

¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa

Víctor Sebastián Baca Oneto*

La responsabilidad patrimonial de la Administración en sede peruana, es un tema que posee escasa bibliografía. En ese sentido, el autor presenta algunos alcances sobre la naturaleza de dicha institución. Finalmente, señala que en el Ordenamiento peruano los conceptos no son claros a diferencia del Ordenamiento español donde el sistema es netamente objetivo.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU HISTORIA EN EL DERECHO PERUANO

Es casi un lugar común recurrir a la feliz expresión de Maurice HAURIUO para iniciar cualquier estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, según la cual “hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”¹. Sin embargo, pese a haberse repetido en innumerables ocasiones, su utilización está más que justificada, en tanto pone de relieve el carácter esencial que tienen para la Administración Pública en un Estado de Derecho el reconocimiento del principio de legalidad de toda su actuación, que será por tanto controlable jurisdiccionalmente, y del principio de garantía patrimonial. Este último es quizá menos conocido,

pero su importancia es innegable, pues reconoce el derecho de los administrados a ser indemnizados por aquellos perjuicios que le produzca la Administración, ya sea que el despojo patrimonial se produzca directamente por su actuación, o que sea una consecuencia incidental². En el primer caso estaremos ante la expropiación forzosa, mientras que en el segundo nos encontramos ante la responsabilidad patrimonial de la Administración³, que a su vez puede ser contractual o extracontractual, objeto esta última del presente trabajo, y que ha jugado un papel muy importante en la historia del Derecho administrativo, a través del *arrêt Blanco* y la doctrina del servicio público.

Mientras que la Constitución de 1993, como antes lo hacían nuestras Constituciones desde la de 1812 (pues tal fue la primera Constitución del Perú, todavía durante el Virreinato)⁴, reconoce la garantía del justiprecio en la expropiación forzosa, nuestra normativa ha sido bastante menos explícita

* Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, donde también ocupa los cargos de Director del Programa Académico de Derecho en Campus Lima y Director de la Maestría en Derecho. Presidente de la Comisión del INDECOPI en Ica.

1 HAURIUO, M., *Précis de droit administratif*, 12 ed., Paris, 1933, p. 31, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Prólogo” al libro de LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 21 (por nota)

2 Sobre el principio de garantía patrimonial como fundamento del derecho a ser indemnizado en ambos casos, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de nueva Ley de expropiación forzosa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006 (reproducción facsímil de la edición del IEP de 1956), pp. 165 y 175. Este principio es especialmente importante en la argumentación de este autor, pues al fundar la responsabilidad en el respeto de la integridad del patrimonio del afectado, permite trasladar la justificación de ésta de la conducta del causante (criterio subjetivo) al daño antijurídico (criterio objetivo).

3 Sobre la diferencia entre expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración, véase, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Thomson Civitas, 4ª edición, Madrid, 2006, p. 187 y ss.

4 Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: “[...] Décima: No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio á bien vista de hombres buenos”. Una vez proclamada la independencia, la Constitución de 1823 no dijo nada al respecto, omisión corregida en la Constitución de 1826, cuyo art. 84 incluía dentro de las restricciones del Presidente de la República: “No podrá privar a ningún individuo de su propiedad, sino en el caso que el interés público lo exija con urgencia, pero deberá preceder una justa indemnización al propietario”.

al reconocer la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Así, a diferencia de lo que sucede en el Derecho español (art. 106 de la CE), ni la Constitución de 1979 (inspirada en la española) ni la más reciente de 1993 dicen nada al respecto, silencio que guarda también el Código de 1984, pese a que el Proyecto de la Comisión reformadora incluía un artículo sobre la responsabilidad del Estado, el que no fue incluido en la redacción final por la Comisión Revisora alegando que “estaba contenida en los principios generales establecidos por los actuales artículos 1969 y 1970 y que era mejor no llamar la atención sobre este punto con una norma expresa, porque el Estado podría verse asediado por juicios sobre responsabilidad civil”⁵.

Sin embargo, pese a esa ausencia normativa, la responsabilidad del Estado no era desconocida en nuestro Derecho, como lo muestra la jurisprudencia citada por DE TRAZEGNIES⁶, que desde una posición inicialmente negadora de la responsabilidad del Estado en el siglo XIX (en línea con la posición mayoritaria en aquél entonces en los países anglosajones y también en la Europa continental), fue abriendo paso a la posibilidad de que el Estado indemnice a los afectados por su actuación, al menos en algunos casos: daño a la propiedad por daño intencional (único supuesto admitido por la jurisprudencia decimonónica); actos arbitrarios de la Administración que causen perjuicio, afectando a la propiedad como a un interés privado (entre los que se incluyen los daños causados por actos ilícitos, como revocaciones ilegales o el acto de cancelación de una licencia que luego es anulado); daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado (incluso en los casos en que el daño se produce como consecuencia de desmanes, supuesto considerado como indemnizable por la jurisprudencia más antigua); daños causados por el defectuoso funcionamiento de los servicios públicos; y los daños causados por el Estado en su actividad privada (se incluyen aquí los supuestos de accidentes de tráfico ocasionados por vehículos del Estado).

Fue preciso esperar hasta la aprobación de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General (LPAG), para que existiera un reconocimiento nor-

«(...)ni la Constitución de 1979 (inspirada en la española) ni la más reciente de 1993 dicen nada al respecto, silencio que guarda también el Código de 1984, pese a que el Proyecto de la Comisión reformadora incluía un artículo sobre la responsabilidad del Estado, el que no fue incluido en la redacción final por la Comisión revisora alegando que “estaba contenida en los principios generales establecidos por los actuales artículos 1969 y 1970 y que era mejor no llamar la atención sobre este punto con una norma expresa, porque el Estado podría verse asediado por juicios sobre responsabilidad civil”».

mativo general de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. El artículo 238 de esta norma, influenciada por la legislación española, establecía en su redacción original que “los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración [...] Sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”⁷.

5 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, II, 7ª edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, p. 227. La propuesta de este autor de incluir la responsabilidad de la Administración en el Código Civil es interesante, porque muestra la identidad entre ésta y la responsabilidad de las personas privadas, pues se trata de una institución común. Sin embargo, que la responsabilidad de la Administración pública no sea sustancialmente diferente de la responsabilidad civil no puede servir como argumento para afirmar que mudar esta área al Derecho Administrativo sea peligroso, como sostiene el profesor DE TRAZEGNIES, basándose en que éste último no es un Derecho común, pues “no tiene principios suficientemente generales como para comprender todos los casos aún cuando no hubieran sido establecidos en una norma específica”, por lo que algunos daños podrían quedar sin reparación; y, además, en tanto Derecho Público tiene miras y categorías muy distintas a las del Derecho Civil, pues “su principal ocupación no está en las víctimas, sino en el ordenamiento de las actividades del Estado para el cumplimiento de los fines del Estado” (*La responsabilidad extracontractual*, II, cit., pp. 255 y 256). Hace tiempo nadie pone en duda el carácter normal y común del Derecho Administrativo (CLAVERO ARÉVALO, M., Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, p. 544 y ss.), en donde la responsabilidad patrimonial de la Administración ha encontrado perfecto encaje, sin perder de vista su identidad con la responsabilidad civil, pero tomando en cuentas las especialidades que conlleva la presencia de la Administración pública y que, por ejemplo, explican que deba solicitarse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

6 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, II, cit., p. 229 y ss.

7 El parecido con la española Ley 30/1992, de 26 de noviembre (del Régimen General de las Administraciones públicas y del

Por tanto, al igual que en el ordenamiento que nos sirvió como modelo, quedaba abierto el debate en torno al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración Pública, que respondería por todos los daños causados por su funcionamiento (normal o anormal, se entiende) que el afectado no tuviera el deber jurídico de soportar⁸. Este planteamiento, que en su versión más extrema fue objeto de diversas críticas en Derecho español, habría sido importado a nuestro país, con todos sus problemas, pero también con sus respuestas.

Sin embargo, la LPAG fue objeto de una revisión profunda por parte del Decreto Legislativo N° 1029, que modificó sustancialmente el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa. Así, de acuerdo al vigente artículo 238 LPAG, “sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas [...] En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero [...] Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”.

Los cambios han sido importantes, especialmente de cara a la incorporación de nuevos supuestos en los que no debe responder la Administración por el daño causado, como el caso fortuito o el hecho determinante del damnificado o del tercero, y especialmente aquél que le permite exonerarse de responsabilidad cuando actúe *razonable y proporcionalmente* en defensa de ciertos bienes jurídicos, incluso si el daño se produce como consecuencia directa de la actuación administrativa. En este último caso, ¿no debe responder cuando se trata de un daño asumido como probable o incluso como cierto por la Administración al actuar? ¿Por qué un administrado debe asumir en su patrimonio las

consecuencias dañinas que le produzca el salvar la vida o los bienes de terceros? ¿O en ese caso debe indemnizar el beneficiado por la conducta administrativa? De ser esa la respuesta, ¿qué ocurre cuando se actúa en salvaguarda de los bienes públicos?

Son muchas las interrogantes que suscita la nueva regulación de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, que incluso se extienden a los fundamentos del sistema, pues no queda claro si la responsabilidad sigue siendo objetiva (¿cómo entender la referencia al caso fortuito, entonces?), ni tampoco los alcances de la imputación subjetiva a la Administración, pues ésta es responsable únicamente por los daños *directos e inmediatos* causados por ella o por los servicios públicos *directamente* prestados por ella. ¿Significa esto que no hay responsabilidad por los daños causados por productos autorizados? En el caso de los concesionarios de servicios públicos (e incluso de obra pública): ¿su responsabilidad se regula por el Código Civil o por la LPAG, en tanto son “entidades de la Administración Pública”, de acuerdo al artículo 1.8 de dicha norma? Por tanto, ante este mar de dudas, acrecentado por la falta casi total de estudios académicos sobre esta materia en el Derecho Administrativo Peruano, éste no puede ser más que un primer trabajo introductorio, sobre el más fundamental (no porque sea más importante, sino porque se refiere a las bases mismas del sistema) de los temas planteados: la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

2. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO CIVIL

Es tradicional la referencia a la frase de VON JHERING, según la cual no se indemniza por el daño, sino por la culpa⁹ para utilizarla como expresión de un sistema subjetivo de responsabilidad, en donde se pone el énfasis en la conducta del causante, que será antijurídica cuando resulte culpable o dolosa. Como se ha dicho, indemnizar un daño no es más que trasladar ese daño a otro, para lo cual se precisa una justificación, que durante mucho tiempo se encontró en la idea de que debía responder quien causó el perjuicio con una conducta que, en tanto culposa, es reproducible¹⁰. Por su parte, en los supuestos de responsabilidad objetiva¹¹, la responsabilidad surge en función del daño antijurídico, incluso si la conducta

procedimiento administrativo común, LRJ-PAC) es más que evidente. Así, de acuerdo a la redacción original de dicha norma (luego parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (art. 139.1); y “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” (art. 141.1).

