

Una -muy breve- aproximación al sistema alemán de pretensiones por responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado

Por Alfredo Parés Salas¹
Profesor de Seminario en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello

A cien años de los estudios de Derecho Administrativo en nuestro país, resulta necesario detenernos y dar una mirada a lo que en otras latitudes se ha venido haciendo en las materias que nos ocupan. No quisiera dejar pasar desapercibida esta oportunidad para abordar un tema como el presente, que muchas veces no sólo por las barreras idiomáticas, sino incluso por las propias diferencias en las culturas jurídicas y sociales, nos resultan un tanto distantes o, a veces, hasta incomprensibles. No obstante ello, por la limitada extensión del presente trabajo, nos enfocaremos a dar una muy concreta aproximación al conjunto de pretensiones por responsabilidad patrimonial del Estado en Alemania.

El sistema alemán de responsabilidad patrimonial del Estado es un sistema complejo. Está integrado por una variedad de pretensiones singulares cuyos orígenes, fundamento, tratamiento y consecuencias son igualmente variados y, por ende, igualmente complejos. En algunas oportunidades encuentran éstas su fundamento o derivan su origen directamente de textos normativos; en otras son producto del desarrollo jurisprudencial; en otras tantas, de la interpretación de principios generales del Derecho o de principios reconocidos por normas de rango constitucional; y, en algunos otros casos, producto hasta de la propia costumbre jurídica.

La protección judicial de la esfera jurídica de los particulares frente al Poder Público en Alemania se da, en principio, en dos niveles diferentes: el primero de ellos, el denominado *Primärrechtsschutz* (protección judicial primaria), comprende principalmente el conjunto de pretensiones de nulidad. El segundo, el *Sekundärrechtsschutz* (protección judicial secundaria), comprende el derecho a ser indemnizado por daños sufridos a causa de la actuación estatal o, dicho en otras palabras, la responsabilidad patrimonial del Estado. Esos dos niveles de protección no se hallan en una relación de paridad: El *Primärrechtsschutz* tiene prelación sobre el *Sekundärrechtsschutz*.² De lo que aquí entonces se trata es de un orden lógico, o, quizá, más bien cronológico: En primer lugar debe intentarse la eliminación o supresión del mundo jurídico del acto o de la conducta causante de los daños. Sólo cuando ésta no puede ser suprimida, entran en juego las pretensiones que persiguen la indemnización o

¹ Abogado *summa cum laude* (UCAB), Especialista en Derecho Administrativo, *mención honorífica* (UCV), Magister Legum (LL.M.), Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemania.

² Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 747.

la compensación de los daños producidos. Más aún, existen, como luego lo veremos, niveles intermedios y excepciones a esa regla.

Una división simple de las pretensiones por responsabilidad patrimonial extracontractual en dos grandes grupos a la que, como en el Derecho Francés, estamos acostumbrados, a saber: responsabilidad por falta (*responsabilité pour faute*) y responsabilidad sin falta (*responsabilité sans faute*), no se da en tan fácilmente en Alemania. Ello porque, como lo dijimos, se trata de un sistema complejo integrado por múltiples pretensiones muy específicas y elaboradas. Por esta particular razón, resulta necesario dejar de lado por unos instantes la referida clasificación tradicional a la que estamos acostumbrados y ver una a una, algunas de las más importantes pretensiones.

El esquema a seguir en el presente estudio será el siguiente: (1) El *Amtshaftungsanspruch* o la pretensión por conductas *culposas* contrarias a Derecho; (2) El *Aufopferungsanspruch* o la pretensión por sacrificio particular por daños a bienes jurídicos de contenido no patrimonial; (3) El *enteignender Eingriff* o pretensión por sacrificio particular por daños a bienes de contenido patrimonial; (4) El *enteignungsgleicher Eingriff* o pretensión por lesiones no culposas a la propiedad contrarias a Derecho; (5) La *Enteignung* o expropiación; (6) Las *ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen* o disposiciones con carácter compensatorio sobre el contenido y límites del derecho de propiedad; y, (7) La *Gefährdungshaftung* o la responsabilidad por creación de situaciones de riesgo o peligrosas. No abordaremos en esta oportunidad, por lo sucinto del planteamiento -después de todo, como ya lo advertimos, se trata sólo de una muy breve aproximación al tema- ni el *Folgenbeseitigungsanspruch* o pretensión de eliminación de las consecuencias, ni tampoco la *Staatshaftung für Europäisches Gemeinschaftsrecht* o responsabilidad patrimonial según el derecho comunitario europeo, ni las pretensiones derivadas del *Polizei- und Ordnungsrecht* o derecho policial y del orden.

