave está en evitar que «*a costa del perjuicio de unos pocos los restantes queden inmunes*», pues el ejercicio del poder público rectamente orientado al bien común exige que «*a todos se les proteja por igual*»⁴²).

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

Covarrubias y Luis de Molina. Vid. J. García Martín (2010) «*Aufferre rem privati* o título versus *potestas*. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*», en S. De Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. La expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 167.

29

S. Reynolds (2010), *Before Eminent Domain. Towards a History of Expropriation of Land for the Common Good*, The University of North Carolina Press, págs.18-19.

30

Lo que no significa que no hubiera manifestaciones prácticas anteriores del instituto expropiatorio sino que, como parece pacífico en la historiografía, a pesar de las múltiples discrepancias en otros aspectos, sólo puede hablarse de una auténtica doctrina jurídica sobre la expropiación forzosa a partir del *ius commune*. Véase J. García Martín (2010: 106).

31

Expresivos de la llamada «potestad absoluta» del príncipe. Véase S. Reynolds (2010: 86-89). La tesis de Reynolds, según la cual nadie habló, hasta la Edad Moderna, de la necesidad de indemnizar porque se daba «por descontada» resulta muy poco convincente. Y los ejemplos que la propia autora recopila en su obra parecen abonar, más bien, la tesis contraria. En cualquier caso, hay que señalar que esta referencia de las fuentes del *ius commune* a la causa o utilidad pública es más bien apodíctica, pues el centro de su interés no reside tanto en el «título» que invoca el príncipe como en el tipo de potestad que ejerce. Véase. J. García Martín (2016 :106).

32

Véase S. Reynolds (2010: 40- 41).

33

Véase B. Tierney (1997: 38).

34

F. Vázquez de Menchaca (1931) *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Talleres tipográficos «Cuesta» Macías Picavea, Valladolid, pág. 28

35

F. Vázquez de Menchaca (1931: 156-166).

Insiste más tarde Vázquez de Menchaca (1931:166) en que «tal príncipe revestido del mero [puro] y simple derecho de príncipe, solamente puede despojar de sus bienes a un ciudadano o súbdito suyo, cuando concurren estas dos circunstancias y en ningún otro caso: primero cuando lo exija alguna utilidad o necesidad pública y segundo si se le otorga además una debida y proporcionada recompensa según lo exigen los derechos y motivos expuestos».

«Ni aun en virtud de la plenitud de poder, le será lícito al príncipe el dejar de concederme una compensación proporcionada; puesto que la república está obligada a otorgar esta compensación como consta por las razones aducidas». F. Vázquez de Menchaca (1931:268).

En los dos requisitos esenciales de su construcción jurídica de la potestad expropiatoria pesa también la sentencia platónica sobre las dos máximas que deben atender los gobernantes de un Estado «la primera que olvidados de sus propios intereses todas sus acciones las encaminen a procurar el bienestar general, y la segunda que velen por toda la república en general, no sea que por atender a una sola parte de ella dejen abandonadas las restantes». La apropiación por el príncipe de los bienes de los ciudadanos debe, por ello, estar encaminada a satisfacer el bienestar general y, al recaer la carga en una sola de las partes del colectivo, ésta debe ser indemnizada por el príncipe, pues de otro modo éste la estaría abandonando en beneficio de las demás. F. Vázquez de Menchaca (1931:100).

F. Vázquez de Menchaca (1931:146).

En cuanto al alcance de la compensación, afirma Vázquez de Menchaca (1931: 181) que, siendo cierto que «debemos contribuir con nuestros bienes cuando lo reclaman las necesidades de la patria, sin embargo, por ser muy conforme a derecho natural, que el bienestar público y las necesidades y peligros comunes se remedien con los tributos, privaciones y peligro no de alguno que otro ciudadano sino de todos ellos en general, por esa razón la república debe ofrecer una proporcionada y conveniente compensación a quien hizo entrega de algún bien suyo para aliviar y remediar la necesidad pública, quitada la parte proporcional que como uno de los miembros del pueblo debía aportar».

«[L]a república debe dar y remunerar al ciudadano todo el valor de lo entregado por éste, si puede hacerlo y si n por lo menos en la parte que sea posible; y si ni aun en parte puede recompensarle, entonces ninguna obligación hay a las cosas imposibles. Con todo, tanto en el caso de no haberle otorgado compensación alguna, como en el de habersele concedido insuficiente, es justo que tan pronto como logre

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

4. La recepción parcial de la doctrina de la necesidad: del dominio eminente a la expropiación forzosa

4. LA RECEPCIÓN PARCIAL DE LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD: DEL DOMINIO EMINENTE A LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

Como epígono de la escolástica tardía, Hugo Grocio recoge en su obra cumbre, *De Iure Belli ac Pacis*, la doctrina de la necesidad en su doble dimensión, pública y privada, ajustándose, en cuanto a la primera, a la formulación efectuada por Fernando Vázquez de Menchaca, autor por el que el jurista de Delft sentía una especial predilección. Para Grocio, el soberano puede apropiarse de los bienes que legítimamente pertenecen a sus súbditos ejerciendo la «fuerza del dominio eminente». Ahora bien, son necesarios dos requisitos para ello. El primero es la «utilidad pública» de la operación. El segundo, la compensación con fondos públicos de la pérdida causada, siempre que esto sea posible. La recepción grociana de la construcción tardo escolástica será el punto de partida de la asunción posterior de la teoría de «dominio eminente» tanto por el iusnaturalismo septentrional como por los propios textos revolucionarios burgueses (singularmente, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Una recepción que, sin embargo, no alcanza a la base teórica que le servía de fundamento: la doctrina de la necesidad.

En dicho proceso de recepción parcial, Samuel Pufendorf representa un eslabón esencial, al hallarse a medio camino entre el viejo y el nuevo tiempo. Aunque el autor alemán ya no admite, por las razones que veremos después, la doctrina de la necesidad entre los particulares, recoge puntualmente en su obra, por la mediación de Grocio, la construcción realizada por Vázquez de Menchaca sobre la expropiación pública de bienes. Según Pufendorf, en aquellos casos en los que los ciudadanos poseen las cosas como verdaderamente propias, sin que su relación con éstas proceda de la liberalidad del príncipe, el soberano sólo tiene tres derechos sobre los bienes privativos de los súbditos: el de regular su uso para hacerlo compatible con el bien común, el de exigir tributos y subsidios y el de ejercer el «dominio eminente». Pufendorf añade, después, que el dominio eminente⁴³ se ejerce en función de dos requisitos: (i) la necesidad que el Estado tiene de «utilizar o sacrificar» el bien privativo por su «utilidad pública», y (ii) la indemnización del daño causado, en tanto que ésta sea posible⁴⁴.

La justificación del requisito de la indemnización es, en la obra de Pufendorf, completamente acorde con la construcción previa de Vázquez de Menchaca, pues se trata de una verdadera equidistribución entre todos los ciudadanos (en cuanto beneficiarios). Según afirma el jurista alemán, en el sostenimiento de las cosas comunes cada cual ha de contribuir de acuerdo con la porción alícuota que le corresponde. Ocurre a menudo, sin embargo, que el poder público tiene necesidades urgentes que no puede atender solicitando a cada ciudadano la cuota que le compete, y también puede ocurrir que se vea en la necesidad de utilizar un concreto bien que está bajo el poder privativo de un individuo. En tales casos, los propietarios singularmente afectados por el ejercicio del «dominio eminente» deben ser indemnizados por sus conciudadanos por el importe del daño sufrido, que alcanza todo lo que excede de la parte alícuota que al dañado habría correspondido en el sostenimiento de esa necesidad pública⁴⁵. Se trata, pues, de la indemnización

como equidistribución concebida por Vázquez de Menchaca.

Esta construcción es respetada por la obra iusnaturalista y racionalista hasta llegar, nuevamente, al Derecho legislado de las primeras Constituciones liberales. La misma Declaración Universal de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789, como texto político fundacional, revela, quizá mejor que cualquier otra fuente de la época, el ímprobo esfuerzo invertido en conciliar una aparente antítesis: la teoría del «dominio eminente», fundada en una concepción moderada del derecho propiedad, y la nueva visión radical de dicho derecho, que había pasado a considerarse tan sagrado e inviolable como la vida o la libertad mismas. La Declaración recoge ya, en su artículo 2, la concepción «naturalista» del derecho de propiedad, a la que tiende el iusnaturalismo posterior a la escolástica tardía. Pero, ante la necesidad de justificar el sacrificio de la propiedad privada para permitir el desarrollo de las tareas estatales, admite, al mismo tiempo, en su artículo 12, una forma de enajenación forzosa de la propiedad inmobiliaria, considerada entonces la fuente paradigmática de riqueza⁴⁶. Esta forma de enajenación forzosa recogía los elementos esenciales de la teoría del dominio eminente, con las siguientes matizaciones:

(i) La visión revolucionaria del primer Estado liberal hizo que el título justificativo de la privación de la propiedad se expresara de forma más restrictiva, apelándose aparentemente a una necesidad pública extrema, con lo que se pretendía subrayar una dosis de excepcionalidad que no había estado presente en la construcción teórica originaria.