8 En este punto la LPAG es técnicamente superior a su precedente español, al menos en la medida que no se refiere al funcionamiento de los “servicios públicos”, lo que para la mayor parte de la doctrina debe interpretarse como la actuación de la Administración pública, lo que implica el uso de una noción de servicio público poco técnica, cercana a las construcciones de DUGUIT.

9 VON JHERING, R., *Il momento della colpa nel diritto privato*, traducción del tedesco e nota di lettura di Francesco FUSILLO, Jovene Editore, Napoli, 1990, p. 38.

10 DIEZ PICAZO, L. *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 42; REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª Edición, Coord. REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 181. Según este autor, el tradicional sistema de culpa (en donde la regla era que el daño accidental o fortuito debe ser soportado por

del causante no fue culposa o negligente¹². Por tanto, el causante deberá indemnizar cuando “produjo” el perjuicio, incluso si actuó diligentemente; es decir, cuando exista un nexo causal entre su actividad (o inactividad) y el resultado dañoso, que además debe serle (objetivamente) imputable. Evidentemente, esta objetivación de la responsabilidad requiere de una justificación adicional, que algunos han buscado en el riesgo creado por el causante, mientras que otros han pretendido encontrarla en la socialización del daño¹³.

Ya sea subjetiva u objetiva la responsabilidad, sólo se responde por el daño causado¹⁴, por lo que asume una importancia fundamental el estudio de

la causa, sobre la que en otro contexto SANTAMARÍA PASTOR afirmó con notable lucidez, que era más fácil determinar la ideología política de las piedras que lograr definirla adecuadamente¹⁵. Son múltiples las teorías que han surgido sobre su naturaleza (entre otras, la teoría de la previsibilidad, la teoría de la causa próxima y la causa remota, y la teoría de la causalidad adecuada en base a los juicios de probabilidad), pero todas ellas encuentran objeciones de peso¹⁶, que finalmente han llevado a buena parte de la doctrina civil a volver a la teoría de la equivalencia de las prestaciones o causa fáctica¹⁷, aunque completándola con una teoría de la “imputación objetiva”, pues lo que se busca no es establecer si un hecho es “causa” de un resultado, sino respon-

el afectado) se ha visto progresivamente alterado, de modo que se buscan soluciones jurídicas que garanticen a la víctima una reparación cuando no existan razones que justifiquen que ella soporte el daño. Por tanto, se busca a quien imputar los daños causados por caso fortuito, como sucede en los sistemas de responsabilidad objetiva.

- 11 Se ha utilizado intencionalmente la expresión “supuestos de responsabilidad objetiva” y no “sistema objetivo de responsabilidad” porque en realidad no existe una contraposición entre “responsabilidad por culpa” vs. “responsabilidad objetiva”, sino que ambos coexisten. Puede deducirse esta conclusión, que admite la coexistencia entre ambos, p.ej. del trabajo de REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, cit., pp. 188 y 189.
- 12 No es exclusivo de la responsabilidad objetiva poner el énfasis en la lesión y no en la conducta, pues también cuando estamos ante una responsabilidad por culpa se indemniza por el daño ilícito, no por la conducta ilícita, pues no hay indemnización cuando ésta no ha generado daño alguno (DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, cit., p. 290). Como veremos más adelante, ese daño puede ser subjetivamente imputado a título de culpa o normativamente (como sucede con el riesgo creado).
- 13 La primera justificación de la responsabilidad objetiva se encontró en la teoría del riesgo, a partir de la cual quien creaba un riesgo y se beneficiaba de él, debía responder. Sin embargo, esta teoría fue objeto de algunas críticas, como la de TRAZEGNIES GRANDA (*La responsabilidad extracontractual*, I, 7ª edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, p. 55 y ss.), quien no se mostraba convencido por ella debido a que el afectado también se beneficiaba del riesgo, ya que se trataba de un riesgo “admitido” por la sociedad por considerar la actividad como beneficiosa (pues de otro modo podría simplemente prohibirse o reducirlo casi completamente, lo que no sólo suprimiría el riesgo, sino también la actividad que lo causa), de modo que el afectado también se beneficiaba por él. Además, este principio no se adecuaba a aquellas actividades que, siendo generadoras de riesgos, no buscaban la obtención de beneficios económicos. En consecuencia, el fundamento de la responsabilidad objetiva estaría en la “difusión social del riesgo”, aceptado por la sociedad. Las empresas están en condiciones de incluir en sus costes las posibles reparaciones (generalmente a través de seguros), pero al mismo tiempo asumirán el riesgo de su actividad, pues si los riesgos generados por ésta se traducen en daños indemnizables, sus costes subirán y saldrán del mercado. Siguiendo a TRIMARCHI, afirma REGLERO CAMPOS (“Los sistemas de responsabilidad civil”, cit., p. 194) que la responsabilidad objetiva por acto lícito cumple las mismas funciones que la responsabilidad por acto ilícito, pues busca la reparación del patrimonio del afectado y, además, constituye una presión económica para quien crea el riesgo con su actividad. No debe confundirse, sin embargo, esta responsabilidad objetiva basada en la socialización del daño con una especie de aseguramiento universal, pues solamente se responderán por los daños objetivamente imputables al causante.
- 14 No obstante, como suele suceder en el Derecho Civil, incluso esta afirmación, aparentemente indiscutible, ha sido objeto de polémicas, debido a las normas que establecen la responsabilidad por hecho ajeno o en aquellos casos donde el legislador establece que basta que el perjuicio se haya producido en el seno de determinada actividad para que el daño se impute a su titular (véase nota 23). Además, también son discutibles los casos de “causalidad presunta”, en donde no se invierte la carga de la prueba de la culpa, sino de la causa, lo que para DIEZ PICAZO (*Derecho de daños*, cit., p. 239) resulta excesivo, aunque REGLERO CAMPOS (*El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*, en *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª Edición, Coord. REGLERO CAMPOS, L. F., ARANZADI, Pamplona, 2003, p. 339) lo admite, en base al juicio de probabilidad.
- 15 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “La invalidez de los contratos públicos”, en *Comentarios a la ley de Contratos de las Administraciones públicas*, dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., 2ª edición, Civitas, Madrid, 2004, pp. 385 y 386.
- 16 DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, cit., p. 334 y ss.
- 17 Sobre la teoría de la equivalencia de las prestaciones, que no es otra cosa que la causa material o que según las leyes naturales o científicas produce determinado efecto (sin la cual éste no se hubiera producido), puede verse el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, II, Asociación de Profesores de Derecho civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1561 y ss. Es especialmente interesante la distinción que recoge este autor entre quienes defienden su aplicación bajo la fórmula de la *condicio sine qua non* y los prefieren usar la fórmula de “condición ajustada a las leyes de la experiencia científica”, alegando que la primera no sirve para explicar los supuestos de “causa concurrente” (dos causas independientes concurren en la producción de un resultado dañoso, que cualquiera de ellas hubiera podido producir: si se suprime una de ellas, el evento igual se hubiera producido, por lo que no sería *condicio sine qua non*), los de causalidad hipotética (en los que una causa de reserva habría producido el mismo resultado), y porque sólo puede hablarse de *condicio sine qua non* haciendo un juicio hacia el pasado, cuando el resultado ya se produjo. Siempre según este autor (p. 1563), es erróneo buscar un concepto de “causalidad jurídica”, porque la causalidad es una cuestión de hecho, libre de valoraciones normativas, que sí están presentes en la “imputación objetiva”, a la que haremos breve referencia más adelante. En nuestro Derecho, sin embargo, es habitual seguir hablando de “causa jurídica” (p.ej., véase DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual...*, I, cit., p. 306 y ss.), no diferenciando formalmente entre el fenómeno jurídico de la imputación objetiva y la causa; aunque debe reconocerse que pese a que esta posición puede no ser la conceptualmente más pura, pero al menos sirve para moderar los efectos nocivos que podrían producirse si se derivara responsabilidad de la mera causa material.

der si ciertos hechos deben ser considerados como jurídicamente relevantes y permiten la imputación del hecho a una persona, que en los casos de responsabilidad subjetiva deberá responder además cuando exista culpa, como criterio “subjetivo”, mientras que en la responsabilidad objetiva éste último vendría por la expresa previsión normativa¹⁸, generalmente debido al riesgo creado, que debe ser un riesgo especial creado por el causante que no sea socialmente admitido. Por tanto, para la atribución de responsabilidad civil se requiere: (1) de un nexo causal, (2) de una imputación objetiva y, (3) de la imputación subjetiva, en la que juega el elemento de la culpabilidad.

Al respecto, es PANTALEÓN PRIETO quien introdujo estas cuestiones, tradicionales en el ámbito penal, en la doctrina civil española¹⁹, posición que ha encontrado eco en algunos importantes autores²⁰. Como bien indica este autor, la “imputación objetiva” nada tiene que ver “responsabilidad objetiva”: “la imputación objetiva (*imputatio facti*) del daño es un escalón previo a la imputación subjetiva (*imputatio iuris*) del hecho dañoso al responsable, bien con base en el criterio “subjetivo” de la culpa, bien en el criterio “objetivo” del riesgo²¹. Por tanto, es un error identificar la responsabilidad objetiva a responsabilidad por causar daños²², porque también en estos casos se requiere de una imputación objetiva. Por tanto, se distingue también de la responsabilidad objetiva la “responsabilidad absoluta”, que comparte con la primera el no necesitar la culpa, pero de la que se distingue en que no cumple con los requisitos de la imputación causal²³.