Nos resulta imperioso igualmente advertir que las presentes líneas no contienen un análisis crítico del sistema alemán, sino que más bien dan vida a un trabajo de carácter descriptivo, que tiene por objeto aproximarnos a los autores alemanes e institutos que se ocupan de este tema. De allí la elección del título de lo que aquí hoy nos ocupa.

1. *Amtshaftungsanspruch* o pretensión por conductas *culposas* contrarias a Derecho

1.1 *Fundamento:*

El *Amtshaftungsanspruch* tiene por objeto la indemnización de daños patrimoniales causados de manera *culposa* por el funcionario público. Este instituto encuentra regulación en el §³ 839 del Código Civil Alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) y en el artículo 34 de la Ley Fundamental o *Grundgesetz* (GG).

³ Permítasenos un par de precisiones sobre la simbología legal alemana: El símbolo § equivale a *parágrafo*. La manera de citar normas jurídicas es la siguiente: Primero se identifica el artículo, normalmente en numeración arábica. Luego se identifica el párrafo (*Absatz*), que en la mayoría de los casos -y es lo que usaremos en el presente estudio- se hace mediante numeración romana, simbolizándose por último la oración (*Satz*), mediante numeración arábica nuevamente. Así, la 14 I 2, significa artículo 14, párrafo primero, segunda oración. En algunos casos el señalamiento de un fundamento legal puede

El BGB, cuya fecha de entrada en vigencia fue el 01/01/1900, dispone en el primer aparte del citado párrafo, que “*el funcionario público que con dolo o imprudencia incumpla frente a un tercero los deberes de su cargo, causándole a éste daños, está en la obligación de repararle*”. La responsabilidad del funcionario público allí prevista tiene su fundamento en la llamada teoría del mandato. De acuerdo con esta teoría cuando el funcionario actúa *contra legem*, se entiende que ha excedido los límites del mandato conferido con base en el cual actúa, y que, por tanto, debe responder a título personal. Esa disposición es básicamente una reiteración, no está de más decirlo, de textos normativos previos que databan de mediados del Siglo XIX.⁴

A pesar que eso que, a primera vista, parecería un reconocimiento tácito por parte del BGB de la, en palabras de ZOEPFL, *escandalosa teoría del mandato*, la situación es un poco más compleja. Ya para la época de entrada en vigencia del BGB esta teoría aparecía como vetusta, sin embargo, de acuerdo con la Constitución, el legislador federal carecía de competencia para regular de manera uniforme y general la materia de responsabilidad patrimonial a nivel Federal y de los *Länder*. Por esta razón, se optó por lo que MAURER⁵ denomina una *solución de emergencia*, al disponer en la Ley introductoria al BGB o *Einführungsgesetz zum BGB* (EGBGB) que las normas *estadales* sobre la responsabilidad patrimonial por los daños causados por sus funcionarios públicos quedaban a salvo.⁶ Esto permitía la subsistencia de una fórmula que habían venido implementando las legislaciones federales, mediante la cual se trasladaba la responsabilidad, que en principio debía ser del funcionario a título personal (teoría del mandato) al órgano por cuenta del cual éste obraba. Con base en ese mecanismo, cuya subsistencia a nivel de la legislación estatal se aseguraba con la norma de la EGBGB, asumía el Estado, subsidiariamente, pero como un principio general, la responsabilidad patrimonial.

Más adelante, la Constitución de Weimar o *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) vendría a reconocer el mecanismo de traslación en su artículo 131, el cual posteriormente repetiría en términos bastante similares, aunque con ciertas ampliaciones, la GG, dándole así en su artículo 34 la forma final que hoy en día conocemos. Dicha norma dispone cuanto sigue:

“Si una persona, en ejercicio de la función pública que le ha sido encomendada, viola frente a un tercero los deberes que su cargo impone, responderá el Estado o la corporación, a cuyo servicio ésta se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda a salvo el derecho de repetición”.