(ii) La indemnización había de ser «previa», queriéndose destacar, con ello, la preeminencia del interés del propietario sobre el público, en contraste con la doctrina tardo escolástica, en la que dicha indemnización podía esperar al momento en que el beneficiario fuera capaz de sufragarla, sin obstaculizar, por ello, la efectiva apropiación del bien, necesaria para materializar el interés perseguido, considerado prevalente.

(iii) Finalmente, como expresión de un verdadero acto de soberanía nacional, sólo la ley podía autorizar este tipo de actuaciones públicas sobre bienes privados. Esa apelación al legislador, como único legitimado para realizar la expropiación, era el reflejo de la idea de que sólo el poder verdaderamente soberano podía tener tal potestad⁴⁷.

El texto revolucionario, con todas sus precauciones, no explicaba, sin embargo, la existencia misma de una potestad pública consistente en arrebatar coactivamente a un individuo un derecho, como el de propiedad, que era proclamado «sagrado» e «invulnerable», del cual, según había afirmado Locke, nadie podía ser privado sin su consentimiento⁴⁸. Nació, así, una contradicción entre la ideología imperante, que negaba la posibilidad de sacrificar los bienes de los particulares, y las necesidades reales del nuevo Estado liberal, que, con pragmatismo evidente, reconocía desde un primer momento que sacrificaría los bienes de los ciudadanos para realizar sus propios fines. Una contradicción que no era tal desde las claves de la vieja escolástica, ya completamente olvidada, pero sí desde los paradigmas filosóficos posteriores, basados en el principio de no contradicción y en un método puramente deductivo.

En una primera fase de desarrollo, esa contradicción no fue especialmente flagrante. La preocupación inicial del Estado liberal en germen era la de crear la célebre «familia» de propietarios que había de constituir la fuente principal de su riqueza. Se trataba, en esa fase embrionaria, que en nuestro país queda encarnada por el fenómeno desamortizador, de favorecer la proliferación de propietarios, sin que apremiara aún la necesidad de afrontar sistemáticamente la realización de grandes obras públicas⁴⁹. Cuando éstas se multiplicaron, ya entrado el nuevo siglo, la contradicción se hizo mucho más evidente. Fue entonces cuando se apreció con toda nitidez la incompatibilidad del nuevo Estado con el fundamento exclusivamente protector de derechos que le atribuía su pensamiento filosófico de base. Se le reprochó, por ello, en el contexto de emergencia de la llamada «cuestión social», que se ocupara únicamente de atender los fines colectivos propios de la clase dirigente. Las nuevas tendencias funcionalistas se alzaron entonces contra los derechos subjetivos, especialmente el de propiedad, defendiendo que, lejos de proceder de un dato trascendente ligado a la naturaleza humana (la dignidad), los derechos son creaciones del Estado, que debe configurarlos y delimitarlos de acuerdo con el interés colectivo. Con ello, la acción social del poder público creció enormemente a costa de los derechos individuales,

singularmente de la propiedad, sin que se planteara, no obstante, el problema de la equidistribución de su coste, cuestión que quedó circunscrita a esa reminiscencia doctrinaria que era el concreto instituto de la expropiación forzosa.

Con el advenimiento de un Estado social de Derecho, que ha de compatibilizar la protección de los derechos individuales, derivados de la dignidad de la persona, con la realización de las políticas públicas en interés común, se consagra un poder público sacrificial mucho mayor que el puramente expropiatorio (aunque la expropiación forzosa queda estandarizada como el mecanismo ordinario de sacrificio de la propiedad privada). Pero el problema que supone la afectación singular de los derechos individuales fuera de las hipótesis puramente expropiatorias ya no puede ser ignorado como una mera cuestión de «delimitación de derechos». No puede aceptarse que la dialéctica estrictamente expropiatoria heredada del Estado de Derecho liberal contraiga la indemnización a los supuestos de actuaciones que suponen formal o materialmente una desposesión (excluyendo los que implican un daño, esto es, un menoscabo). La combinación de dos pensamientos unilaterales (el puramente liberal que no admite más sacrificio que el expropiatorio y el puramente funcionalista, que admite todo sacrificio sin necesidad de que sea indemnizable) lleva a un resultado inasumible: fuera del caso estricto del [art. 33.3 CE](#) los ciudadanos han de resignarse a que sus derechos sean lícitamente menoscabados sin que deba equidistribuirse el coste que singularmente se les impone por razón del bien común. Esa falsa dialéctica entre expropiación y delimitación habría sido fácilmente evitable si la doctrina de la necesidad hubiera sido acogida y desarrollada en su plenitud (no sólo en su vertiente de «dominio eminente»). Conviene, por ello, señalar las razones por las que esa recepción completa no se produjo, que son justamente, a mi modo de ver, las que han llevado a plantear el (falso) problema de la responsabilidad civil «objetiva».

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

43

S. Pufendorf (2009), *Le Droit de la Nature et de Gens ou Système Général des principes les plus importants de la moral, de la jurisprudence et de la politique*, Presses Universitaires de Caen, vol. II, pág. 443.

44

S. Pufendorf (2009 II:450).

45

S. Pufendorf (2009 II: 449).

46

J. Infante y E. Torijano (2010) «Propiedad privada y expropiación forzosa: los entresijos de un binomio (1812-1931)», en S. De Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torrijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. La expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 211.

S. Reynolds (2010: 41).

J. Locke (1980), *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, pág. 138.

J. Infante y E. Torijano (2010: 212-213).

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

5. Samuel Pufendorf y el rechazo iusnaturalista de la doctrina de la necesidad

5. SAMUEL PUFENDORF Y EL RECHAZO IUSNATURALISTA DE LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD

Una de las características de la llamada «Ciencia» del Derecho Natural fue el rechazo de la doctrina de la necesidad (y del daño sacrificial como obligación de resarcir derivada de un acto lícito). Para los iusnaturalistas ilustrados la obligación de restituir al dañado procede, no del mandato positivo de dar a cada uno lo suyo, sino del incumplimiento por parte del dañante de uno de los deberes generales de conducta que, partiendo de la autonomía individual, constituyen deductivamente la clave de bóveda de todo el ordenamiento jurídico: el deber de no dañar a otro (*neminem laede*). Sólo del incumplimiento de ese deber general, derivado del ejercicio de la razón *a priori*, puede derivarse el resarcimiento del daño, siendo éste, como resultado de la infracción de un deber, ilícito por concepto.

Este esquema de pensamiento se impone claramente en el siglo XVIII y tiene su máxima expresión en el iusnaturalismo kantiano. En el siglo XVII, los juristas no habían llegado, sin embargo, a tal grado de coherencia intelectual. Combinaban aún las ideas jurídicas del pasado, que el filtro de Grocio hacía dignas de consideración (pues la obra del holandés eximía del desprestigio de acudir de modo explícito a las fuentes jurídicas tardo escolásticas), con la moda científica propia de su tiempo, inclinada al pensamiento puramente deductivo. Esto invitaba a cada autor a proponer su propio *constructo* racional y a tratar de hacerlo compatible con el examen de instituciones jurídicas concretas, utilizando, así, de forma un tanto forzada, el principio de no contradicción para analizar pormenorizadamente las instituciones romanas. En ese marco de transición se sitúa la obra de Samuel Pufendorf.

El pensamiento de Pufendorf se caracteriza, todavía, por su ambivalencia y, en buena medida, por su ambigüedad. Su construcción jurídica es, en muchos aspectos, deudora del pensamiento de Grocio y de los últimos tardo escolásticos, especialmente de Suárez, pero su aproximación general a los problemas jurídicos tiene ya el enfoque característico de los nuevos tiempos. En su *Tratado sobre el Derecho de la Naturaleza y de las Gentes* (1672), Pufendorf describe un «estado de naturaleza» en el que, de acuerdo con las fuentes jurídicas preexistentes, el derecho de propiedad aún no ha sido sacralizado. Su visión de este derecho es la tradicional; estamos, en su opinión, ante un instituto creado por los hombres por razones de utilidad. En la línea de la escolástica tardía y del propio Grocio, Pufendorf recurre, así, a la ficción del reparto originario de los bienes y admite que, al realizarse éste, no se llegó al extremo de autorizar a cada individuo el disfrute, en su exclusivo beneficio, de las cosas que le eran atribuidas, sin contemplar jamás la utilidad de los demás. Recogiendo la tradición anterior, afirma que, en caso de necesidad, la ley natural ampara la apropiación del bien ajeno y que el reparto originario de las cosas debió ajustarse a esa ley superior a través de una cláusula tácita⁵⁰. Pero, llegado a este punto, armado de su paradigma de razón geométrica, Pufendorf se aparta de la tradición anterior y, pese a aceptar que hay un derecho a dañar en situación de necesidad, rechaza las ideas de Grocio y de los autores tardo escolásticos en lo relativo al deber de indemnización. A su modo de ver, quien se ha limitado a ejercer su derecho, sin actuar ilícitamente, no puede estar obligado a la restitución.