Por tanto, para determinar la responsabilidad es esencial la imputación objetiva, para cuya determinación la doctrina ha aportado los siguientes criterios: (1) el riesgo general de la vida, que propone negar la imputación a aquellos daños que sean riesgos ligados a la existencia del dañado; se trata de riesgos propios de la existencia del sujeto, y “no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar cualquier riesgo de lesión de otro”²⁴; (2) la prohibición de regreso, que impide imputar el daño a quien inició el curso causal que condujo a él si interviene en el proceso una conducta dolosa o gravemente imprudente de tercero, salvo que dicha conducta haya sido favorecida por el comportamiento previo del primer causante, o si éste tenía el deber de impedirla; (3) el criterio de la provocación, que sirve para imputar los daños causados durante una persecución o al intentar salvar (razonablemente) la vida o bienes, propios o de un tercero, puestos en peligro por un accidente, al causante de la primera o del segundo; (4) el criterio del incremento del riesgo, según el cual no puede imputarse el daño a una conducta cuando aquél se hubiera producido igualmente sin ésta, siempre que no hubiera incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso; (5) el criterio del fin de protección de la norma fundamentadora, según el cual “no pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado”²⁵; (6) el principio de confianza, según el cual es básico para el funcionamiento de la vida social la división del trabajo, que exige

- 18 Es así en el caso español, donde los ámbitos de responsabilidad objetiva son determinados normativamente: DIEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, cit., p. 241 y ss.
- 19 PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva...”, cit., p. 1561 y ss. Entre los autores peruanos, puede verse el sucinto análisis que hace al respecto ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *La cláusula de hardship en la contratación mercantil*, Tesis doctoral, Universidad de La Coruña, 2007, *pro manuscripto*, § 75.
- 20 Véase, p.ej., el ya citado trabajo de DIEZ PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, cit., p. 340 y ss.; o el de SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, *InDret* 1, 2006, *passim*. Como bien dicen estos últimos autores, la causalidad de hecho es por sí misma un mal criterio de imputación de daños, por lo que se han construido criterios de imputación objetiva que permitan modularlo, ampliándolo o restringiéndolo según convenga (pp. 4 y 7).
- 21 PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva...”, cit., p. 1562, *por nota*.
- 22 SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, cit., p. 19.
- 23 SALVADOR CODERCH, P., GAROUPA, N. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva”, *InDret* 4, 2005, pp. 3, 17 y 30. Debido a la naturaleza de este trabajo, y a las similitudes de esta “responsabilidad absoluta” con la “responsabilidad objetiva” que se predicaba de la Administración Pública, es especialmente interesante reproducir íntegramente la cita que hacen dichos autores (*Ibidem*, p. 17) a EPSTEIN, R., *Cases and materials on Torts*, 8th edition, Aspen, New York, 2004, p. 879: “Yet the words ‘liability without fault’ in the context of workers’ compensation set up a new system that differs much from common law strict liability as it does from common law negligence. (...) The modern workers’ compensation law imposes upon employers’ liability for injuries (...) ‘arising out and in the course of employment’. That test for compensation largely eliminates the requirement of a causal nexus between defendant’s (particular) acts and the plaintiff’s harm that is so central to the traditional common law theory of strict liability. Thus, with common law strict liability for damage caused by fire, the plaintiff must demonstrate that the defendant, or perhaps his guests or servants, set the fire in question. (...) The workers’ compensation scheme (...) focuses on the injuries to the worker. The emphasis is on where and when the worker suffered the harm by fire – it is no importance whether or not the employer or a fellow employee set the fire. ‘Liability without fault’ in the context of workers’ compensation means not only liability without defendant’s negligence, but also liability without the causal connection to defendant’s conduct required under strict liability rules” (sin énfasis en el original).
- 24 DIEZ PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, cit., p. 343. Según SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (“Causalidad y responsabilidad”, cit., pp. 11 y 12) este criterio es especialmente utilizado para negar la responsabilidad administrativa, pues no se otorgan indemnizaciones cuando la “omisión” de la Administración Pública no impide un daño de estas características (p.ej. el perjuicio causado a quien sufrió una lesión como consecuencia de un golpe de mar, que seguramente no se hubiera producido haber existido señalización, pues el mar siempre es peligroso y no tendría sentido señalar toda la costa).
- 25 PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva...”, cit., p. 1580. Utiliza este autor un ejemplo que sirve perfectamente para ilustrar su posición respecto a la diferencia entre causa e imputación objetiva: los herederos de unos trabajadores demandan

confiar con que los demás cumplan sus obligaciones de modo que, salvo se esté en una posición de garante, no se podrán imputar los daños causados por negligencias de subordinados o colaboradores; (7) competencia de la víctima, pues si la víctima está en control de la situación, se le deben imputar a ella el resultado dañoso y no al comportamiento del autor mediato; y, finalmente (8) el criterio de la adecuación, propuesto por PANTALEÓN PRIETO como cláusula de cierre, para resolver supuestos de cursos causales que no la encuentran en los criterios previos²⁶ (no todos incluidos en su enumeración), en virtud del cual “no se puede imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor cuando la producción de ese evento hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado, que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión *ex ante*, es decir, en el momento en que al autor se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata”²⁷.

En el caso de la responsabilidad por culpa, ésta es necesaria para la imputación subjetiva. Por tanto, se responde sólo cuando se omite la diligencia exigible, ya sea ésta la diligencia normal u ordinaria o aquella exigida por algunas normas especiales, que exijan parámetros más concretos. En el test de diligencia son esenciales los juicios de previsibilidad y de evitabilidad del daño, pues sólo podrá considerarse como un daño fruto de

una conducta no diligente y, por tanto, culpable, aquél que razonablemente debiera haber sido previsto por el causante y que, además, hubiera podido impedir. Así, de acuerdo al examen de la evitabilidad, “no hay culpa cuando la previsión no va acompañada de la posibilidad de evitar el resultado dañoso, ni sobre el sujeto recaiga un deber de evitarlo en el caso particular medida la adopción de medidas necesarias para ello”²⁸. Por el contrario, la responsabilidad objetiva es una responsabilidad sin culpa²⁹, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que en esta última el causante se liberará en los supuestos de fuerza mayor pero no en aquellos de caso fortuito, en los que el daño es producto de un accidente en el que se concreta el riesgo propio de la actividad; mientras que en los supuestos de responsabilidad subjetiva no responderá en ninguno de los dos supuestos, pues faltaría la conducta negligente.

En los sistemas de responsabilidad por culpa, la diferencia entre “caso fortuito” y “fuerza mayor” es innecesaria, o al menos no tiene consecuencias prácticas, pues ambos presuponen la falta de negligencia y, por tanto, excluyen la responsabilidad. Sin embargo, es esencial en los ámbitos de responsabilidad objetiva, ya que si se responde sin necesidad de culpa y es evidente que en algunos casos no puede atribuírsele responsabilidad al causante del riesgo, pues el daño no se produce como consecuencia de una concreción de aquél, tiene que existir algo en el medio³⁰. Es decir, si no se requiere culpa y no se res-

al dueño de la empresa en la que se encontraban laborando un día domingo, infringiendo normas laborales, por la muerte de aquellos causada por la explosión de un polvorín cercano. Según PANTALEÓN, existe relación de causalidad (porque no habrían muerto de haber estado en sus casas y no en la fábrica), pero no puede imputarse el daño al incumplimiento de la norma sobre trabajo en domingo, porque tiene otro ámbito de protección.

26 *Ibidem*, p. 1590.

27 DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, cit., p. 349

28 REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, cit., pp. 211 y 212.

29 La utilización de la causalidad adecuada como criterio objetivo de imputación tiene algunos problemas, de lo que sólo podemos dar cuenta, de cara a la distinción entre la responsabilidad objetiva y subjetiva a partir de la existencia o no de negligencia. Así, algunos autores afirman que conlleva un juicio de “previsibilidad” (SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, cit. P. 8; y SALVADOR CODERCH, P., GAROUPA, N. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El círculo de responsables...”, cit., p. 12) que, como hemos visto, es más bien propio de la determinación de la negligencia. Por tanto, expresamente excluyan este criterio de imputación objetiva en los supuestos de responsabilidad objetiva, aunque luego afirmen que se llega a lo mismo a través de los otros criterios de imputación, que también limitan la responsabilidad en los casos en que el daño es imprevisible (SALVADOR CODERCH, P., GAROUPA, N. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El círculo de responsables...”, cit., p. 22). En consecuencia, sostienen, “[l]a exigencia de una relación causal duplica muchos – si no todos – de los elementos propios del deber de cuidado (*Ibidem* p. 3). Para estos autores, la diferencia entre responsabilidad subjetiva y objetiva es que en la primera se aplica la fórmula de Hand (responde por un daño quien pudo evitarlo a menor coste que el valor esperado de los daños causados) dos veces, cuando se definen los límites de la responsabilidad potencial y otra cuando se decide si el agente infringió el deber de cuidado; mientras que la segunda sólo lo hace una vez, cuando el operador jurídico (el legislador o la jurisprudencia consolidada) establece *ex ante* los límites de la responsabilidad, trazando el círculo de los posibles responsables (*Ibidem*, pp. 4, 15 y 16, entre otras) y limitando así el alcance de la mera causa material (*cause in fact*). Otros, por el contrario (p.ej. REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal...”, cit., pp. 311 y ss.), parecen distinguir entre el juicio de probabilidad estadística, propio de la causa adecuada, del juicio de previsibilidad (hipotética representación mental del agente sobre las consecuencias eventuales de su conducta), que estaría más bien vinculado a la imputación subjetiva y serviría, al menos en los supuestos de responsabilidad objetiva, sólo para configurar el alcance del daño resarcible (REGLERO CAMPOS, L. F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, cit., p. 212; y REGLERO CAMPOS, L. F., “El nexo causal...”, cit., p. 313). Sin embargo, el problema se plantea en los supuestos de causalidad por conducta omisiva (que sólo podría dar lugar a responsabilidad si existe un deber de conducta, que se ha omitido), donde tanto el juicio de previsibilidad como el de exigibilidad (propios del análisis de la negligencia) deberían tenerse en cuenta en la imputación objetiva (REGLERO CAMPOS, L.F., “El nexo causal...”, cit., p. 312), común a la responsabilidad subjetiva y objetiva. ¿Cabe realmente responsabilidad objetiva en estos casos? Volveremos sobre ello más adelante, pero adelantamos nuestra respuesta negativa.

30 Sobre esta cuestión, véase REGLERO CAMPOS, L. F., “El nexo causal...”, cit., pp. 343 y ss. Aunque queda fuera del objeto de este trabajo, es muy interesante la perspectiva histórica que asume este autor, a partir de la cual defiende la existencia de un ámbito de responsabilidad contractual *objetiva* en el Derecho romano, cuando se respondía *ex custodia*, que, sin embargo, fue

ponde por fuerza mayor, algo debe estar en el medio, papel que ocupa, a partir de la distinción introducida por EXNER, el caso fortuito³¹. A partir de este autor, aunque cada vez con mayor precisión técnica³², es más habitual distinguir entre ambas figuras a partir del carácter interno o externo del evento dañoso en relación con la actividad riesgosa. Así, mientras que en los supuestos de fuerza mayor el hecho es externo, en los supuestos de caso fortuito el evento acaece dentro del ámbito de riesgo de la actividad; y, mientras que en los primeros se dan plenamente los caracteres de irresistibilidad (o inevitabilidad) e imprevisibilidad, este último no se da del todo en los segundos, pues si bien el evento dañoso concreto es imprevisible, no lo es que se produzca³³.