Pues bien, en donde podría verse una derogatoria de la norma del BGB o, cuando menos, una colisión respecto de la legitimación pasiva, la doctrina mayoritaria alemana ha entendido que el § 839 BGB vendría a consagrar únicamente el *fundamento jurídico de la responsabilidad delictual*, esto es, el fundamento de la pretensión; y que la norma

llegar a ser tan preciso, que si en una misma oración se prevén dos hipótesis o casos diferentes, debe señalarse cuál de ellos es el referido.

⁴ §§ 88 y 89 II 10 ALR y §1507 BGB de Sachsen.

⁵ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 656.

⁶ Artículo 77 *Einführungsgesetz zum BGB*.

constitucional lo que viene a establecer es simplemente una *regla de imputación*.⁷ Así pues, según esta corriente mayoritaria, la *Amtshaftung* consagraría una responsabilidad subsidiaria o indirecta del Estado, quien por expreso mandato constitucional asume la responsabilidad patrimonial que en principio correspondería al funcionario público, a título personal.

Esta asunción por parte del Estado de la responsabilidad tiene por objeto primario proteger al ciudadano acreedor, quien pasa así a tener a un deudor solvente (*fiscus semper solvens*). Como lo señala OSSENBÜHL, esta norma representa una manifestación concreta del principio de Estado de Derecho (*Rechtsstaatsprinzip*).⁸

Desde otra perspectiva, ella tiene por función librar al funcionario público que actúa con culpa leve de una eventual responsabilidad a título personal. Esto con el objeto de evitar generar en el servidor público temor a resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, esto es, evitar el entorpecimiento de la función administrativa.⁹ La idea de la traslación de la responsabilidad al Estado es una de las notas características del *Amtshaftungsanspruch*.

La pretensión por *Amtshaftung* se hace valer por ante la jurisdicción ordinaria y se materializa en principio mediante una indemnización pecuniaria, es decir, no es posible la restitución *in natura*, a través *exempli gratia*, de la revocatoria del acto causante de los daños. La indemnización comprende los daños mediatos e inmediatos, incluyendo el lucre cesante y daño emergente.¹⁰

1.2. Requisitos de procedencia:

a. *El ejercicio de una función pública*: Importante es destacar que el artículo 34 GG tiene una redacción más amplia que la contenida en el BGB y que la previamente contenida en la WRV. Así, las últimas se refieren al *funcionario público*, en tanto que la GG habla de *persona*. La ampliación de la GG parte de una definición del responsable desde un punto de vista *funcional* y no orgánico, esto es, no sólo el individuo que se halla en una relación funcional con el ente u órgano (*Dienstverhältnis*), sino también quien ocupa un cargo *ad honorem* (*Ehrenamt*), pero aun más importante, los sujetos de derecho privado que con base en una habilitación legal prestan un servicio público o están revestidos de prerrogativas públicas (*Beliehenen*). Finalmente, quedan comprendidos los colaboradores ocasionales (*Verwaltungshelfer*), tal como quien presta servicio civil.¹¹ Por esta razón, la definición abarca mucho más que al funcionario público tradicional.

b. *La violación frente a un tercero de un deber inherente a la función pública*: El deber cuya violación desencadena la *Amtshaftung* no es deber

⁷ Windhorst, Kay en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 79.

⁸ Ossenbühl, Fritiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 9.

⁹ Ossenbühl, Fritiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 9.

¹⁰ Windhorst, Kay en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 205.

¹¹ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 661.

simple. Debe existir una vinculación directa entre el funcionario y un tercero individualizado, titular del correlativo derecho subjetivo. Sobre este tema (*Drittbezogenheit*) no es poco lo que se ha escrito. En líneas generales, es necesaria la preexistencia de una norma cuyo bien tutelado sea el derecho del particular afectado. Ello excluye de plano la responsabilidad por actos normativos (*normatives Unrecht*), ya que las normas en ellos contenidos están dirigidas a una pluralidad de sujetos, esto es, a un colectivo.¹² Así pues, no cualquier violación de un deber preexistente daría lugar a responsabilidad, sino una violación calificada.