En efecto, para Pufendorf, en el estado de naturaleza, el hombre queda sujeto a tres deberes generales de conducta que, según señala, han de servir de axiomas de los que debe deducirse todo el ordenamiento jurídico. Desde esta visión del origen del Derecho, que conduce al binomio subjetivo de lo lícito y lo ilícito, su labor jurídica pretende fundarse en un nuevo paradigma de razón geométrica, sustitutivo del viejo patrón aristotélico-tomista⁵¹). El razonamiento jurídico ha de ser puramente deductivo. La consecuencia ineludible es el rechazo de la doctrina de la necesidad. En opinión del autor alemán, afirmar que un acto humano es lícito y sostener que, pese a ello, existe un deber de resarcir los daños que se derivan del mismo no resulta conforme con el principio de «no contradicción». El deber de resarcimiento ha de tener, por ello, un fundamento distinto. Sin la posibilidad de acudir, como sus predecesores, a la noción aristotélica de la justicia conmutativa (como método de adjudicación de recursos que no va ligado necesariamente a la licitud del acto), su respuesta introduce en el Derecho de Daños el paradigma que, desde entonces, predominará en el pensamiento jurídico europeo y triunfará en la propia codificación: el culpabilista. Recurriendo, con tono moralizante, a la célebre fábula de la cigarra y la hormiga, Pufendorf distingue dos supuestos de daño en estado de necesidad:

(i) De un lado se encuentra quien, por indolencia o pereza, ha provocado su situación de necesidad. Como causa de su propio mal, este individuo no puede ampararse en la ley natural para dañar a otro. El perjuicio que causa para evitar su mal es, por ello, ilícito y resulta resarcible. La causa del daño es, en esta hipótesis, la indolencia del dañante y no el egoísmo del dañado⁵²).

(ii) De otro lado están los casos en que el necesitado no ha provocado su mal y en los que el titular del bien sacrificado se niega, sin motivo, a auxiliarle con una pequeña parte de su abundante riqueza. Pufendorf sostiene que, en estos otros supuestos, el necesitado dispone un verdadero derecho a dañar y que, como su actuación es lícita, no existe ningún deber de resarcimiento. Es el individuo dañado el que, por su egoísmo injustificado, constituye la causa de su daño. En palabras de Pufendorf «si la inhumanidad del rico no se deja vencer por ninguna súplica ¿hay que aceptar por esa razón que el pobre muera de hambre? Al contrario, ya que ese bárbaro adinerado no ha querido ejercer voluntariamente sus deberes humanitarios, es justo que pierda tanto el derecho a su bien como el derecho a pretender algún reconocimiento»⁵³). Una concepción ésta que se encuentra en las antípodas de la noción tardo escolástica de la «justicia conmutativa» en la que la deuda es puramente objetiva y resulta siempre ajena a la virtud de los sujetos implicados.

Pero donde la cigarra no se opone a la hormiga, ni el desfavorecido al opulento, Pufendorf no tiene más remedio que admitir la viabilidad de la restitución. Los términos en que admite esta posibilidad parecen excepcionales: la restitución sólo procede cuando la cosa sacrificada es de un valor extraordinario o cuando el afectado no es una persona de gran fortuna. Pero, si bien se mira, esos supuestos no son, en realidad, tan residuales, pues abarcan todos los casos en que el individuo dañado no sufre un perjuicio insignificante, bien por no ser rico, bien por la considerable entidad del daño padecido. Para todas estas hipótesis, el autor alemán reconoce que el acto lícito del dañante ha de convivir con una obligación de restitución. El sentido común obliga, así, a Pufendorf a mantener, en un amplísimo grupo de casos, la contradicción formal que él mismo denuncia: hay un acto lícito que genera, no obstante, un deber de resarcir.

Pufendorf no se atreve, pues, a descartar el resarcimiento, pero tampoco es capaz de atisbar, desde su nuevo paradigma «ilustrado», basado en la razón *a priori*, el fundamento último de ese extraño fenómeno de un acto lícito que genera un deber de resarcimiento. El problema teórico fundamental es justamente el que plantean los casos que Pufendorf, en su aparente coherencia lógica, deja sin explicar y que se despachan como una supuesta cuestión menor. Esa pauta se repetirá en la doctrina civil posterior. Así, en los numerosos casos (que acabarán etiquetándose equívocamente como formas de «responsabilidad objetiva») en los que la perspectiva culpabilista no sirva para explicar la resarcibilidad del daño, ésta se aceptará como cuestión de mero sentido común, al que no hay más remedio que acudir en supuestos puramente excepcionales. Ese «sentido común» que late tras la indemnización de estas hipótesis sedicentes es, en realidad, como la doctrina acabará advirtiéndolo con el tiempo, la idea de justicia conmutativa, ajena a la licitud del comportamiento del dañante⁵⁴). Pero esa pugna teórica será ya una discusión entablada entre juristas iuspositivistas, dado el nuevo sesgo que, en el siglo XVIII, toma la idea de Derecho Natural, convertido ahora en Ciencia pura.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

50

Pufendorf (2009 I: 284 y 285).

51

J. Gordley (2006: 7-17).

52

S. Pufendorf (2009 I: 287).

53

S. Pufendorf (2009 I: 287).

54

Sobre ese regreso a la idea de justicia conmutativa en la doctrina continental y norteamericana, véase I. Rodríguez Fernández (2013: 252-276).

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

II. El origen histórico del daño sacrificial: la doble vertiente de la doctrina de la necesidad

6. El rechazo de la doctrina de la necesidad en el kantismo y en la codificación

6. EL RECHAZO DE LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD EN EL KANTISMO Y EN LA CODIFICACIÓN

En el siglo XVIII el iusnaturalismo abrazó plenamente el nuevo paradigma de razón y llegó, por fin, a una conclusión coherente: había que renunciar a explicar, como había tratado de hacer Pufendorf, las instituciones jurídicas concretas como si fueran manifestaciones puntuales del ejercicio de la razón humana. La ciencia del Derecho Natural debía ocuparse exclusivamente de los grandes principios racionales, pues sólo estos pueden ser deducidos de forma abstracta y al margen de la experiencia. La doctrina de la necesidad pudo, por ello, rechazarse, dejando de lado cualquier problema de «sentido común».

De este modo, la literatura iusnaturalista del siglo XVIII se fue despreocupando del tratamiento de las instituciones romanas y se dedicó, cada vez más, a actualizar y perfilar las nociones más elementales de la ciencia heredada de sus predecesores⁵⁵. Esa tendencia a la abstracción conceptual, que redujo el objeto de la meditación filosófico-jurídica a un elenco reducido de problemas generales, evitando deliberadamente «cualquier contaminación con polémicas más inmediatamente referidas a la praxis jurídica», se vio exacerbada, finalmente, con el kantismo⁵⁶.

La escuela kantiana pasó a entender el *Naturrecht* como «una teoría general de la ética o del acto moral», elaborada exclusivamente a partir de las reglas abstractas de la razón *a priori*. Consideró, así, que el Derecho natural era el producto exclusivo de la razón al margen de la experiencia, lo que suponía desterrar de su ámbito de estudio todo contenido jurídico concretamente existente en una sociedad determinada⁵⁷. Con ello, como ha escrito Francisco Carpintero, «el Derecho Natural dejó de proporcionar pautas configuradoras de la realidad social y pasó paulatinamente a convertirse en una “Filosofía del Derecho” ocupada únicamente de temas puramente abstractos»⁵⁸.

Kant negará (categóricamente) la doctrina de la necesidad por su inconsecuencia formal con el principio de no contradicción⁵⁹. Y a diferencia de Pufendorf no sentirá siquiera la urgencia de ocuparse de los casos, supuestamente excepcionales, en que hay que indemnizar. Se limitará a explicar, eso sí, con escaso éxito (pues acabará utilizado un razonamiento propio de un imperativo hipotético o condicionado, como es la imposibilidad de disuadir de la comisión del delito a quien se ve en peligro de perder la vida), el motivo por el que el autor del daño no puede ser castigado con una pena⁶⁰. Con el kantismo, el iusnaturalismo puramente deductivo llega, así, a una formulación plena: la idea general de un daño «lícito», causado en estado de necesidad, es rechazada por su inconsecuencia moral. Aquello que es contrario al imperativo categórico no puede pasar a ser lícito en determinadas circunstancias (operándose como si se estuviera ante un imperativo hipotético o condicionado, orientado a la consecución de un fin). No hay más licitud (justicia) que la puramente subjetiva, determinada por la conformidad del acto con un deber de conducta. El *neminem laede* es un precepto negativo que determina, de manera absoluta, la forma en la que el individuo ha de comportarse. Justo lo contrario que había sostenido dos siglos atrás el tardo escolástico Domingo de Soto, que había afirmado que la restitución procede de un mandato general positivo (dar a cada uno lo suyo) y no de la infracción de un deber negativo de conducta,

pues, en su opinión, el precepto que obliga a la restitución, como norma de justicia conmutativa, no es el mismo que prohíbe apropiarse de lo ajeno, como norma de justicia legal⁶¹.