Sin embargo, en el Derecho Civil Peruano estas afirmaciones deben ser matizadas. Asumiendo las concepciones propias de la pandectística, y siguiendo lo dispuesto por el Código francés y el italiano, dictados antes de que se extendiera la responsabilidad objetiva y la consiguiente necesidad de establecer un ámbito por el que se responda sin culpa y que no constituya fuerza mayor, el art. 1972 del Código civil (Cc) establece que “en los casos del artículo 1970 [que establece la responsabilidad objetiva por bien o actividad riesgosa] el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de

hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”. Por tanto, la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito sería meramente teórica³⁴, lo que a su vez complica innecesariamente la determinación del ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva. No obstante, dejamos las críticas para este sistema, ya obsoleto cuando fue dictado, para los civilistas, aunque era preciso llamar la atención sobre él, ya que tiene consecuencias directas en la interpretación del régimen jurídico diseñado por la LPAG.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS (EN ESPECIAL, EN EL DERECHO ESPAÑOL).

3.1. Auge y caída de la responsabilidad objetiva en el Derecho español

La referencia a otros ordenamientos es habitual en un trabajo como éste, pero se convierte en necesaria cuando constatamos la casi completa ausencia de bibliografía especializada en nuestro país. Y se convierte además en imprescindible debido a la profunda influencia que ejerció la legislación administrativa española en la nuestra, que en su versión original casi repetía lo dispuesto por aquélla con pocas variaciones desde la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954³⁵, a partir de la

subjetivizado en el Derecho justiniano y las posteriores interpretaciones, hasta los pandectistas, al afirmarse que en estos casos se respondía por una culpa levisima (que no era más que una culpa formal o ficción de culpa). Más allá de ésta se encontraba el caso fortuito y la fuerza mayor, como conceptos equivalentes, definidos también de modo “subjetivo”, pues para constatar su existencia no basta la presencia de hechos exteriores (imprevisibles e inevitables o irresistibles, que son el punto de partida), sino que debe hacerse un balance entre éstos y las medidas adoptadas de cara a evitarlos o a minimizar sus consecuencias.

31 EXNER, A., *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual*, Trad. Emilio Miñana y Villagrana, Madrid, Librería General de Victoriano Suarez, 1905, *passim*.

32 En la posición de EXNER, el deber de responder del empresario (generalmente el porteador) por los accidentes no culpables (la responsabilidad objetiva) se derivaba de la posición en la que éste se encontraba respecto de la prueba de los hechos, ocurridos al interior de su negocio (p. 91 y ss.). Las únicas excepciones serían los supuestos de fuerza mayor, que son un evento exterior a su empresa (p. 133 y ss.) que exige además tenga pública notoriedad (p. 149 y ss.). Sin embargo, como bien explica REGLERO CAMPOS (“El nexa causal...”, cit., p. 355), el sistema del autor austriaco “derivó hacia una concepción del control abstracto de las situaciones de riesgo dentro de una determinada actividad. El evento interno acaece dentro del ámbito de control del sujeto responsable, lo que no sucede con el hecho externo. De esta forma, la fuerza mayor exoneraría de responsabilidad, no así el caso fortuito”.

33 No obstante, debe reconocerse que algunos autores llegan a una conclusión contraria, como TRIMARCHI (*Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 169 y ss., citado por REGLERO CAMPOS, L. F., “El nexa causal...”, cit., pp. 359 y 360), para quien la fuerza mayor es un hecho inevitable y el caso fortuito un hecho imprevisible; y mientras que el segundo siempre serviría para exonerar al empresario causante del riesgo, la primera no, pues en los casos de responsabilidad objetiva podría hacerse responsable al empresario en los casos de fuerza mayor cuando se produce un accidente inevitable (incluso debido a una causa concreta imprevisible), si el hecho se produce como consecuencia del riesgo creado por la empresa. El ejemplo sería el accidente (inevitable) de un avión como consecuencia de una tormenta, del cual responde el empresario aéreo pese a ser un caso de fuerza mayor. Sin embargo, en la construcción que se ha defendido en el texto, estaríamos más bien en un supuesto de caso fortuito, pues se trata de la realización del riesgo propio del negocio, y si bien era imprevisible que ese avión cayera, no lo es que un avión pueda caer. Sirva como muestra esta referencia para el extraordinario cuidado que se debe tener al manejar los conceptos en este ámbito, donde ni siquiera los especialistas se ponen de acuerdo en lo fundamental. No obstante, la referencia a la posición de EXNER es especialmente importante en nuestra materia, por cuanto ha sido utilizada con frecuencia por el Derecho administrativo, desde el inicial trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 210.

34 Es muy interesante la posición del profesor de TRAZEGNIES GRANDA (*La responsabilidad extracontractual...*, I, cit., p. 329 y ss.) al respecto, pues, pese a reconocer la teoría que pretende distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor por la tipicidad o atipicidad del riesgo, que atribuye a SÜS y es semejante a la defendida por EXNER, de modo que sólo la segunda tendría valor exoneratorio en la responsabilidad objetiva, afirma a renglón seguido que esta posición no encuentra cabida en el Derecho positivo peruano, donde no puede introducirse ni siquiera por la vía de la interpretación.

35 De acuerdo al artículo 121 de esta norma, “dará también lugar a indemnización [...] toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a sus funcionarios por tal motivo”.

«En los sistemas de responsabilidad por culpa, la diferencia entre “caso fortuito” y “fuerza mayor” es innecesaria, o al menos no tiene consecuencias prácticas, pues ambos presuponen la falta de negligencia y, por tanto, excluyen la responsabilidad».

cual se convirtió casi en un lugar común afirmar que la responsabilidad extracontractual de la Administración era *objetiva* y, por tanto, la culpa no es un requisito para su aparición. Generalmente atribuida a GARCÍA DE ENTERRÍA, esta posición tuvo éxito, convirtiendo el sistema español en el más progresista de su entorno, al prescindirse de la idea de culpa y surgir, por tanto, la responsabilidad de una lesión causalmente imputable a la Administración pública. Esta afirmación encuentra su fundamento expreso en la declaración legal, que hace nacer la responsabilidad como consecuencia del funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos.

Sin embargo, esta responsabilidad objetiva llevó a algunas soluciones jurisprudenciales consideradas como excesivas, como en la Sentencia del Tribunal Supremo español (STSE) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115), que condenó a pagar una indemnización por los daños causados como consecuencia de una intervención médica en un hospital público; y la posterior STSE de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6366), por el cual se condenó al Estado a pagar las indemnizaciones por los daños causados por el consumo del aceite de colza. Pero, ¿qué tienen de especiales estos casos? En el primero, que generó una casi inmediata reacción doctrinal, la condena se produjo pese a haber quedado acreditado en el juicio que los médicos habían seguido todos los criterios propios de la *lex artis*, pues la ausencia de dolo, culpa, impericia o negligente resulta intrascendente, por tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva y, por tanto, “su conducta no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en

la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado”. Se trataría de un supuesto de responsabilidad por el funcionamiento “normal” de un servicio público.

Por su parte, en el segundo caso, la Administración es condenada a indemnizar a las víctimas por más de tres mil millones de euros debido a que se encuentra responsables del daño a los funcionarios de aduanas que autorizaron la importación de un aceite de colza “desnaturalizado” (convertido en no apto para el consumo humano) con anilina, producto tóxico distinto al ricino, que se venía empleando hasta entonces. Sin embargo, el daño no se produce porque ese aceite importado sea vendido, sino porque un empresario decidió “deshacer” el proceso, pretendiendo convertir el aceite en apto para el consumo humano, y por razones no del todo claras, algo falló, produciendo una intoxicación masiva. Y, ante la insolvencia de los empresarios, el Estado fue condenado, aunque en este supuesto la resolución se basó en una “imprudencia temeraria” de los funcionarios por haber autorizado la importación. Es decir, sería un caso de funcionamiento “anormal” de los servicios públicos.

Como la doctrina denunció casi inmediatamente, en especial para el primer caso, más que ante un supuesto de responsabilidad, estaríamos ante indemnizaciones de asistencia social, que no tienen en cuenta los requisitos exigidos para aquélla³⁶. Ante esta evidencia, una primera salida puede ser volver a los “criterios de imputación”, de los que ya hablaba GARCÍA DE ENTERRÍA³⁷, de modo que la Administración sólo respondería cuando el daño le fuera “imputable” por tratarse de (1) la realización material directa y a la vez legítima de un daño, que se daría en el supuesto del funcionamiento “normal” de los servicios públicos; (2) la comisión material directa pero ilícita del daño, que sería el funcionamiento “anormal” de los servicios públicos y reenvía a la noción de culpa; y (3) el riesgo creado por la Administración Pública, que también sería un supuesto de funcionamiento “normal” del servicio público, pero en donde el daño no es imputable al hecho de la Administración, sino al caso fortuito. Sin embargo, estos criterios de imputación son justamente los que permiten imputar responsabilidad en los casos límite expuestos más arriba, por lo que para algunos autores se debía “poner el acento en el funcionamiento anormal de la Administración Pública [...] más que en el funcionamiento normal que obedecería a otras pautas más cercanas a la asistencia social”³⁸.

36 Pej., MARTÍN REBOLLO, L., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, en *Documentación administrativa* 237-238, 1994, p. 42.

37 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 199 y ss.

38 MARTÍN REBOLLO, L., “La responsabilidad patrimonial...”, cit., p. 30. Poco más adelante afirma este autor que a “lo mejor, en fin, es preciso, según ya se ha apuntado, incidir en el criterio de la culpa, aunque sea anónima, como elemento determinante” (p. 32).

En algunos casos, por tanto, se debería responder por el criterio de imputación “culpa”³⁹, lo que, extrañamente, no implica según LEGUINA abandonar la responsabilidad objetiva, pues “su fundamento sigue estando en el deber de reparar un patrimonio privado injustamente lesionado; pero si no hay culpa no hay tampoco causa administrativa del daño, no hay, en suma, nexo causal. La causa está en otra parte: en la propia víctima, en un tercero o en la fuerza mayor”⁴⁰. No compartimos esta afirmación, pues la culpa no está en el elemento causal (o la imputación objetiva), sino en la imputación subjetiva, y justamente se excluye en los sistemas de responsabilidad objetiva. Pretender que en algunos casos sólo se responda por culpa, aunque ésta sea uno de los criterios de imputación admitidos por la doctrina e incluso sea correcto o deseable, conlleva negar que la responsabilidad administrativa sea siempre objetiva, pues las dos afirmaciones son incompatibles. Así, aunque no sea del todo correcta la formulación, puede ser teóricamente admisible que la responsabilidad sea “objetiva” y la culpa un criterio de imputación si finalmente se responde incluso si ésta falta. Sin embargo, si en algunos ámbitos se requiere la culpa, el sistema ya no es objetivo, al menos no del todo⁴¹.