c. *Culpabilidad*: La culpabilidad es medida con base en criterios objetivos y abstractos, tomándose como punto de referencia o parámetro para determinar la culpabilidad del funcionario actuante a un funcionario promedio que sirve de modelo. Se pregunta entonces cómo hubiese debido obrar ese funcionario imaginario, estableciéndose igualmente cuáles hubiesen debido ser los conocimientos técnicos que un funcionario promedio que ocupase ese cargo debería poseer.¹³ La culpabilidad como requisito deriva no del artículo 34 GG sino directamente del § 839 BGB, el cual dispone que la violación del deber debe haber tenido lugar por dolo o imprudencia.

d. *Nexo causal*: Los daños sufridos deben ser producto de la actuación u omisión del funcionario, debiendo por tanto, mediar un vínculo de causalidad adecuada entre la conducta y los daños.

2. *Aufopferungsanspruch o pretensión por sacrificio particular por daños a bienes jurídicos de contenido no patrimonial*

En la pequeña ciudad S de Turingia ocurren varios asaltos sexuales a víctimas que, en la mayoría de los casos, resultan ser menores de edad. Hasta el momento no puede ser identificado ningún sospechoso. Por esta razón, la Policía de la ciudad acuerda citar a todos los ciudadanos de sexo masculino para la realización de una prueba de despistaje genético, a través de la toma de una muestra salivar. Las pruebas deben llevarse a cabo en la Jefatura Central de Policía de la ciudad. M comparece de acuerdo con lo ordenado por la citación. La prueba en referencia se practica mediante el contacto de un hisopo con la lengua de la persona. A los pocos días, M comienza a padecer de una dolorosa infección e inflamación de la lengua, garganta y boca, causada por la contaminación a través del hisopo. A M le es ordenado reposo estricto de una semana, que lo inhabilita para trabajar. La funcionaria policial que realizó la prueba, lo hizo de acuerdo con el procedimiento reglamentario establecido, tomando el hisopo esterilizado del paquete y aplicándolo directamente sobre la lengua de la persona. M, quien es trabajador

¹² Windhorst, Kay en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 152 y ss.

¹³ Wienhues, Sigrid en Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.F. Müller, 2005, pág. 33.

*independiente, exige la indemnización de los costos de tratamiento y de las pérdidas por lucro cesante.*¹⁴

2.1. Fundamento:

La pretensión por sacrificio (*Aufopferungsanspruch*) repara las lesiones a bienes jurídicos de contenido no patrimonial causadas por la actuación estatal. El Tribunal Supremo Federal o *Bundesgerichtshof* (BGH) ha señalado que esta pretensión tutela *en particular* bienes jurídicos como la salud, la vida o la libertad, lo cual, parafraseando a OSSENBÜHL, quiere significar que *en general* otros bienes jurídicos de contenido no patrimonial, tales como el honor, el nombre o la esfera privada también pueden ser tutelados por esta vía.¹⁵

El *Aufopferungsanspruch* fue consagrado por vez primera en el derecho positivo en 1794, en los parágrafos 74 y 75 de la Introducción al Derecho Estatal General de los Estados Prusianos o *Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR), los cuales disponían cuanto sigue:

§ 74: En los casos de colisión real entre los derechos individuales y ventajas de los miembros del Estado y los derechos y obligaciones concernientes a la promoción del bien común, prevalecen estos últimos.

§ 75: No obstante lo anterior, el Estado debe compensar a aquel cuyos derechos particulares y ventajas fueron sacrificados en aras del bien común.

Ya para ese entonces, la legislación reconocía expresamente el principio del predominio del interés común sobre el interés particular y, a la vez, la idea de la compensación por el sacrificio de éste. Es ésta, pues, una idea añeja en Alemania. Ahora bien, sobre el fundamento actual de la *Aufopferung* no hay unicidad de voces en la doctrina. Para algunos, puede hallarse en la vigencia, a través de la costumbre jurídica, de la obligatoriedad del mandato contenido en los recién citados parágrafos 74 y 75 de la ALR.¹⁶ Esa pareciera ser la opinión reinante y es, desde el año 1953, la opción acogida por el BGH, en su decisión en el caso *Impfschaden*.¹⁷ Como SPROLL precisa, esta costumbre jurídica puede, al estudiarse bajo la luz del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas, ser vista como una costumbre jurídica de *rango constitucional*.¹⁸ Para otros, dicha idea encuentra su anclaje constitucional directamente a través del principio de igualdad ante las cargas públicas (*Lastengleichheitsprinzip*) y

¹⁴ Caso hipotético tomado literalmente de Baldus, Manfred en Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.F. Müller, 2005, pág. 69.