La desconfianza del iusnaturalismo septentrional hacia la doctrina de la necesidad determinó, en cualquier caso, que en los textos codificados aparecieran manifestaciones concretas de diversas situaciones de necesidad (en las que, por ejemplo, un propietario podía perseguir un enjambre de abejas en la finca del vecino, indemnizando los daños causados en la propiedad de éste). Pero los grandes Códigos no contuvieron una cláusula general sobre el estado de necesidad. El iusnaturalismo triunfó, desde luego, en la codificación civil, pues la esfera subjetiva de derechos y el sistema de justicia conmutativa habían quedado plasmados en la letra de la ley –en la medida en que la indemnización era contemplada como una obligación general restitutoria llamada a reintegrar al dañado a su estado anterior–. Pero se trataba, en realidad, de la visión iusnaturalista ilustrada, en la que no se aceptaba ya, con carácter general, la idea de un daño lícito, ocasionado por razón del interés común, que resultara, no obstante, resarcible. Sólo se contemplaban supuestos excepcionales, impuestos por el «sentido común», en cuanto hipótesis anómalas de responsabilidad «objetiva», esto es, sin mediación de un acto contrario a un deber de conducta.

El actual contexto de Estado social de Derecho nos permite prescindir de estos prejuicios del pasado y afrontar los supuestos excepcionales de responsabilidad «objetiva» (no fundada en la ilicitud del acto) con relevancia constitucional desde su sustrato filosófico originario: la necesidad de equidistribuir el coste del bien común.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

55

Véase F. Carpintero Benítez (1989) *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Chiclana, pág. 11.

56

Véase. F. Capintero Benítez (1989:9).

57

Como señala Carpintero (1989:26), esa «pureza racional» (o la idea de que el Derecho Natural es producto exclusivo de «la razón pura al margen de la experiencia» fue «una constante de la Escuela kantiana, que llevará ese dogma a sus últimas consecuencias, negando, por ejemplo, la existencia de un estado de necesidad».

58

Ibidem.

59

I. Kant (1989), *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, págs. 45-46.

Es este último un mandato negativo, una prohibición de un acto contrario a la virtud –puesto que «las acciones malas, efectivamente, se prohíben mediante preceptos negativos». La restitución descansa, en cambio, en un mandato positivo que obliga a devolver lo ajeno; no se sustenta en el «no robarás» del decálogo divino –puesto que también el que no ha violado dicho mandamiento, pero tiene en su poder un bien de pertenencia ajena, viene obligado a la restitución. Según Soto «también quien no se apropió de ninguna cosa ajena, sino que la posee de buena fe, siempre que enseñado por la razón natural constase que es de otro, está obligado a entregársela». Vid. Domingo de Soto (2015), *De la Justicia y del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1967-68 (edición facsímil de 2015), Madrid. libro IV, págs. 332 y 333.

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

III. El retorno a una perspectiva unitaria: la responsabilidad civil objetiva como daño sacrificial

III. EL RETORNO A UNA PERSPECTIVA UNITARIA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA COMO DAÑO SACRIFICIAL

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

III. El retorno a una perspectiva unitaria: la responsabilidad civil objetiva como daño sacrificial

2. La responsabilidad objetiva. Visión general desde la óptica de un Estado social de Derecho

2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. VISIÓN GENERAL DESDE LA ÓPTICA DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Puede decirse, siguiendo a James Gordley⁶²⁾, que un orden jurídico decidido a proteger la esfera de derechos de los ciudadanos (Estado de Derecho) –esto es, llamado a defender las titularidades preestablecidas que configuran el ámbito de libre realización de cada persona (art. 10.1 CE)– no puede fundarse en una regla de indemnización universal y objetiva de todos los menoscabos sufridos. Una regla de ese tipo constituiría, con toda obviedad, una alteración indebida de la distribución originaria de derechos. Aquellos miembros de la sociedad que optaran por invertir sus recursos en modalidades de propiedad especialmente frágiles o vulnerables, o que decidieran exponerse a riesgos extraordinariamente altos, estarían disponiendo, indirectamente y en función de la altísima probabilidad de daño, de los recursos pertenecientes a los demás individuos – recursos que estarían utilizando, de ese modo, como medios propios para alcanzar sus fines–⁶³⁾.

Por tanto, para proteger adecuadamente la esfera de realización de cada individuo y no sustituirla *ex novo* por otra distinta con ocasión de la consumación de cada daño –esto es, para asegurar la correspondencia de cada esfera de libre realización con el ejercicio del arbitrio propio de su respectivo titular–, un Derecho de Daños fundado en la justicia conmutativa se basa, también a día de hoy, en una regla general de autorresponsabilidad, regla que, en relación con los bienes de naturaleza patrimonial, ya fue claramente formulada con el principio romano *res pereat domino*. Se hace precisa, por consiguiente, una razón justificativa de la transferencia del importe del menoscabo que excepcione la aplicación inicial de esta regla general de autorresponsabilidad por la cual, por decirlo castizamente, cada palo aguanta su vela. En este punto, la tradición civilista ha encontrado en la culpa, en sentido lato (como incumplimiento de un deber de conducta), la razón generalmente aplicable para proceder al trasvase de la carga del daño de quien lo ha sufrido a quien lo ha causado. Se trata de identificar los comportamientos –y los consiguientes riesgos– que se asumen como recíprocos, esto es, que todos entendemos que son normales en la vida social, estableciendo las reglas de conducta que permiten desarrollarlos de forma simétrica, es decir, potencialmente igual para todos. El que se aparta de esos estándares debe responder del daño generado, que aparece, así, como un daño ilícito, esto es, como el producto de la infracción de un deber de comportamiento.

Pero, una vez abandonadas las pretensiones de pura coherencia formal basada en un método estrictamente deductivo, siempre se ha intuido la necesidad de sumar a la ilicitud/culpa otros títulos de imputación. Como igualmente señala Gordley⁶⁴⁾, un orden social que pretende proteger la previa delimitación de derechos tampoco puede fundarse en una regla de exclusiva responsabilidad por culpa. En tal sistema, cada vez que el Estado autorizase un tipo de actividad extra-arriesgada por el beneficio global que proporciona, estaría fijando un estándar de

comportamiento privilegiado para ciertos individuos, que podrían someter los bienes de otros a riesgos que no están recíprocamente asumidos como parte de la vida social. Quienes se dedicasen a esa actividad cumpliendo con esos criterios específicos de licitud estarían sometiendo los bienes de los demás a un riesgo de daño que excede del habitual. Estarían, así, disponiendo lícitamente de los bienes de terceros, al someterlos unilateralmente (esto es, de forma no simétrica o recíproca) a los designios de su propia voluntad.

De este modo, en el sistema «monista» culpabilístico, el dañante que desarrolla la actividad extra-arriesgada que está autorizada por el poder utiliza a las víctimas de los daños como medios para alcanzar sus propios fines, irrumpiendo, así, en sus esferas de libre realización individual sin necesidad, en principio, de reparar los perjuicios que causa en ellas, puesto que no ha vulnerado un deber de comportamiento, esto es, no ha actuado de forma contraria a las normas que rigen el desarrollo de su actividad. En estos casos, en los que no media culpa alguna, la falta de resarcimiento de los daños causados a terceros constituye, igualmente, una ganancia del agente basada en una pérdida correlativa de la víctima, en contradicción con las reglas esenciales de la justicia conmutativa, ajenas al hecho de que esa desigualdad objetiva se verifique a través de un comportamiento lícito (en cuanto no infringe ninguna regla de comportamiento). Por tanto, la justicia conmutativa, como mecanismo de protección de la esfera individual de derechos, conduce necesariamente a la elaboración de un sistema de responsabilidad de base plural, esto es, a un sistema en el que la culpa (como título subjetivo amplio, que comprende el daño intencional ilícito) conviva con otras razones para indemnizar, que podemos llamar títulos objetivos en cuanto no se fundan en la infracción de un deber de comportamiento.