Y este argumento es esgrimido también por PANTALEÓN PRIETO⁴², autor de la primera crítica demoledora al sistema de responsabilidad objetiva universal de la Administración Pública⁴³. Así, afirma este autor que “confieso que no he logrado entender la justificación del discurso dominante de la doctrina sobre los criterios de imputación de responsabilidad a la Administración, porque, desde

sus premisas, no tendría que haber otro criterio de imputación que la “conexión causal entre el daño y la actuación de una Administración Pública”. En concreto: ¿por qué se teoriza cuando [sic] el funcionamiento de un servicio debe considerarse anormal, si se piensa que a efectos de responsabilidad es exactamente igual que sea normal?”⁴⁴. Propone este autor un cambio radical en el sistema de la responsabilidad de la Administración Pública, para lo cual debe interpretarse que ésta responde por el funcionamiento “normal” sólo cuando se trate de daños que son “consecuencia inmediata o directa [aunque indeseada] de actuaciones administrativas lícitas de las que [...] aparecen como secuela natural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión”⁴⁵. Por su parte, en el caso de los daños producto de accidentes sólo responderá si se produce un funcionamiento anormal del servicio público, si existen *fautes de service* (aunque no quepa individualizar culpa o negligencia individual alguna), salvo que alguna norma en concreto establezca expresamente que debe responder objetivamente por los riesgos generados, ya sea en los supuestos aplicables también en el Derecho Civil o en algún caso especial, justificado porque se trate de actividades típicamente peligrosas; “[p]ero lo que carece de sentido es que la Administración tuviera que responder de todos los riesgos típicos de la gestión pública, de todo daño que resulte ser consecuencia directa o adecuada de cualquier acción u omisión propia del giro o tráfico administrativo, por el solo hecho de que no haya ninguna ley que imponga al perjudicado el deber de soportarlo”⁴⁶.

39 Sólo por citar algunos ejemplos, en el caso de la responsabilidad de la Administración en la supervisión de los sectores económicos, MAGIDE HERRERO (“El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de sectores económicos”, en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho administrativo (Valladolid, 16-18 de octubre de 1997)*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 373 y ss. Respecto de la actividad de los sujetos autorizados, LAGUNA DE PAZ (“Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, en *Revista de Administración pública* 155, 2001, p. 46) sostiene que sólo cabe responsabilidad administrativa en los casos en que “mediando causa adecuada, pueda imputarse un funcionamiento anormal (culposo) de los servicios públicos”. Por su parte, GÓMEZ PUENTE (“Responsabilidad por inactividad de la Administración”, en *Documentación administrativa* 237-238, 1994, p. 149 y ss.) afirma que no cabe responsabilidad por omisión en los supuestos de funcionamiento normal, pues aquélla implica la existencia de un deber de obrar, que se incumple. No obstante, pese a su constatación, se resiste a romper con la idea del sistema objetivo, en el que sería, sin embargo, imposible prescindir de la nota de la culpabilidad administrativa. Sobre las dificultades existentes para predicar una responsabilidad objetiva en los casos de responsabilidad por omisión, véase la nota 29.

40 LEGUINA VILLA, J., “Prólogo” al libro de BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 22 y 23.

41 Además, en relación a la afirmación citada de LEGUINA VILLA, actualmente no se considera exclusivo de los sistemas de responsabilidad objetiva que el fundamento de la responsabilidad sea la lesión, pues dicha afirmación es perfectamente defendible en un sistema subjetivo: el fundamento es el mismo, aunque en este segundo caso se requiere una imputación subjetiva basada en la culpa (véase al respecto nuestra posición en nota 12).

42 PANTALEÓN PRIETO, F., “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en *Documentación administrativa* 237-238, 1994, p. 239 y ss.

43 Por tanto, no es tan cierto que “nadie cuestione con un mínimo de rigor la naturaleza directa y objetiva de la responsabilidad administrativa ni se discuten los saludables efectos que esta garantía patrimonial ha producido en el sistema de relaciones entre ciudadanos y Administración” (LEGUINA VILLA, J., “Prólogo”, cit., p. 16). En realidad, el propio autor de esa afirmación pone en duda la responsabilidad objetiva cuando sostiene que “un número importante de eventos dañosos no puede haber imputación si no ha habido “anormalidad” en el funcionamiento del servicio público o, lo que es igual, si no ha habido ilícito, ilegalidad o culpabilidad en la actividad administrativa” (Ibidem, p. 22).

44 PANTALEÓN PRIETO, F., “Los anteojos del civilista...”, cit., p. 247 (por nota).

45 Ibidem, p. 247

46 Ibidem, pp. 249 y 250.

Finalmente, de cara a lo que se dirá más adelante, conviene dejar constancia de la opinión de PANTALEÓN, para quien la reinterpretación de la expresión “funcionamiento normal de los servicios públicos” es una buena herramienta para defender al Estado frente a las posibles demandas millonarias que puedan interponerse, pero no lo es acudir al nexo de causalidad o la imputación objetiva, pues ésta es una “herramienta adaptada para trabajar en el campo de la imputación de consecuencias dañosas a una conducta o a una esfera de riesgo, y no en el de la imputación de conductas o esferas de riesgo a sujetos para hacerlos responder”⁴⁷. Como se ha visto más arriba, la imputación objetiva es un paso previo a la subjetiva, y no presupone la aplicación de un supuesto de responsabilidad objetiva o de uno de responsabilidad por culpa, pues es un requisito para ambas. Por tanto, si bien es muy importante delimitar los criterios de imputación objetiva, eso no nos dará la respuesta respecto al sistema de responsabilidad vigente.

3.2. Los intentos de replantear la responsabilidad objetiva

3.2.a. La exigencia de imputación objetiva de daños como medio para determinar el alcance de la responsabilidad (que sigue siendo objetiva)

Uno de los primeros intentos, si no el primero, de buscar una respuesta global a las críticas planteadas al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, fue el planteado por BELADIEZ ROJO, quien propone “acudir a la técnica de la imputación objetiva para evitar los resultados desproporcionados e injustos [...] al que se llega si se considera que para que exista responsabilidad basta la existencia de una relación de causalidad”⁴⁸. Así, defiende esta autora la vigencia del sistema objetivo de responsabilidad, pero entiende que éste no implica que se deba indemnizar por todos los daños que ocasionen los servicios públicos, pues no todos aquéllos pueden ser imputados al responsable de éstos⁴⁹. Sólo se responde por los daños antijurídicos, aquellos que el afectado no tenga el deber jurídico de soportar, concepto éste que la autora en cuestión vincula con la imputación objetiva, de modo que serían antijurídicos los daños objetivamente imputables. Así, “para que un daño pueda imputarse objetivamente a un sujeto jurídico es preciso que la acción causante del daño haya creado un riesgo, y que ese riesgo se haya realizado en el resultado lesivo, teniendo estos daños la consideración de antijurídicos”⁵⁰.

Siempre según esta autora, la dificultad consiste en determinar en qué supuestos el riesgo creado permite imputar el daño al causante, para lo cual intenta buscar un criterio rector, que encuentra en el carácter jurídicamente relevante del riesgo: “sólo los daños que se produzcan como consecuencia de haberse realizado un riesgo jurídicamente relevante, van a poder ser imputados al sujeto causante del mismo, lo que, a su vez, va a determinar el deber de indemnizar de éste”⁵¹.

Por tanto, el daño antijurídico, aquél que el afectado no tiene el deber jurídico de soportar, será el que constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante⁵². En consecuencia, para determinar en qué casos debe responder la Administración, han de establecerse los requisitos que debe reunir el riesgo para ser jurídicamente relevante y, a continuación, analizar cuando ese riesgo se ha materializado en el resultado lesivo⁵³. Al respecto, esta autora considera que debe tratarse de riesgos generales (que puedan afectar a todos por igual, no los que puedan padecer excepcionalmente sólo algunas personas y bienes), inherentes al servicio (lo que explica por qué son indemnizables los daños producidos por caso fortuito, pero no los que se producen por fuerza mayor, ni tampoco aquéllos en que inciden causas extrañas en el nexo causal, ya sea porque terceros contribuyen a crear un riesgo diferente del que genera el funcionamiento del servicio o porque lo hace la propia víctima: sería el caso, p.ej., del riesgo creado en una intervención quirúrgica por la propia salud del paciente, que es distinto del creado por los servicios médicos) y que no sean socialmente admitidos, pues la sociedad ha asumido como propios de la vida en común no sólo los riesgos, sino también los daños.

Evidentemente, se trata de una posición muy interesante, que permite reducir efectivamente el campo de aplicación de la responsabilidad de la Administración, al establecer unos requisitos para la imputación objetiva. Así, la aplicación de estos criterios podría solucionar, sin sacrificar el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, los casos del aceite de colza y de la operación siguiendo la *lex artis*, alegando que no se trataba de riesgos inherentes al servicio, pues habían intervenido circunstancias extrañas al curso causal en el primer caso (lo que recuerda al criterio de la prohibición de regreso, usado por los civilistas para excluir la imputación objetiva), y el daño sería la materialización del riesgo creado por el propio

47 *Ibidem*, p. 252.

48 BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 110 (por nota).

49 *Ibidem*, p. 92.

50 *Ibidem*, p. 99, en cursiva en el original.

51 *Ibidem*, p. 102.

52 *Ibidem*, p. 103.

53 *Ibidem*, p. 103 y ss.

paciente, debido a su precario estado de salud, en el segundo caso⁵⁴.

Sin embargo, se le pueden hacer al menos dos críticas a este planteamiento, pues no está claro que pueda extenderse el concepto de “daño antijurídico” hasta el punto de convertirlo en el equivalente de “imputación objetiva”. Por otro lado, y más importante, debe recordarse que la “imputación objetiva” no es exclusiva de la responsabilidad objetiva, sino que también se predica de la responsabilidad por culpa, pues es un paso previo a la determinación de los criterios de imputación subjetiva, que distinguirían ambas formas de responsabilidad patrimonial. Por tanto, es cierto que la conducta debe ser imputable objetivamente a la Administración, pero ¿significa que no hay ámbitos reservados a la culpa, en donde sólo puede sancionarse por un funcionamiento “anormal” de la Administración pública? Es decir, si hay funcionamiento anormal, no hay ningún problema: hay responsabilidad. Pero también la habría, en los mismos casos, si hay comportamiento normal, pues la existencia o no de responsabilidad se determinará únicamente en función de la imputación objetiva, que será suficiente. No habría un ámbito para la responsabilidad por culpa y otro para la objetiva: tal parece ser la conclusión que cabe extraer de la postura de BELADIEZ ROJO, lo que le lleva en algunos casos a buscar evitar a como dé lugar la culpa, incluso cuando parece inevitable⁵⁵.