¹⁵ Ossenbühl, Fritiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 135.

¹⁶ En este sentido, Schiwiy, citado por Ossenbühl, Fritiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 130 y Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 772.

¹⁷ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 311.

¹⁸ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 312.

se manifiesta como un *principio no escrito de rango constitucional*.¹⁹ Finalmente, algunos otros piensan que esta idea no es más que un *principio general del Derecho*, al cual también puede dársele rango constitucional.

En sus orígenes la *Aufopferung* no se limitaba a daños sobre bienes jurídicos de contenido no patrimonial, sino que, además, era el fundamento directo de la figura de la expropiación. Sin embargo, luego de un largo proceso de decantación de su contenido - sobre el que por su complejidad y extensión aquí no trataremos- y producto del cual se restringió su objeto a bienes jurídicos no patrimoniales, no es difícil encontrar en la literatura alemana a quienes, como SCHWABE, sostienen que esta pretensión es prácticamente una *raridad*.²⁰ Esto se debe particularmente a la existencia de una gran cantidad de regulaciones legales particulares en campos concretos que, por su carácter especial, tienen primacía sobre las reglas del principio de la *Aufopferung*, idea ésta que BALDUS apuntala al admitir que dicha institución ha experimentado una *inmensa pérdida de significado*.²¹ Tales son los casos de los daños causados a raíz de la intervención por parte de las fuerzas policiales en los derechos de terceros, reguladas en la legislación policial del *Bund* y los *Länder*; los surgidos a raíz de inmunizaciones o vacunas, mediante la Ley de Protección contra Infecciones (*Infektionsschutzgesetz*) o por condenas penales contrarias a Derecho, así como medidas de ejecución penal, a través de la Ley sobre Indemnizaciones por medidas de ejecución penal (*Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*) o los accidentes sufridos por estudiantes de instituciones de educación pública, con base en el derecho sobre seguros de accidentes, entre muchos otros casos.²²

La pregunta sobre si la actuación causante del daño debe necesariamente ser o no legal no tiene mayor relevancia, puesto que de tratarse de una actuación contraria a Derecho, la doctrina ve en la propia ilegalidad el sacrificio particular. Por esta razón, el *Aufopferungsanspruch* procede en ambos casos, siempre y cuando se verifiquen los requisitos de procedencia. Para la pretensión por *Aufopferung* se ofrece la vía judicial ordinaria y la compensación que puede acordar el Juez puede no comprender en su totalidad los daños causados. Se trata aquí de lo que los alemanes llaman *Entschädigung* (*indennizzo* para los italianos) y no del *Schadensersatz* o *risarcimento* italiano. La responsabilidad derivada de actuaciones conformes a Derecho no dan en Alemania lugar a una indemnización íntegra de los daños y perjuicios, sino en principio sólo una compensación por el sacrificio particular. Esto debido a que sólo se compensan los daños experimentados por esa porción del sacrificio que va más allá del sacrificio *general* al que todos los ciudadanos están sometidos y que hace de éste uno *particular*. Esto es lo que los alemanes denominan *Entschädigung*. La responsabilidad delictual sí da, en cambio, lugar a una indemnización completa (*Schadensersatz*). La condena puede ser al pago de una única suma de dinero o de sumas consecutivas por períodos definidos. Igualmente puede acordarse la compensación de los gastos incurridos por

¹⁹ Mangold y Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, Art. 14 y Wolff y Bachhof, *Verwaltungsrecht I*, 9na Edición, 1974, citados por Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 135.

²⁰ Schwabe NJW 1983, 2370, citado por Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 313.

²¹ Baldus, Manfred en Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.F. Müller, 2005, pág. 70.

²² Baldus, Manfred en Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.F. Müller, 2005, pág. 70.

tratamiento curativo (médico o psicológico), asistencia y cuidado del afectado, tratamientos de rehabilitación, y, en caso de muerte, gastos de entierro, compensación por fallecimiento, renta vitalicia a los sobrevivientes, entre otros.