La culpa muestra, así, su insuficiencia allí donde el poder público establece estándares singulares de comportamiento que autorizan la realización de actividades especialmente arriesgadas o directamente nocivas para los derechos de otros y que, aunque implican una injerencia en la esfera de estos, resultan necesarias o deseables por su utilidad social. Frente a los riesgos y molestias que son inherentes a la necesaria coexistencia entre iguales (Estado de Derecho), como obligación de soportar el derecho del otro que es coextensa a la obligación que el otro tiene de soportar la existencia de mi propio derecho (justicia conmutativa), estamos aquí ante riesgos y molestias que se estiman adecuadas para alcanzar el bien común aunque impliquen la afectación singular del derecho de algunos (Estado social, justicia distributiva). El disfrute de mi vivienda me permitirá, por ejemplo, realizar ciertos ruidos que pueden suponer una molestia para mi vecino. El poder público estandariza el límite de lo recíprocamente tolerable, a partir del cual ya no disfruto de mi propio derecho sino que me entrometo en el derecho ajeno. Esa intromisión, materializada en la infracción de un deber de conducta, puede dar lugar al resarcimiento de los daños producidos con arreglo a criterios culpabilísticos. Pero si el poder público autoriza vuelos a baja altura sobre el bien de mi propiedad provoca molestias mucho mayores de las recíprocamente toleradas en función de la simetría de los derechos individuales. Me priva, pues, por razón del bien común perseguido, de lo que normalmente es mi derecho. Si esa actividad es lícita, en cuanto tiene el respaldo normativo del poder por razón de su utilidad social, la eventual indemnización de los daños generados por ella no puede depender de un puro esquema culpabilístico. Si la injerencia en el derecho de los afectados, consumada para atender fines ajenos, da lugar a una indemnización no se debe a la infracción de un deber de conducta.

La falta de reciprocidad convierte este tipo de hipótesis dañosas en injerencias en el derecho ajeno que sólo el poder público puede convertir en actuaciones lícitas o permitidas. Lo que de ordinario es una «injusticia conmutativa» que tiene su origen en un acto ilícito se torna, así, una «injusticia conmutativa» deseada y autorizada por la colectividad en detrimento de concretos individuos. Una decisión normativa del poder autoriza, por razón del beneficio social que representa, esa deliberada injerencia de unos en la esfera de otros. Estamos ante la pura noción de «sacrificio», amparado en la cláusula constitucional de «Estado social». El hecho de que estas decisiones estén legitimadas por el juego de la cláusula social –que permite sacrificar la esfera de libre realización individual para obtener una utilidad colectiva– no afecta, en realidad, a la esencia del instituto resarcitorio. Sólo supone que el Derecho de Daños actúa, en tales casos, como forma de «equidistribución» (directa o indirecta) del sacrificio producido, conciliando así la cláusula de Estado social con la de Estado de Derecho, esto es, haciendo real la idea unitaria de un *Estado*

social de Derecho. Para entrar en mayor detalle hemos de distinguir dos modalidades de sacrificio, según que la decisión de dañar sea cierta o hipotética, esto es, que sea inmediatamente buscada o que se presente y asuma en función de un juicio de probabilidad.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

62

J. Gordley (1995), «Tort Law in the Aristotelian Tradition», en D. G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, pág. 153.

63

La garantía de resarcimiento universal del daño generaría, de esta forma, un vínculo solidario entre todos los miembros del colectivo social, que se verían llamados a responder con sus propios bienes de cualquier actividad emprendida por uno de ellos, por arriesgada que fuera. Esto supondría que, de facto, se propiciara un nuevo reparto de bienes entre los miembros del colectivo social con ocasión de cada daño producido. La garantía de resarcimiento universal desembocaría en un sistema de justicia distributiva similar al que hoy se promueve a través de la generalización del seguro.

64

J. Gordley (1995: 153).

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

III. El retorno a una perspectiva unitaria: la responsabilidad civil objetiva como daño sacrificial

3. El daño sacrificial estricto (cierto) y su equidistribución (directa o indirecta)

3. EL DAÑO SACRIFICIAL ERICTO (CIERTO) Y SU EQUIDISTRIBUCIÓN (DIRECTA O INDIRECTA)

El modelo más claro de daño sacrificial se da en las situaciones que identificamos con una necesidad inmediata y urgente de servirse de un bien ajeno. Estamos, en estos casos, ante una decisión directa de dañar, una apropiación inmediata del bien ajeno para obtener una utilidad mayor. El que, utilizando casos de escuela, lanza la carga de propiedad ajena para salvar su embarcación en medio de una fuerte tormenta o el que, hallándose perdido en el monte, no tiene más remedio que refugiarse en la cabaña de otro y gasta sus reservas de comida o leña, dispone lícitamente de lo ajeno, quita a otro lo que le pertenece para salvar un bien de mayor valor. En este supuesto, el poder público considera que esa injusticia conmutativa es acorde con los intereses comunes. Pero, como revela la regulación del estado de necesidad contenida en nuestro  [Código penal](#), el beneficiario de esa instrumentalización del derecho ajeno debe resarcir al individuo dañado. La ilicitud subjetiva del acto se separa, así, de su dimensión objetiva como injusticia conmutativa, que es la que fundamenta el deber de reparación.

Estamos, de este modo, ante un daño intencional en el que el agente busca deliberadamente alcanzar sus fines actuando sobre el derecho ajeno –esto es, sirviéndose conscientemente de los bienes de otro–. Si esa injusticia conmutativa no está autorizada por el poder público en razón de su utilidad común, estamos ante un «daño ilícito doloso», que ha de ser indemnizado por el autor de la injerencia. Si media, en cambio, una autorización del poder público basada en la cláusula social del Estado constitucional, estamos ante un daño sacrificial que podemos llamar «estricto o cierto» que implica igualmente una injerencia intencional en la esfera de libre realización del afectado y que conlleva, por ello, el mismo deber de indemnización, sin el cual estaríamos ante una instrumentalización del dañado. El poder público desea que se produzcan esas injusticias conmutativas, pues, aunque algunos ciudadanos las sufren singularmente en su esfera derechos, el beneficio global obtenido es notablemente mayor.

Lo que hace distinto el caso del daño ilícito doloso del supuesto de daño sacrificial estricto o cierto es que, al mediar una autorización del poder (que, por el juego de cláusula social, hace lícita la injerencia), la indemnización se convierte en una distribución equitativa del sacrificio que puede ser, a su vez, directa o indirecta. La equidistribución es directa cuando el poder público permite –normalmente, a través de la cláusula de estado de necesidad– que los particulares causen, en determinadas condiciones, daños intencionales en bienes ajenos para alcanzar un bien de mayor valor, sea del propio dañante o de un tercero. En este caso, estamos ante un sacrificio impuesto a un ciudadano en beneficio directo de otro, injusticia conmutativa que se prefiere consumir desde la perspectiva social del beneficio de conjunto. La equidistribución «directa» evita, en este concreto supuesto, que se verifique una instrumentalización. El beneficiario directo de la injusticia conmutativa que ha sido autorizada por el poder público debe pagar, por ello, la indemnización correspondiente al sujeto singularmente sacrificado. Estamos ante la misma lógica

sacrificial que rige la expropiación forzosa con un beneficiario privado al que se carga con la obligación de pagar el justiprecio.

Si es, en cambio, el propio Estado el que, con la finalidad de obtener una utilidad pública, realiza la actuación dañosa en los bienes de determinados ciudadanos estamos igualmente ante una actuación lícita, pero aquellos que la sufren de modo singular deben ser indemnizados con dinero público, pues de otro modo, al verse privados de un espacio de realización de sus propios fines, quedarían convertidos en meros instrumentos al servicio de los demás. Imaginemos al Gobierno ordenando el derribo de una aeronave «kamikaze» y causando, con ello, la muerte, no sólo de los terroristas que la dirigen contra un lugar atestado de personas, sino también la de los pasajeros secuestrados. A través de la indemnización satisfecha con fondos públicos se produce la necesaria equidistribución del sacrificio de estos últimos, que es asumido por todos los beneficiarios (todos los miembros del colectivo) de acuerdo con las reglas propias de la estructura del sistema tributario (que responde a las reglas constitucionales de solidaridad). Se produce, en tal caso, una «equidistribución indirecta», por inserción del daño, a través de la indemnización pagada, en la estructura de solidaridad constitucionalmente establecida. Como se ha visto, esto no es muy distinto a lo que ya decía Fernando Vázquez de Menchaca en el siglo XVI, cuando teorizó por primera vez los requisitos del dominio eminente. Y es que, en el fondo, estamos ante la misma lógica que concurre en la expropiación pagada con dinero público.

La ordenación normativa admite, pues, comportamientos susceptibles de romper las reglas generales de delimitación recíproca de las esferas de libre realización personal. Dicho de otro modo, el Estado autoriza (o realiza por sí mismo) injusticias conmutativas con la finalidad de obtener beneficios mayores, evitando, no obstante, la instrumentalización del afectado a través de la indemnización (tanto en la equidistribución directa como en la indirecta). Menoscaba (o autoriza que se menoscabe lícitamente) la esfera de derechos de determinados individuos, a los que se debe indemnizar, procediendo así a una distribución equitativa del coste del bien común.