3.2.b. La (auto)reinterpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA y el abandono del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración Pública

Ante la crítica de PANTALEÓN PRIETO, y en tanto era considerado como el principal responsable del sistema objetivo, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA se vio obligado a responder, y lo hizo negando la premisa fundamental, al afirmar que nunca propuso una teoría de la *responsabilidad objetiva*⁵⁶, sino simplemente defendió un sistema de *antijuridicidad objetiva*, que desplazara la antijuridicidad de la conducta de la Administración a la antijuridicidad del daño. Por tanto, el fundamento de la responsabilidad sería la presencia de una “lesión antijurídica”, que sería tal cuando el afectado no tenga el deber jurídico de soportarla, aún en los casos en que el causante obre lícitamente, pero esta afirmación no se opone a la exigencia de criterios de imputación (entendiendo que subjetivos), como la culpa o el riesgo⁵⁷. Así, para GARCÍA DE ENTERRÍA, “el carácter objetivo se predica de la antijuridicidad del daño, pues, en un sentido análogo al que los penalistas califican de objetiva (y no coincidente necesariamente con la conducta del agente, la antijuridicidad penal)”⁵⁸.

Es decir, el daño “objetivamente” antijurídico sería el “objetivamente imputable”, pero no da pie por sí mismo a la responsabilidad, pues hace falta todavía la aplicación de alguno de los criterios de imputación, en virtud de los cuales la Administración responderá por culpa (funcionamiento anormal) o por riesgo (funcionamiento normal). Es así que, siempre según el autor citado, el “supuesto de daño producido por actualización de un riesgo creado por la Administración en su propio interés es, en realidad – como ocurre de no muy diferente manera en las situaciones de Derecho Civil estricto [...] –, el único caso de una responsabilidad patrimonial

54 No obstante, para MIR PUIGPELAT (“Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, en *Revista española de Derecho administrativo* 140, 2008, p. 638) en el caso en cuestión se habría aplicado bien la responsabilidad objetiva (sí habría imputación causal, por tanto), por lo que propone para evitar resoluciones similares indemnizar sólo cuando no se haya seguido la *lex artis*; es decir, cuando haya anormalidad en el servicio y, por tanto, culpa. Respecto a este caso (y a otros similares), es interesante la posición de MUÑOZ MACHADO (“Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria”, en *Documentación administrativa* 237-238, 1994, p. 276 y ss.), quien defiende la responsabilidad objetiva del Estado debido la función aseguradora que en ocasiones debe tener ésta, afirmación que no compartimos.

55 Así, por ejemplo, dice BELADIEZ ROJO (*Ibidem*, pp. 107 y 108, por nota) que habría responsabilidad administrativa en los casos de daños causados por falta de protección diplomática, pues habría imputación causal, al tratarse de un riesgo inherente al servicio. Es evidente que si los servicios diplomáticos no protegen a sus nacionales de las agresiones ilegítimas que el Estado extranjero les ocasiona, les están causando un daño. Sin embargo, continúa, si hicieron todo lo posible por ayudarlos y no lo lograron (es decir, si hay un funcionamiento normal de los servicios diplomáticos), la Administración no debe responder, pero no porque falte la culpa, sino porque el daño no sería imputable, “pues el riesgo de sufrir daño no lo ha creado ese servicio, sino la actuación del país extranjero”. Entonces, cabe preguntarse, ¿sólo genera el riesgo inherente al servicio un mal servicio, un funcionamiento anormal de los servicios públicos? En realidad, nos parece que se dan muchas vueltas para evitar recurrir a la “culpa” o “anormalidad” del servicio como criterio de imputación. Cabe recordar aquí a GARRIDO FALLA, para quien es evidente que habría responsabilidad si un enfermo atendido por la seguridad social muere por culpa o negligencia grave de los médicos que lo atienden, alegando el mal funcionamiento del servicio; pero no tendría el mismo éxito la acción si el servicio funcionó correctamente, y “consideraría aquí ocioso discutir un “deber jurídico de soportar el daño”” (GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho administrativo*, II, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 338 y 339).

56 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Prólogo” al libro de MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, p. 20; y Véase también, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Prólogo” al libro de MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 33.

57 Para la distinción entre el fundamento de la responsabilidad y los criterios de atribución, véase también LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 133 y ss.

58 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Prólogo” al libro de MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad...*, cit., p. 21 (por nota).

de la Administración estrictamente objetiva⁵⁹. En realidad, nos parece que se trata de una postura más bien cercana a la defendida por PANTALEÓN PRIETO y antes por GARRIDO FALLA⁶⁰, que para GARCÍA DE ENTERRÍA sería exigible en muchos supuestos con la legislación vigente en España⁶¹.

3.3. Hacia un sistema mixto, donde en muchos casos la Administración responde únicamente si hay un funcionamiento anormal y, por tanto, negligente, defendible no sólo de (aunque objetivada nuevamente por el concepto de “negligencia objetiva”)

Más arriba, al comentar las afirmaciones de LEGUINA⁶², ya hemos adelantado la que viene a ser

nuestro punto de partida: la responsabilidad de la Administración no puede ser (siempre) objetiva si en muchos casos sólo responde cuando el daño antijurídico es causado por un funcionamiento anormal. La única forma de mantener dicho carácter objetivo es definiéndolo no ya por una imputación subjetiva sin culpa, sino por tener como fundamento la lesión patrimonial y porque el criterio de imputación del funcionamiento anormal no requiere culpa subjetiva, sino una anormalidad objetivada, un funcionamiento objetivamente ilícito⁶³. Aún cuando sea posible, no compartimos esta redefinición, que choca frontalmente con el significado que tiene el concepto en la teoría del Derecho. Paradójicamente, lo que originalmente fue para GARCÍA DE ENTERRÍA un intento de alcanzar una teoría general de la responsabilidad,

59 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, II, Décima edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 400. Evidentemente, cabe preguntarse si realmente esta posición se deducía inequívocamente de las tesis defendidas por GARCÍA DE ENTERRÍA en su primer trabajo, y la respuesta es que no está nada claro. Por un lado, es cierto que las críticas de este autor a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil se inscriben en el marco de una propuesta general sobre ésta, que debería poner el acento en el daño y no en la conducta que lo ocasiona. Busca una teoría general, que le permita encontrar un fundamento único para la “responsabilidad por culpa” y la “responsabilidad por riesgo”, y lo encuentra en la “responsabilidad por el daño”. Por tanto, no podría deducirse que defiende una “responsabilidad objetiva”, que niegue el papel del elemento subjetivo, que cree debe reconducirse a su función propia: la imputación particular (*Los principios...*, cit., p. 169). Sin embargo, muchas afirmaciones de la obra podrían entenderse en ese sentido fuera de contexto (p.ej., cuando afirma que “la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa”, *Ibidem*, p. 174), lo que explicaría la interpretación mayoritaria que se dio a sus palabras. Además, si bien la culpa y el riesgo serían “causas de imputación”, no establecía que ninguna fuera la “regla general”, por más que afirmara que la primera debía ser la más “habitual” (*Ibidem*, p. 204). Y, refiriéndose a la imputación por funcionamiento normal, decía que “en principio todos aquellos accidentes ocasionados por o dentro de la empresa administrativa que no pueden ser referidos a una “causa extraña” fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero, podrán ser imputados a la Administración en virtud de este principio de riesgo creado” (p. 210). En consecuencia, si se respondía por el funcionamiento “anormal”, pero también por el “normal”, cabía entender que si hubiera culpa, podía echarse mano del primer criterio de imputación, pero si no la había, siempre se podía recurrir al segundo. Y así lo entendió la doctrina, al punto que PANTALEÓN PRIETO no entiende por qué teorizar sobre la culpa, cuando igual se responde sin ella (véase nota 44). En todo caso, y aunque suene a justificación del supuesto equívoco generalizado de la doctrina, debe reconocerse que en Derecho civil español no se empezó a hablar de la “imputación objetiva” (a la que GARCÍA DE ENTERRÍA dice referirse) hasta la década del 80 del siglo pasado. No obstante, a favor de la posición vigente de GARCÍA DE ENTERRÍA, debe reconocerse que este autor se negaba a considerar como riesgos por los que debiera responder la Administración a los “riesgos de la vida” y a todas las consecuencias que pudiera generar la actuación de aquella (p. 209). Es la doctrina posterior, y no él, quien incluyó los daños originados por el “mero riesgo de presencia de la Administración”, como criticaba PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo* I, 12ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 638.

60 Brevemente, se puede resumir la tesis de GARRIDO FALLA a partir de la distinción entre el deber público de indemnizar, que surge en los daños expropiatorios (ejercicio legítimo del poder que ocasiona un deber de indemnizar en virtud de la igualdad ante las cargas públicas, que prohíbe un sacrificio especial, para satisfacer el interés general, sin compensación), y la responsabilidad patrimonial de la Administración, que como regla general se fundamentará en el funcionamiento anormal de los servicios públicos, pero en algunos casos puede nacer de modo objetivo, basada en el riesgo objetivo que representa el funcionamiento de algunos servicios públicos. Así, para este autor, la alusión al funcionamiento normal supone la consagración de la responsabilidad por riesgo objetivo, que no pueden confundirse con los supuestos indemnizatorios porque los daños son una consecuencia inesperada, e incluso no querida, de la actuación administrativa. Al respecto, véase GARRIDO FALLA, F., “El derecho a indemnización por las limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, en *Revista de Administración pública* 81, 1976, p. 7 y ss. (en especial, pp. 11 y ss. y p. 17 y ss.); “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración pública* 119, 1989, p. 7 y ss.; y “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, en *Revista española de Derecho administrativo* 94, 1997, p. 173 y ss. También, GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado...* II, cit., p. 317 y ss.

61 Durante años, la doctrina opuso las tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA y las de GARRIDO FALLA, que no serían tan distintas, según MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 157. Ambos exigirían diferenciar las causas por las que se pide una indemnización, y la diferencia radicaría, únicamente, en que los supuestos que para GARCÍA DE ENTERRÍA el criterio de imputación de la responsabilidad es la realización material y legítima de un daño, serían para GARRIDO FALLA supuestos de “indemnización”, no de “responsabilidad”. Por otra parte, siempre según MEDINA ALCOZ (*La responsabilidad...* cit., p. 158), el planteamiento original de GARCÍA DE ENTERRÍA sería idéntico al de PANTALEÓN PRIETO.

62 Véase la nota 40 y el texto al que hace referencia.

63 LEGUINA VILLA, J., “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”, en *Revista española de Derecho administrativo* 136, 2007, p. 669 y ss. Para este autor, “la responsabilidad objetiva no es ni ha sido nunca responsabilidad sin necesidad de culpa o ilicitud en todos los casos” (pp. 677 y 678), por lo que no habría nada contradictorio entre aquélla y admitir que en algunos casos sólo el funcionamiento anormal, irregular o deficiente puede operar como criterio de imputación (pp. 675 y 676). Similar es la posición de DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 92. Entiende este autor que es posible defender, como lo hace, la responsabilidad objetiva

aplicable en Derecho Civil y al Administrativo por igual, podría terminar exigiendo para su defensa incluso cambiar el significado de los conceptos⁶⁴.