2.2. Requisitos de procedencia:

a. *La afectación de un bien jurídico de contenido no patrimonial*: De lo contrario, entra en juego el *enteignender Eingriff*, que se ocupa, como lo veremos más adelante, de menoscabos a la propiedad privada ocasionados por un sacrificio particular. Así pues, sólo las lesiones a bienes jurídicos como la vida, la libertad, el honor son compensadas mediante este instituto, independientemente si el daño tiene su origen en una ilegalidad o no.

Piénsese por ejemplo en el caso de un soldado cuyo traslado al hospital militar es ordenado por su superior, debido a una lesión que ha sufrido. Allí le es aplicado un tratamiento que se encuentra aún en estadio experimental y que, a pesar de curarle la lesión, le genera una cirrosis hepática, afectando así su salud gravemente.²³

b. *Los resultados dañosos no pueden ser queridos por la norma*: Los daños se producen como consecuencia indeseada de la actuación estatal. Son, pues, un producto no previsto por la norma o acto que los generó.

c. *Obligatoriedad de la conducta del particular*: Tradicionalmente se ha sometido la procedencia de esta pretensión a la condición de que la conducta del sujeto que sufre la lesión venga impuesta por una norma jurídica. Así pues, en la medida en que el sujeto haya obrado de manera libre y espontánea, los daños causados no pueden ser indemnizados –al menos no por esta vía. Este es el caso típico de la persona que *motu proprio* decide colaborar con la policía o los bomberos y sufre algún perjuicio. Por el contrario, tanto en el caso hipotético inicial, como en el caso de la vacunación obligatoria o el caso del soldado cuyo traslado al hospital militar fue ordenado por sus superiores jerárquicos, el particular se halla en la obligación de someterse a la prueba o al procedimiento de vacunación o al tratamiento. En estos casos, donde hay imposición, coerción, entra en juego la *Aufopferung*. El particular tiene entonces el deber jurídico de soportar o de comportarse de acuerdo a lo requerido por la norma, pero por situaciones no previstas ni deseadas, se le causan daños. No obstante lo anterior, hoy en día parece encontrarse en la doctrina alguna tendencia a la supresión de este requisito o su interpretación de una manera más *laxa*.

d. *La existencia de un nexo causal*: Entre los daños causados y la conducta denunciada como desencadenante de la responsabilidad, la cual, además, debe haber sido llevada a cabo con una finalidad de interés general.

e. *Sacrificio particular o Sonderopfer*: El particular debe haber sido afectado en manera desigualmente mayor que sus pares, por una actuación que supera los límites de la tolerabilidad y que, por tanto, quebranta de este modo el principio de igualdad ante las cargas públicas. El sacrificio puede no sólo referirse a la medida o actuación en sí misma, sino a sus consecuencias reales

²³ BGHZ 20, 61 caso *Thorotrast*.

adversas. Así pues, en el caso de la vacunación, la obligación en sí misma de dejarse aplicar las vacunas no constituye un sacrificio frente a los demás, sino las consecuencias negativas no queridas por la norma que prevé la obligatoriedad de la vacunación, al producir ésta trastornos en la salud de la persona.

3. *Enteignender Eingriff* o pretensión por sacrificio particular por menoscabo de la propiedad

3.1. *Fundamento:*

Mediante el *enteignender Eingriff* pueden ser indemnizados los daños producto de consecuencias atípicas, imprevistas, directas e inmediatas de la actuación administrativa conforme a Derecho y que influyen de una manera tan gravosa sobre la propiedad privada que sobrepasan los límites de la tolerabilidad.²⁴ Como puede apreciarse, comparte su fundamento último con el *Aufopferungsanspruch* (el sacrificio particular), sin embargo, se diferencia de él por el bien jurídico tutelado: Aquél, bienes jurídicos de contenido no patrimonial; éste, la propiedad privada en sentido constitucional. Con la *Enteignung* o expropiación comparte el bien jurídico tutelado: La propiedad en el sentido del artículo 14 III GG, pero difiere de él en cuanto a la finalidad o intención de la actuación administrativa: Aquélla está dirigida a la privación total o parcial del derecho de propiedad sobre un bien del particular; en ésta, el menoscabo del derecho de propiedad se da como consecuencia no prevista, ni querida. Su ámbito de aplicación no se limita a la actuación formal de la Administración, sino que incluye además su actuación material (*Realakte*), la cual representa el grueso de su campo de aplicación práctica.