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

III. El retorno a una perspectiva unitaria: la responsabilidad civil objetiva como daño sacrificial

4. El daño sacrificial relativo (hipotético) y su equidistribución (directa o indirecta). La responsabilidad por riesgo

4. EL DAÑO SACRIFICIAL RELATIVO (HIPOTÉTICO) Y SU EQUIDISTRIBUCIÓN (DIRECTA O INDIRECTA). LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Ciertos casos de responsabilidad por riesgo responden a la misma lógica (sacrificial) que acaba de ser expuesta. En ellos, el dañante asume libremente (y prefiere realizar) una actividad extra-arriesgada, autorizada por el poder público en razón de su utilidad social, a sabiendas de la alta probabilidad de que se deriven daños para terceros⁶⁵). También hay aquí una decisión voluntaria de obtener una ganancia, aún a expensas de una pérdida ajena, y una decisión del poder público tendente a amparar y autorizar la realización de esa actividad nociva en razón del beneficio social (mayor) que genera.

En España, por ejemplo, están autorizadas las instalaciones nucleares y radioactivas, que quedan sometidas, eso sí, a un fuerte régimen de intervención administrativa. Sólo cumpliendo requisitos muy excepcionales, y con sujeción a vigilancia administrativa, puede desarrollarse una actividad de este tipo (arts. 18 y ss. de la ley 25/1964, de 29 de abril). La responsabilidad en caso de consumación de ese riesgo extraordinario (accidente nuclear) es puramente objetiva. Hay una cobertura por seguro obligatorio pero también, en lo que ésta no alcanza y en relación con los daños personales, un compromiso del Estado de arbitrar «los medios legales para cubrir la diferencia» (art. 51). La propia regulación indica que estamos ante un riesgo completamente extraordinario (que no pertenece a los peligros recíprocamente generados entre iguales en la vida social). Aun cuando la instalación sea de titularidad y gestión privada, el riesgo intencionalmente desencadenado está orientado a la consecución de beneficios sociales mayores. La pervivencia del respaldo del poder está, además, sometida a debate democrático en el que las hipotéticas víctimas son un mal contemplado como posible que es, no obstante, asumido como necesario.

Estamos, en este otro tipo de casos, ante daños intencionales indirectos o hipotéticos. El agente desarrolla deliberadamente una conducta o actividad que conlleva un riesgo cualificado, sometiendo los bienes ajenos a un peligro que excede del recíprocamente admitido (conforme a la idea de justicia conmutativa). En este caso, la decisión del agente de desencadenar ese riesgo no recíproco –esto es, un peligro que excede del generalmente aceptado como inherente a la convivencia entre iguales o, en términos kantianos, del que permite conciliar el libre arbitrio de uno con el libre arbitrio del otro– conlleva la injerencia intencional en la esfera de autodeterminación de los demás. Una injerencia que, como tal, genera, asimismo, un deber de indemnización.

Nuevamente (ya se trate de un riesgo permitido o de un riesgo prohibido) se realiza la voluntad del agente del daño sobre el bien ajeno, debiendo procederse, por razones de justicia conmutativa, a la indemnización. Aunque, en este caso, el daño no es deliberadamente buscado por el agente, la

conducta determinada por su libre arbitrio somete unilateralmente los bienes ajenos a un riesgo cualificado, que supone sujetarlos –al menos potencialmente– a los designios de su voluntad. El daño así generado puede imputarse a la injerencia intencional del individuo que desarrolla la actividad extra-arriesgada. Cuando este riesgo extraordinario está autorizado por el poder público sigue presente, como razón última de la responsabilidad civil, la lógica del «sacrificio» impuesto por efecto de la cláusula social del Estado Constitucional. Al amparo de la misma, el poder público tiene capacidad para autorizar la generación de estos riesgos extraordinarios en la medida en que produzcan una mayor utilidad o ventaja social. Pero el límite de la dignidad humana –y del Estado de Derecho– le impide eximir a quien los desarrolla –y se convierte en beneficiario directo de la decisión autorizativa del poder– del deber de indemnizar a los concretos individuos que sufren consecuencias nocivas en sus derechos individuales –esto es, los que se ven instrumentalizados–.

Estamos, por ello, ante una modalidad hipotética de daño sacrificial. El poder público opta, una vez más, por romper el equilibrio recíproco en la delimitación de las esferas de libre realización individual, autorizando, por razones de interés social, actividades extraordinariamente peligrosas y permitiendo, con ello, que el sujeto que las realice someta a determinados individuos a los riesgos unilateralmente generados por su propio arbitrio. Los daños que, al concretarse el referido riesgo, se producen en los bienes de estos terceros no son, desde luego, deseados –ni por el poder público ni por el particular que desarrolla la actividad autorizada– pero sí han sido contemplados –y asumidos– desde un primer momento como sacrificios que pueden llegar a materializarse para que pueda obtenerse el beneficio (individual y social) correspondiente. La ordenación normativa que rompe con el equilibrio recíproco basado en la justicia conmutativa, permite, así, que un individuo someta a otros a los designios de su voluntad por razones de utilidad social. La cláusula «social» del Estado admite que esa ordenación sea adoptada. La cláusula de Estado (material) de Derecho exige, no obstante, la paralela indemnización de las consecuencias dañosas verificadas en la esfera de las víctimas. La aplicación conjunta de ambas reglas (autorización basada en la utilidad social e indemnización fundada en la titularidad de derechos), lejos de constituir una contradicción (como pretendían la «Ciencia» del Derecho Natural y la «Ciencia» positivista que siguió sus pasos), da coherencia plena a la idea de un Estado social de Derecho. Se recupera, así, la vieja lógica de la «doctrina de la necesidad» conciliando el bien común con la idea sustancial de persona (y, en consecuencia, la justicia distributiva con la justicia conmutativa).

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

III. El retorno a una perspectiva unitaria: la responsabilidad civil objetiva como daño sacrificial

5. La tipología particular de riesgo sacrificial: su carácter extraordinario e instrumental

5. LA TIPOLOGÍA PARTICULAR DE RIESGO SACRIFICIAL: SU CARÁCTER EXTRAORDINARIO E INSTRUMENTAL

Hay que notar, en cualquier caso, que la dimensión sacrificial sólo alcanza a los riesgos que podemos calificar de extraordinarios o no recíprocos y que tienen carácter instrumental, fuera de los cuales la evaluación de los riesgos sociales como título de imputación depende de la discrecionalidad legislativa, siempre que ésta se ejerza de forma no arbitraria ([art. 9.3 CE](#)). Así:

(i) Son ordinarios o recíprocos los riesgos que pertenecen al normal desenvolvimiento de la vida social⁶⁶. La conducción de vehículos de motor fue, probablemente, en un momento dado, un riesgo no recíproco. En la actualidad es una actividad completamente estandarizada. No puede decirse que alguien nos someta unilateralmente a un riesgo extraordinario por el mero hecho de que circule con su coche por las vías públicas. De ahí que el legislador, para regular la responsabilidad por accidentes de tráfico, pueda optar por utilizar reglas de responsabilidad basadas en la culpa o por realizar distribuciones de riesgos que considere más equitativas. Otro ejemplo de riesgo ordinario que no tiene significado sacrificial sería el de los daños generados por los menores, como peligro inherente a la vida social en el que el legislador también puede optar libremente por una responsabilidad de índole subjetiva (basada en la culpa de los padres) u objetiva (que distribuya equitativamente ese riesgo, cargando en todo caso los padres del menor con el importe de los perjuicios). Estamos, en este ámbito recíproco de riesgos, ante un puro ejercicio de política legislativa, sometido a debate democrático.

(ii) De otro lado, sólo tiene dimensión sacrificial el riesgo que, además de extraordinario, tiene naturaleza instrumental, esto es, que es intencionalmente generado para obtener determinados beneficios sociales. Así, no es un riesgo instrumental el que se materializa en el seno de una actividad prestacional, como por ejemplo, un servicio público sanitario, al que el ciudadano acude porque ya sufre una enfermedad. La atención sanitaria prestada en un hospital, público o privado, ha de cumplir, por supuesto, con la *lex artis*. En caso de negligencia médica puede existir, por ello, responsabilidad civil de la administración o del particular que gestiona el hospital. Pero el legislador también puede optar legítimamente por contemplar supuestos de riesgo sanitario en los que, no existiendo negligencia alguna por parte del prestador del servicio (público o privado), éste pueda ser considerado objetivamente responsable. Estamos, en todos estos casos, ante el juego de la discrecionalidad legislativa, que permite fundar la traslación de la carga económica del daño en razones diversas. El canon constitucional para analizar este tipo de reglas de responsabilidad civil será, pues, el de la posible arbitrariedad del legislador ([art. 9.3 CE](#)), lo que obligará a examinar la razón en que se funda la atribución del deber de resarcimiento.