Para superar esta incongruencia, en algunos de los más recientes trabajos sobre la materia se ha propuesto superar el sistema uniforme de responsabilidad, yendo hacia otro en donde en ocasiones se responda objetivamente, cuando haya un riesgo especial creado por la actuación administrativa, pero en donde la regla sea la responsabilidad por funcionamiento anormal⁶⁵, aunque buscando parámetros que permitan “objetivar” dicha culpa, que además podría presumirse, invirtiendo la carga de la prueba⁶⁶. Esta culpa objetiva implica comparar la conducta con un parámetro previo externo al sujeto, por lo que no es relevante determinar las condiciones

de éste, sino que habría culpa cuando la conducta se aparte de aquél. Evidentemente, se trata de una noción aplicable en la responsabilidad *patrimonial*, pero no en la *sancionadora*, pues se busca determinar qué patrimonio se hará cargo de las consecuencias dañosas, sin que ello necesariamente conlleve un juicio de reproche. Aplicado al Derecho Administrativo, se entenderá como una conducta *culpable* la que implique un funcionamiento *anormal* de la Administración Pública, para lo cual es preciso determinar qué es anormal, pues de la respuesta dependerá el límite de lo indemnizable. ¿A quién le corresponde determinarlo? Lo ideal sería que se hiciera normativamente, a través de las llamadas cartas de servicio, pero en ausencia de éstas le debe corresponder al Juez, que ha de determinarlas en función del nivel medio de los servicios en el país⁶⁷.

y que en ciertos casos sea necesario demostrar la existencia de una negligencia administrativa (como exige él mismo en varias ocasiones). Funda este autor su teoría sobre el carácter objetivo de la responsabilidad en un concepto de lesión indemnizable definida como la lesión de bienes o derechos jurídicamente protegidos (p. 99 y ss.). Al igual que LEGUINA VILLA, le atribuye carácter objetivo a la responsabilidad porque se determina en función del daño al patrimonio del perjudicado, no por la conducta del causante (p. 201), pero afirma a continuación que “hay casos concretos en que para poder establecer el carácter antijurídico – objetivo – del daño (determinar que hay lesión del derecho) es absolutamente necesario demostrar, o al menos tener por cierta, la existencia de culpa o negligencia en el actuar de la Administración o en la conducta de sus agentes” (pp. 201 y 202, en cursiva en el original). Según este autor, apartándose del criterio generalmente aceptado por la doctrina administrativista, el concepto de “falta objetiva” no implica culpa, sino tan sólo demostrar que el servicio se aparta de unos criterios normativos (p. 203). Más adelante, refiriéndose a la responsabilidad por omisión, para la cual exige un funcionamiento anormal de los servicios públicos, dirá que se trata de un supuesto en que el establecimiento del nexo causal exige la demostración de una conducta culpable, criticando la afirmación de GÓMEZ PUENTE que hemos reseñado más arriba (véase nota 39). Esta posición podría vincularse con la de quienes, en el Derecho civil, sostienen que en la imputación causal u objetiva se acude a la negligencia (véase nota 29), por lo que ésta no podría servir como criterio para distinguir la responsabilidad subjetiva de la objetiva, salvo porque se aplica una vez en la segunda y dos veces en la primera. Sin embargo, nos parece más correcto mantener la distinción entre la culpabilidad y la causalidad, excluyendo la responsabilidad objetiva donde la primera sea requisito para sancionar.

64 Se muestra igualmente crítico con este cambio en el sentido de los conceptos, MIR PUIGPELAT, O., “Responsabilidad objetiva...”, cit., p. 651.

65 En este sentido, p.ej., MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, p. 254 y ss.; y, más recientemente, MIR PUIGPELAT, O., “Responsabilidad objetiva...”, p. 647. Para este autor, que previamente ha desmontado uno por uno todos los argumentos utilizados para fundamentar un sistema global de responsabilidad objetiva, la regla debe ser la responsabilidad por funcionamiento anormal (objetivado), debiendo reinterpretarse el art. 139.1 LRJ-PAJ, de modo que “no habría inconveniente en afirmar que el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no se sitúan, en dicho precepto, en pie de igualdad, que la regla general debe ser la responsabilidad por funcionamiento anormal, y que la Administración sólo responderá por su funcionamiento normal en aquellos supuestos excepcionales que puedan ir previendo el legislador y la jurisprudencia” (“Responsabilidad objetiva...”, cit., p. 647). Antes, ya algunos autores habían propuesto “poner el acento” en el funcionamiento anormal de la Administración pública. Es el caso, significativamente, de MARTÍN REBOLLO, tanto en su trabajo citado más arriba (véase nota 38), como en el posterior “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, en *Revista de Administración pública* 159, 1999, p. 365 y ss., a partir de la idea de que la responsabilidad patrimonial también debe servir como medio para lograr el buen funcionamiento de la Administración (y, por tanto, debe buscar restringir el mal funcionamiento). No obstante, si al mismo tiempo se reconoce que estamos ante un sistema objetivo, donde la idea de culpa no es determinante, ¿por qué privilegiar a esta última como criterio de imputación, si la conducta puede ser imputada pese a su falta? Finalmente, la prioridad del criterio de la culpa sería sólo temporal (MARTÍN REBOLLO, L., “Ayer y hoy...”, cit., p. 367). El mérito de MIR PUIGPELAT es haber abandonado el dogma de la responsabilidad objetiva, permitiendo de esa manera que las piezas del nuevo sistema encajen. Por su parte, MEDINA ALCOZ, empeñado en exonerar a GARCÍA DE ENTERRÍA de cualquier responsabilidad en las consecuencias excesivas del régimen diseñado, no llega a hacer un planteamiento general demasiado claro, aunque se desprende claramente de sus afirmaciones que en algunos casos sería necesario acudir a la figura del funcionamiento anormal como criterio de imputación, como sucede en el caso de la responsabilidad por actos administrativos, siempre fundamentada en el incumplimiento administrativo, ya sea de un deber de dictar una resolución ajustada a derecho, del deber de resolver en plazo o de obrar de buena fe (*La responsabilidad... cit.*, p. 225 y ss.). Sin embargo, no establece una regla general, limitándose a indicar que debe establecerse, doctrinal y jurisprudencialmente, el ámbito material de aplicación de cada principio (*Ibidem*, p. 153). Más radical se muestra SANTAMARÍA PASTOR (“Prólogo” al libro de DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 32 y ss.), quien simplemente aboga por prescindir de la responsabilidad por funcionamiento normal, dejando sólo una responsabilidad por funcionamiento anormal objetivado normativamente. Por su parte, PARADA VÁZQUEZ (*Derecho administrativo*, I, cit., p. 630 y ss.) aboga por limitar los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos a los cuasi expropiatorios, excluyendo de este supuesto a los daños causados por accidentes.

66 MIR PUIGPELAT, O., “Responsabilidad objetiva...”, cit., p. 640. Sin embargo, este puede ser un viaje para el que no se necesitan alforjas, pues hay quien sostiene que la negligencia objetiva y presunta convierte la responsabilidad en objetiva (SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, cit., p. 7).

67 Al respecto, pueden verse los trabajos de MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad... cit.*, p. 256 y ss., y REBOLLO PUIG, L., “Ayer y hoy...”, cit., p. 363 y ss.

Por su parte, y para concluir este apartado, no podemos más que estar de acuerdo con DESDENTADO DAROCA, quien, luego de explicar sucintamente qué implica el régimen objetivo de responsabilidad y cómo en él la distinción entre el funcionamiento normal y el anormal no tiene mayor relevancia pues la responsabilidad administrativa surge igualmente, afirma que, a partir del Análisis Económico del Derecho y el fundamento que de acuerdo a éste tiene la responsabilidad patrimonial, “no tiene sentido alguno aplicar un régimen de responsabilidad objetiva a la totalidad de la actividad administrativa”, pues no va a reducir el coste de los accidentes sino únicamente aumentar el número de reclamaciones y los costes de indemnización⁶⁸. Siempre según esta autora, “los administrativistas no podemos seguir aferrándonos a la tesis de la naturaleza plenamente objetiva de la responsabilidad de la Administración, como si se tratara de un dogma incontestable, pese a las evidencias de que la aplicación práctica de este principio tiene consecuencias claramente negativas “[...] Ni en el ámbito civil ni en el ámbito administrativo hay un único régimen de responsabilidad, sino un sistema mixto que combina responsabilidad por culpa, la responsabilidad objetivada y la responsabilidad objetiva en sentido estricto, porque [...] estos tipos de responsabilidad no son excluyentes, sino complementarios”. Y la tarea de la doctrina, concluye, es clasificar y distinguir en qué supuestos aplicar cada una⁶⁹.

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ, ¿UN SISTEMA OBJETIVO? UN ENSAYO DE RESPUESTA A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido ver en el epígrafe anterior, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa está en entredicho en España⁷⁰, uno de los pocos ordenamientos donde se consagra con tal amplitud⁷¹. No obstante, en el Derecho Peruano

la (escasa) doctrina que existe al respecto generalmente interpreta que la LPAG consagró un sistema objetivo, como la LRJ-PAC que le sirvió de modelo. Sin embargo, no está claro qué quiere decirse con esta afirmación. Así, MORÓN URBINA le atribuye tal carácter porque “es un mecanismo objetivo de reparación de perjuicios y no una sanción por determinados comportamientos indebidos culposos, por lo que es independiente de la existencia de culpa, negligencia o dolo en los funcionarios”; posición que reafirma poco más adelante cuando afirma que “la responsabilidad de la Administración se genera de manera objetiva, sin que sea indispensable requerir que medie dolo o culpa en la acción u omisión de sus autoridades”⁷². A primera vista, si las personas jurídicas nunca pueden ser culpables, pues la culpabilidad sólo puede predicarse de las personas físicas a través de las cuales actúan, no tendríamos más solución que una responsabilidad objetiva. Sin embargo, también según MORÓN URBINA, la Administración Pública sólo será responsable cuando exista un factor de atribución, que puede ser “el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración con relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente [...] y el riesgo creado por la acción estatal”⁷³.

No obstante, no hay verdaderos inconvenientes para que las administraciones sean subjetivamente responsables, ya sea considerándolas directamente como “culpables”, como se ha admitido incluso en el ámbito penal debido a las infracciones (diríamos aquí los daños) causados por defectos de organización⁷⁴, o admitiendo que los titulares son (o se presumen, más bien) “objetivamente culpables” cuando se apartan de unos parámetros de normalidad del servicio⁷⁵. De allí que, en palabras de MUÑOZ MACHADO, “la doctrina haya superado con facilidad la idea de que no hay culpa posible imputable directamente a las personas jurídicas”⁷⁶.