El *enteignender Eingriff* es producto de la creación y desarrollo jurisprudencial y debe sus orígenes a los casos de daños y perturbaciones producto de construcciones y trabajos en vías públicas, así como aquéllos producto del funcionamiento de industrias estatales en los años 50. Tal y como lo señalan SPROLL y OSSENBÜHL, en casos en los que, *exempli gratia*, trabajos realizados en las vías públicas que constituían serias limitaciones de acceso a negocios y ponían en grave peligro su subsistencia, se reconocía que dicho gravamen representaba una carga que excedía los límites de la tolerabilidad.²⁵ El campo de aplicación de este instituto se ha ido ampliando gradualmente en particular a los casos de emisiones de olores por vertederos de aguas negras (BGH 91, 20), así como a emisiones sónicas producto del tránsito o de aviones militares (BGH 59, 378) o incluso la contaminación de bienes de un almacén debido a la construcción de un pasaje peatonal (BGH 1972, 115).

Así pues, a pesar de ser la conducta en sí conforme a Derecho, sus consecuencias adversas son calificadas como antijurídicas y dan lugar a compensación. Un supuesto típico que permite diferenciar claramente la actuación administrativa de su resultado efectivo, es el que ocupa a MAURER, quien comenta el caso en el que el funcionario de

²⁴ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 369.

²⁵ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 369 y Ossenbühl, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 269.

policía usa su arma reglamentaria, conforme a las previsiones contenidas en la respectiva normativa que lo habilita para, bajo las circunstancias concretas del caso, hacer fuego (*Polizeigesetz*), sin embargo, el proyectil alcanza casualmente el vehículo de un tercero que se encontraba de paso en escena. La actuación en sí se ha hecho de manera legal, esto es, el policía ha disparado su arma bajo las condiciones previstas en la ley, empero, los resultados que se han producido son contrarios a Derecho.²⁶

El *enteignender Eingriff* precisa que la conducta generadora del daño contenga un deber abstracto de tolerabilidad, lo cual excluye de plano la posibilidad de acudir al *Primärrechtsschutz*.²⁷ Dicho en otras palabras, la actuación debe ser tolerada, aun y cuando sus efectos sobrepasen el límite de tolerabilidad, siendo la consecuencia de ello no la supresión del acto, sino la compensación del afectado.

Al igual que el *Aufopferungsanspruch*, el *enteignender Eingriff* no da lugar a una indemnización plena de los daños, sino a una *Entschädigung* o compensación y puede hacerse valer por ante la jurisdicción ordinaria.²⁸

3.2. Requisitos de procedencia:

a. *Menoscabo de una posición jurídica*: Comprendida dentro del concepto de propiedad del artículo 14 I GG (sobre el que trataremos *infra*).

b. *Daños*: Deben ser consecuencia directa e inmediata de la actuación y no desprenderse de los riesgos normales de la vida cotidiana (*Lebensrisiken*).

c. *Sacrificio particular*: Esto es, que las consecuencias gravosas de la actuación lleven a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. Y es precisamente este último el requisito que presenta la mayor complejidad, siendo el elemento clave del que realmente se hace depender la procedencia de la compensación. Así, existen diversos lineamientos y teorías que tanto la literatura como la jurisprudencia han intentado formular, en algunas oportunidades incluso derivándolos de casos particulares, con el objeto de establecer algunos parámetros que ayudan a la resolución de otros casos. A título de ejemplo puede citarse para casos de afectaciones de propiedad horizontal, la asimilación de los criterios utilizados en el derecho civil (§ 906 BGB) para determinar la tolerabilidad de las perturbaciones producidas por el vecino. En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado que el ciudadano afectado por la actuación administrativa vecina no puede ser obligado a soportar más de lo que una persona soportaría de un vecino privado, según las reglas y la jurisprudencia del derecho civil. Otro criterio en esta materia es el de la vinculación a la situación (*Situationsgebundenheit*), según el cual las perturbaciones y menoscabos que, como simples manifestaciones de las limitaciones inmanentes al derecho de propiedad, derivan de manera natural de la particular localización

²⁶ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 762.