Un riesgo extraordinario e instrumental no responde, sin embargo, a la misma etiología ni está sujeto a un escrutinio constitucional tan laxo. Si el poder público decide autorizar

normativamente la generación de energía nuclear y coloca una instalación nuclear en un determinado lugar, a sabiendas del alto peligro para la salud que esto comporta para los que allí habitan, los que resulten dañados no habrán sido víctimas de un evento estandarizado de la vida social sino de una decisión instrumental del poder, en la que se contemplaba la probable causación de este tipo de daños a concretos individuos, que se ven sacrificados para alcanzar un bien mayor. No indemnizar los daños causados en la integridad física (🟡[art. 15](#)CE) de estas personas es tanto como desconocer su derecho fundamental, que parte de su condición de fines en sí mismos, no de meros siervos del poder o de instrumentos de la utilidad común.

Del mismo modo, la Administración genera un riesgo instrumental de tipo sacrificial cuando realiza campañas de vacunación obligatoria o cuasiobligatoria, en las que decide no informar de los riesgos individuales (residuales pero ciertos) que esto entraña, a sabiendas de que sólo así conseguirá que la vacunación sea masiva y se eviten, con ello, males mayores. Los daños sufridos en la integridad física (🟡[art. 15](#)CE) de quien sufre una reacción adversa a la vacuna sin haber sido informado de los riesgos (por la deliberada decisión del poder, tendente a no frustrar, con dicha información, los fines de la campaña), también son sacrificiales y exigen la equidistribución del coste del bien común. La institución misma de la prisión preventiva, que autoriza a acordar lícitamente el encarcelamiento cautelar del investigado cuando aún no se ha procedido a determinar su responsabilidad criminal, es otro riesgo instrumental (el de privar de libertad a un inocente) deliberadamente creado por el poder público en un derecho fundamental (🟡[art. 17](#)CE) para dar mayor eficacia a los procesos penales (con el beneficio social que ello comporta), pero esa decisión lícita del poder no exime de resarcir el daño instrumentalmente causado a quien, celebrado el correspondiente juicio, resultó que no había cometido delito alguno. En todos estos casos, la indemnización se revela como una exigencia de la eficacia del derecho constitucional que se ve comprometido, esto es, como una derivación necesaria de la cláusula material de Estado de Derecho. Alguien se ve lícitamente privado de lo suyo (su salud, su libertad, su propiedad) en utilidad de los demás y debe, por ello, ser resarcido, consiguiéndose, así, la equidistribución del coste del bien común y haciéndose realidad la idea de un *Estado social de Derecho*.

Todas estas manifestaciones de la responsabilidad llamada «objetiva» se revelan como una misma modalidad de injusticia conmutativa, auspiciada por el poder público por razón de su utilidad social. Se permite utilizar la esfera de realización de otro para obtener un beneficio mayor. No obstante, sólo la indemnización –que debe satisfacer el beneficiario directo del sacrificio– devuelve al individuo singularmente sacrificado a la condición de fin en sí mismo. El pago de la indemnización hace que la decisión del poder público de autorizar la injusticia conmutativa sea adecuadamente equidistribuida entre los directamente beneficiados y los directamente sacrificados. El marco constitucional de conciliación de la cláusula social y la cláusula de Estado de Derecho llega, de este modo, a la solución de la necesaria equidistribución (indemnización) de cualquier forma de daño intencional de tipo instrumental (lícito o ilícito, cierto o hipotético).

La exigencia constitucional de resarcimiento abarca, de ese modo, el daño intencional, lícito (doloso) o ilícito (sacrificial), en cuanto en él se produce la situación constitucionalmente proscrita: una actuación por la que un individuo (o el poder público mismo) convierte a otro en siervo de sus fines. Más allá de ese daño constitucionalmente relevante, el legislador ha de establecer su propio sistema resarcitorio en el seno del debate democrático, recurriendo a la culpa o a criterios alternativos que sirvan de razón suficiente para atribuir el daño. En ese ámbito de libre disposición del legislador han de entenderse, a mi juicio, preceptos constitucionales que, como los 🟡[arts. 106.2](#) y 🟡[121](#)CE, establecen derechos resarcitorios de configuración legal. Y en ese ámbito de libre disposición, sujeta al escrutinio constitucional derivado de la interdicción de la arbitrariedad, se encontraba, a mi modo de ver, la hipótesis legal enjuiciada en al STC 112/2018, de 17 de octubre.

Véase G. P. Fletcher (1972), «Fairness and utility in tort theory», *Harvard Law Review*, vol. 85, enero 1972, págs. 537 a 573.

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

IV. Epílogo: volviendo al caso del ciervo

IV. EPÍLOGO: VOLVIENDO AL CASO DEL CIERVO

Volviendo al controvertido caso del «ciervo atropellado», el legislador, al dar contenido a la actual disposición séptima de la ley de tráfico, entiende que, cuando la irrupción de un animal se produce sin que haya existido una acción cinegética de cierta envergadura (acción colectiva de caza mayor), nos encontramos ante la pura actuación de un animal salvaje (*res nullius*), un riesgo al que, haya o no explotación de la caza, entiende que se someten todos los conductores que, en su propio interés, usan las vías públicas adyacentes a los terrenos en los que habitan este tipo de especies. El legislador reconoce que a la autoridad pública le corresponde señalar adecuadamente la carretera de su titularidad, para que los conductores identifiquen los tramos en los que deben extremar su diligencia. La atribución de responsabilidad en este grupo de casos parece entrar de lleno en el ámbito de la discrecionalidad legislativa. Y el legislador ha elegido, según la dicción del párrafo primero de la vigente disposición adicional séptima, que el conductor sea responsable de los daños «a personas o bienes».

En el supuesto que ha dado lugar a la  [STC 112/2018](#) (JUR 2018, 297024) no hay, según se desprende de los antecedentes de la resolución, más daño que el sufrido por el propio vehículo que impactó con el ciervo por lo que la aplicación de la regla legal controvertida ni siquiera tiene por qué entenderse como fruto de la atribución de responsabilidad en función de un riesgo inherente a la conducción (siendo, obviamente, discutible que la irrupción del ciervo pueda tener esta catalogación y no la de fuerza mayor extraña a la conducción). En tal supuesto específico, la aplicación de la vigente disposición adicional séptima puede verse como una manifestación de un criterio de autorresponsabilidad: el conductor diligente ha de cargar con su propio daño salvo que la Administración no haya señalado la carretera o no haya establecido un vallado donde esto resulte obligatorio (esto es, salvo que haya negligencia por parte de la Administración). Esta es, en principio, una regla común en el Derecho de Daños: donde no hay instrumentalización se suele desplazar el importe del perjuicio de quien lo ha sufrido a quien ha contribuido a causarlo si este último sujeto ha infringido algún deber de conducta ( [art. 1902](#)  CC). Una regla de ese tipo sólo puede ser constitucionalmente evaluada desde el canon general de arbitrariedad del legislador, que es, con toda lógica, muy deferente con éste. La sospecha de arbitrariedad puede dirigirse, en este caso, a los criterios de delimitación elegidos por el autor de la norma (por ejemplo ¿por qué las doce horas anteriores a la producción del accidente?) pero lo cierto es que semejante escrutinio ha de hacerse con suma prudencia, ya que lo propio de legislar es establecer ciertas convenciones que aporten previsibilidad y seguridad jurídica. La intuición inicial es, en este supuesto, favorable a la constitucionalidad⁶⁷⁾.

El examen podría haber sido muy distinto si el legislador hubiera tratado de eximir de responsabilidad al explotador de los terrenos incluso cuando se ha desarrollado una acción colectiva de caza mayor. En este caso, la exoneración legislativa del explotador (público o privado) de la caza habría podido ser objeto de una fuerte sospecha de inconstitucionalidad. Difícilmente puede sostenerse que el riesgo unilateralmente creado por el ejercicio colectivo de la caza mayor sea, a diferencia de la circulación de vehículos de motor, una actividad normal de la vida social a la que todos estemos simétricamente sometidos. El daño respondería a la realización unilateral de

los fines de un sujeto que desarrolla una actividad extraordinariamente arriesgada que, pese a su potencialidad dañosa para terceros, cuenta con el respaldo del poder público por razones, siempre debatibles y, por ello, reversibles, de interés social (atribuyéndole valor lúdico, deportivo o cultural)⁶⁸). Cargar, en ese caso, al conductor con el coste del perjuicio podría equivaler a ponerle al servicio de los fines del explotador de la actividad cinegética, convirtiéndole en siervo de los intereses de otro (intereses a los que el poder público ha dado su apoyo normativo en razón de la valoración de su utilidad social). Justamente eso, que unos sean coactivamente convertidos en siervos de otros, es lo que resulta constitucionalmente inadmisibile.