68 DESDENTADO DAROCA, E., “Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho”, en *Revista española de Derecho administrativo* 108, 2000, p. 533 y ss. (el entrecomillado en p. 552).

69 *Ibidem*, p. 556.

70 Adicionalmente, la vigencia del sistema objetivo en Derecho español ha sido puesta en duda por la modificación de la LRJ-PAC operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según la cual “no serán indemnizables los daños que se deriven de hecho o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”. Así, para algunos autores esta modificación no habría cambiado el alcance de la responsabilidad de la Administración (p.ej. REBOLLO PUIG, L., “Ayer y hoy...”, cit., p. 343; y MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad...*, cit., p. 49 y ss.); mientras que para otros introduce un criterio de culpa (DESDENTADO DAROCA, E., “Reflexiones...”, cit., p. 556 y ss., valorándolo positivamente; y JORDANO FRAGA, J., “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas”, en *Revista de Administración pública* 149, 1999, p. 321 y ss., desde una posición muy crítica).

71 Para un análisis del Derecho comparado, véase MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad...*, cit., pp. 177 y ss.

72 MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, 8ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 754 y 757, respectivamente.

73 *Ibidem*, p. 757.

74 Sobre la admisión de la culpa de las personas jurídicas en el ámbito penal, véase por todos GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 429 y ss.

75 MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad...*, cit., p. 256 y ss. Por su parte, MARTÍN REBOLLO (“La responsabilidad patrimonial...”, cit., p. 30) se refiere a la culpa tanto cuando el funcionamiento defectuoso es debido a una culpa personal “como si resulta atribuible a una anónima y genérica “culpa” de la organización o del servicio no imputable personalmente a nadie”.

76 MUÑOZ MACHADO, S., “Responsabilidad de los médicos...”, cit., p. 273.

Por tanto, reconduciendo la tesis de MORÓN URBINA a la terminología que empleamos en este trabajo, habría responsabilidad “por culpa” cuando el criterio de imputación sea el apartarse de un parámetro de calidad del servicio. Sin embargo, ¿significa esto que la tesis de dicho autor no sea “objetivista”, al menos en el sentido en que podría emplearse ese término en España? La solución a esa pregunta depende de una respuesta que no aparece explícitamente en la obra citada, pues si el “riesgo” que sirve como criterio de imputación es el riesgo mismo de la actuación estatal, estaríamos en realidad ante una responsabilidad objetiva⁷⁷, pues la Administración finalmente debería indemnizar por todos los daños que le sean imputables por su actuación, incluso si no se deben al funcionamiento anormal.

Más clara es la posición de GUZMÁN NAPURÍ, quien empieza fundamentando la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa en el carácter corporativo de ésta, que impide asignarle una responsabilidad basada en el dolo o la culpa⁷⁸. Hasta aquí, no es distinto a la posición de MORÓN URBINA. Sin embargo, llega más lejos, porque expresamente se refiere a la doctrina española que defiende el carácter objetivo de la responsabilidad, afirmando que para que ésta nazca basta con la existencia del daño y que éste sea consecuencia del funcionamiento de la Administración, sin que sea necesario probar si el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala⁷⁹.

Finalmente, ISASI CAYO sostiene que la responsabilidad de la LPAG es una responsabilidad objetiva, pero al mismo tiempo teme que con ello se haya abierto una puerta muy grande, para que entren toda clase de pretensiones que el presupuesto público no esté en condiciones de soportar. Por ello, se encomienda a criterios de razonabilidad, que permitan relativizar los supuestos de responsabilidad, de modo que se pueda responder por los accidentes causados por la inadecuada señalización e iluminación en una pista urbana, pero no por los producidos por idénticas razones en zonas rurales⁸⁰.

Acierta de lleno este último autor en el problema, pues la responsabilidad objetiva podría crear serias dificultades para las arcas públicas, como lo vienen denunciando desde hace algún tiempo en España. Y acierta también en la solución, a través de la introducción de parámetros de normalidad

«(...)en el Derecho Peruano la (escasa) doctrina que existe al respecto generalmente interpreta que la LPAG consagró un sistema objetivo, como la LRJ-PAC que le sirvió de modelo. Sin embargo, no está claro qué quiere decirse con esta afirmación».

en los servicios, que permitan determinar cuándo surge la responsabilidad y cuándo no. Sin embargo, como se ha indicado más arriba, dichos parámetros son propios de la responsabilidad subjetiva, pues establecen un estándar de negligencia o de funcionamiento anormal, y no tienen sentido en un sentido en un sistema de responsabilidad objetiva universal.

Por tanto, debemos preguntarnos si se justificaría importar para el Perú un sistema que en su país de origen está en crisis, por razones que son todavía más relevantes en nuestro país, pues si una de las diez primeras economías del mundo se plantea la viabilidad de dicho sistema, ¿cómo no hacerlo nosotros? No obstante, independientemente de cualquier otra consideración, existe un texto normativo, como es la LPAG, que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración. En consecuencia, el análisis debe ser necesariamente normativo, para determinar si ésta norma *obliga* a una determinada interpretación, que exija un sistema objetivo. Y la respuesta es que no.

Evidentemente, para un observador no familiarizado con el Derecho Civil peruano, la reciente modificación de la LPAG realizada por el Decreto Legislativo N° 1029 daría una pista definitiva sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad, pues frente a la redacción original, que siguiendo a su fuente española, sólo liberaba a la Administración de responsabilidad por fuerza mayor, introdujo el caso fortuito como causa de exclusión. Y si la máxima virtualidad de la responsabilidad objetiva es hacer

77 Así, p.ej., lo afirma en el caso español DESDENTADO DAROCA, E., “Reflexiones...”, cit., 535.

78 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, en *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, 2ª parte, ARA Editores, Lima, 2003, p. 567; y, del mismo autor, *El procedimiento administrativo*, ARA Editores, Lima, 2007, p. 364 y ss. Es llamativa, no obstante, la aparente confusión de este autor entre los supuestos de responsabilidad y la expropiación, pues considera a ésta como un ejemplo claro de responsabilidad por acto lícito.

79 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “La responsabilidad patrimonial...”, cit., pp. 568 y 569.

80 ISASI CAYO, F., “Responsabilidad del Estado en la función administrativa”, en *Ius et Praxis* 32, 2001, p. 139.

responsable a la Administración por los accidentes; es decir, por el caso fortuito, la responsabilidad sería subjetiva en Derecho peruano, pues aquélla no respondería por éstos. Sin embargo, como también se indicó páginas atrás, el art. 1972 del Código Civil peruano incluye entre las causas que limitan la responsabilidad objetiva al caso fortuito (que es sinónimo de fuerza mayor, según el art. 1315 Cc.), por lo que nada podríamos deducir del Decreto Legislativo 1029⁸¹.

No obstante, la inclusión de estas causas de exclusión de responsabilidad y su correspondencia (relativa) con el Código Civil sí podrían servir como una pista para determinar el sistema de responsabilidad vigente, pues la fuerza mayor y el caso fortuito se usan en la norma para excluir la responsabilidad objetiva, pues es innecesario contemplarlos expresamente para descartar la responsabilidad subjetiva, ya que basta la ausencia de culpa. Sin embargo, es tan sólo un indicio, que no debe llevarnos a una respuesta afirmativa, que produce más problemas que soluciones. Por el contrario, otros indicios pueden permitir también ir en la dirección contraria, especialmente porque la LPAG no ha

seguido el texto literal de su antecedente español, y no hace ninguna referencia al funcionamiento “normal y anormal” de la Administración pública. Por tanto, no tenemos que importar las soluciones de aquél ordenamiento, debido a que no tenemos los mismos problemas, más aún cuando son tan criticadas allí⁸².

La responsabilidad no tiene por qué ser objetiva, más aún cuando en ocasiones es preciso recurrir al funcionamiento anormal de la Administración como criterio de imputación, como hemos visto sucede, por ejemplo, en la conducta omisiva⁸³. Tiene razón, por tanto, MORÓN URBINA cuando sostiene que éste es uno de los títulos que pueden servir para atribuirle responsabilidad a la Administración, aunque faltaría agregar que no siempre que éste falta se puede llegar al mismo resultado si el daño se produce por el funcionamiento normal de los servicios públicos. La regla general debería ser atribuir responsabilidad a la Administración cuando haya un funcionamiento anormal, cuando no se respete ese parámetro razonable de actuación del que habla ISASI, y la Administración responderá objetivamente cuando su actuación cree un riesgo especial⁸⁴. CA

81 Véase la nota 34 y el texto al que hace referencia.

82 Conviene recordar que GARRIDO FALLA (“Los límites de la responsabilidad...”, cit., pp. 187 y 188) propuso cambiar la redacción del artículo 141 LRJ-PAC, de modo que no se hiciera referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino simplemente al funcionamiento de los servicios públicos, entendiendo que eso bastaría para dejar claro que el funcionamiento normal no siempre es título de imputación suficiente.

83 Por otro lado, como se desprende de la jurisprudencia a la que se alude más arriba (véase nota 6 y el texto al que hace referencia), nada en ella exige un sistema objetivo de responsabilidad de la Administración.

84 Aunque no afecta necesariamente al carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es imposible no indicar nuestra crítica a otro supuesto de exclusión introducido por el Decreto Legislativo N° 1029, de acuerdo al cual no hay responsabilidad “cuando la entidad hubiera actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos”. Nada indica que se trate de una exclusión aplicable únicamente en el caso de los bienes públicos, como algún autor parece interpretar la norma (MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios...*, cit., p. 760), pero los problemas aparecen justamente en este supuesto. Como bien explica DIEZ PICAZO (*Derecho de daños*, cit., pp. 301 y 302), se trata de una importación de la teoría del estado de necesidad al ámbito de la responsabilidad patrimonial, pero a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, ésta no justifica la ausencia de responsabilidad, pues no se busca castigar a nadie, sino simplemente determinar qué patrimonio debe asumir el costo de los daños. Así, puede justificarse que en este caso no responda quien causó el daño, pero sí debe hacerlo quien se benefició con él. Por tanto, si el daño se produjo en beneficio de terceros, es razonable que no haya responsabilidad administrativa, pues son ellos quienes deben responder. Pero lo que es desde todo punto de vista absurdo es que ésta puede liberarse justamente cuando es la beneficiada, cuando actúa “razonablemente”, lo que, por cierto, nos lleva a un parámetro de negligencia (propio de la responsabilidad subjetiva, no de la objetiva).