La correcta catalogación de la actividad cinegética, como posible fuente de injusticias conmutativas respaldadas por el poder público (esto es, como actividad que se ve autorizada a sabiendas de su potencialidad dañosa y su falta de reciprocidad social) sería, en cualquier caso, la clave del examen de constitucionalidad, que debería estar presidido por la siguiente premisa: que el poder público autorice una actividad extra-arriesgada en consideración al beneficio social que genera no le autoriza a cargar el coste de esa decisión en los concretos individuos que sufren los daños derivados de los altísimos riesgos inherentes a la misma. El coste ha de imputarse a los beneficiarios, esto es, ha de ser equidistribuido. En este caso, la equidistribución habría de ser directa, pues hay un beneficiario claramente identificable. Sólo así se concilia la decisión del legislador de autorizar una injusticia conmutativa (Estado social), que rompe el equilibrio formal entre los derechos de todos, con la consideración sustancial del individuo afectado, en cuanto titular de derechos que han de ser protegidos (Estado de Derecho). La lógica que, por una ruptura histórica, sólo somos capaces de ver en la expropiación forzosa (la de un daño lícito, causado en interés común, que, a pesar de su licitud, ha de ser resarcido) es propia de cualquier otro daño de tipo sacrificial. Sólo determinando que estamos ante un daño que responde a esta etiología podríamos deducir, a mi entender, que la indemnización (como equidistribución) viene constitucionalmente exigida.

Me parece poco riguroso, en cualquier caso, tratar de resolver la constitucionalidad de este (u otro) supuesto legislativo de atribución de responsabilidad civil imaginando una *voluntas legislatoris* que en modo alguno se desprende de la norma reguladora, lo que se ha llevado a cabo estimando que la disposición adicional novena (actual séptima) de la ley de tráfico ha dejado abierta la aplicación subsidiaria del  [art. 1902CC](#) (explotación cinegética privada) o de los  [arts. 32 y ss.](#) de la  [ley 40/2015](#) (explotación cinegética pública) siempre que no haya existido una acción colectiva de caza mayor⁶⁹). Mi intención en este artículo no ha sido, no obstante, analizar detalladamente este concreto supuesto de hecho sino poner de relieve que una teoría constitucional del Derecho de Daños no sólo es necesaria para descifrar el misterioso arcano de la responsabilidad objetiva del poder público; también es imprescindible para fijar el ámbito estricto de interés constitucional (el del daño que compromete la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes) y el que corresponde en exclusiva a la legitimación democrática del legislador (el del daño que no tiene esa dimensión o trascendencia). Es el Tribunal Constitucional el que, en mi opinión, ha de dar a cada uno de ellos (Constitución y legislador) lo que es privativamente suyo. Creo que dejar tal responsabilidad en manos de los jueces ordinarios, invitándoles a buscar, por su propia cuenta y riesgo, los títulos de imputación constitucionalmente exigibles, equivale a eludir un problema que afecta a la esencia misma de la jurisdicción constitucional.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

Hay que tener presente que al Tribunal se le planteaba un supuesto de aplicación de la norma limitado a hacer al conductor responsable de su propio daño. Lo cierto es que el precepto le asigna el deber adicional

de indemnizar los perjuicios personales o patrimoniales sufridos por terceros. La decisión legal de cargar al conductor con el importe de daños ajenos no responde ya a un criterio de autorresponsabilidad por el cual, no habiendo infracción de una norma de conducta, cada uno ha de cargar con su propio mal. Se trataría de atribuirle un riesgo inherente a su conducción. La corrección de este criterio de atribución del daño dependerá de que se catalogue o no la irrupción del animal como una fuerza mayor inherente o extrínseca a la conducción. Pero si el legislador quería cambiar de bolsillo ese daño sufrido por terceros, tenía alternativas que parecían, *a priori*, más razonables. Podía, en concreto, atribuir la carga indemnizatoria al titular de la explotación cinegética, que, aun sin acción de caza mayor, se beneficia potencialmente de las especies que habitan los terrenos. En tal caso, estaríamos, más claramente, ante una opción legislativa que, al responder a una razón suficiente, cumpliría con el canon de arbitrariedad del [art. 9.3 CE](#). La solución de hacer responsable al explotador podría verse, con toda lógica, acompañada de una exigencia de aseguramiento obligatorio. Pero tal exigencia de contratar un seguro obedecería a que hay, con carácter previo, una razón suficiente para hacer legalmente responsable al titular de la explotación cinegética y no al contrario (esto es, la razón para hacer responsable al titular de la explotación no es que pueda acudir al aseguramiento de los daños). Tal sistema legal (responsabilidad del explotador de la caza con aseguramiento obligatorio) sería, sin duda, razonable y, probablemente, preferible, desde el punto de vista de la política legislativa. Pero es el legislador el que debe verlo así, pues sólo él tiene la legitimación democrática para adoptar una decisión de ese tipo.

68

Interés cuya subsistencia, obviamente, debe sujetarse a debate democrático. Lo cierto es que, en la actualidad, la caza de animales salvajes (que son de gran tamaño en la caza llamada mayor) sigue teniendo el respaldo del poder público, que, eso sí, la somete a regulación e intervención.

69

Sobre la escasa viabilidad de tal interpretación del precepto, resulta ilustrativo el voto particular del Magistrado Antonio Narváez, que la califica de «atormentada solución». También insiste en esta cuestión el voto del Magistrado Ollero que habla, a su vez, en tono jocoso, de «uso alternativo del derecho».

Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 195 (Octubre-Diciembre 2018)

Estudios

6. La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común (IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ)

V. Bibliografía citada

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

M. Beladiez Rojo (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid.

F. Carpintero Benítez (1989) *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Chiclana.

G. P. Fletcher (1972), «Fairness and utility in tort theory», *Harvard Law Review*, vol. 85, enero 1972, págs. 537 a 573.

E. García de Enterría (1984), *Los principios de la nueva  Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, Civitas (edición facsímil de la publicada en 1956 por el Instituto de Estudios Políticos).

J. García Martín (2010) «*Auferre rem privati* o título versus *potestas*. La expropiación en los juristas castellanos del ius commune», en S. De Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. La expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca

J. Gordley (1995), «Tort Law in the Aristotelian Tradition», en D. G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford.

J. Gordley (2006), *Foundations Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford.

H. Grocio (2005), *The Rigths of War and Peace*, Liberty Fund, Indianapolis, Lib. II.

J. Infante y E. Torijano (2010) «Propiedad privada y expropiación forzosa: los entresijos de un binomio (1812-1931)», en S. De Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. La expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca

I. Kant (1989), *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid.

I. Kant (2003), *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ediciones Encuentro, Madrid.

J. Leguina Villa (2007), «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *REDA*, núm. 136, pp. 689-700.

J. Locke (1980), *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid

L. Martín Rebollo (1977), *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid.

L. Medina Alcoz (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los*

efectos de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema, Thompson-Civitas, Cizur Menor.

L. Medina Alcoz (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función», en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, IV.

L. Medina Alcoz (2012), «Mitos y Ficciones en la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala 3.ª, de 27 de septiembre de 2011», *REDA*, núm. 153, pp. 152-181.

O. Mir Puigpelat (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.

O. Mir Puigpelat (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», *REDA*, núm. 140, págs. 629-652.

F. Pantaleón Prieto (1994), «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, págs. 240-253.

S. Pufendorf (2009), *Le Droit de la Nature et de Gens ou Système Général des principes les plus importants de la moral, de la jurisprudence et de la politique*, Presses Universitaires de Caen, vols. I y II.

M. Rebollo Puig (2004), «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad de la Administración», en F. Sáinz Moreno (dir.), *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid.

S. Reynolds (2010), *Before Eminent Domain. Towards a History of Expropriation of Land for the Common Good*, The University of North Carolina Press

I. Rodríguez Fernández (2013), «Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil». *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, págs. 252-276.

D. de Soto (2015), *De la Justicia y del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1967-68 (edición facsímil de 2015), Madrid

B. Tierney (1997), *The idea of Natural Rights*, William B Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, Cambridge.

F. Vázquez de Menchaca (1931) *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Talleres tipográficos «Cuesta» Macías Picavea, Valladolid.

alcanzar la república un estado más floreciente en sus bienes, supla la parte que faltaba por recompensar». F. Vázquez de Menchaca (1931: 167).

F. Vázquez de Menchaca (1931:29). A estos dos ejemplos, añade, finalmente, el jurista castellano que el príncipe no puede condonar los daños causados en período de paz por uno de sus súbditos con la excusa de que también se perdonan (mutuamente) los causados en la guerra. A diferencia de estos últimos «los daños causados en tiempo de paz no puede perdonarlos sino otorgando compensación al perjudicado». (*Ibid.*:153).