²⁷ Ossenbühl, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 278.

²⁸ Grzeszick, Bernd en Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.F. Müller, 2005, pág. 103 y 105.

física del inmueble no dan lugar a compensación.²⁹ De igual modo, el tipo, duración, intensidad y efectos de las perturbaciones puede ser determinantes para la calificación de una perturbación como de daño que supera los límites de la tolerabilidad.³⁰

4. *Enteignungsgleicher Eingriff* o pretensión por lesiones no culposas a la propiedad contrarias a Derecho

El comerciante H posee una “tienda ambulante” de ropa para damas y caballeros de un marca reconocida, instalada en un trailer especial acondicionado a tales efectos. H hace un tour por diversas localidades, en las que permanece un par de días para la venta de sus productos y a cuyos habitantes ha advertido previamente mediante publicidad en la prensa. Al instalarse el 14 de julio de 2004 en la pequeña ciudad S, el funcionario competente de la Alcaldía dicta, ese mismo día, una orden de ejecución inmediata prohibiendo el parqueo del trailer en la ciudad, ya que, la actividad por H desplegada es considerada por el funcionario como una actividad particular que requiere de una autorización especial según la normativa municipal, de la que H carecería. Ese mismo día en la tarde luego de un par de horas de comenzada la venta H es notificado por un funcionario de la Alcaldía, debiendo entonces suspenderla. Su recurso administrativo con solicitud cautelar de suspensión de efectos de la medida (Widerspruch y Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz), es declarado sin lugar. La posterior demanda ante la jurisdicción administrativa (Klage) resulta igualmente improcedente en primera instancia. La apelación ante el Tribunal Superior Administrativo o Oberverwaltungsgericht (OVG) es, por el contrario, declarada con lugar, logrando así la nulidad del acto. El funcionario municipal habría partido erradamente de la premisa que la actividad de H debía ser considerada como una de aquellas actividades que requerían previa autorización especial. H demanda posteriormente a la pequeña ciudad S por la indemnización de los daños y perjuicios que por la prohibición de la continuación de la venta le fueron causados.³¹

4.1. Fundamento:

Como OSSENBÜHL brillantemente lo resume, para el inicio de la época de Weimar la doctrina reconocía con claridad solamente dos institutos de responsabilidad patrimonial, que según se entendía, eran los pilares que conformaban a plenitud el sistema de responsabilidad, a saber: El *Amtshaftungsanspruch* y el *Aufopferungsanspruch*. El primero daba cobertura a los casos de responsabilidad

²⁹ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 373.

³⁰ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 277.

³¹ BGHZ 32, 208 caso *Reisegewerbe*, tomado textualmente de Grzeszick, Bernd en Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.F. Müller, 2005, pág. 95.

patrimonial delictual por conductas culposas, esto es, por hecho ilícito y el segundo, a los supuestos de daños causados por conductas conformes a Derecho (sacrificio particular).³² Sin embargo, pronto se descubriría la existencia de un vacío en el sistema: No había protección frente a conductas no culposas contrarias a Derecho. Así pues, la confección del *enteignungsgleicher Eingriff* nace como una respuesta de la jurisprudencia ante el vacío dejado por el *Amtshaftungsanspruch*, que tiene por objeto reparar daños provenientes de conductas culposas contrarias a Derecho y el *Aufopferungsanspruch*, que se encarga de resarcir daños causados por conductas no culposas, pero conformes a Derecho (para aquel entonces no había la diferenciación de los bienes jurídicos tutelados que hoy existe).

La primera decisión que reconoce el referido instituto fue dictada por el Tribunal del Reich o *Reichsgericht* (RG) en el año 1933: En el caso de la especie se condenó a la Administración por la ilegal negativa reiterada durante años de otorgar a un permiso de construcción al que el particular tenía derecho, motivo por el cual su patrimonio sufrió un menoscabo notable. El RG fundamentó el instituto en el derecho consuetudinario, mediante la aplicación del § 75 de la ALR.³³

No obstante lo anterior, el fundamento de esta pretensión ha venido variando de manera sumamente compleja a medida que la jurisprudencia ha evolucionado en el tiempo. En épocas posteriores, el BGH pretendió fundamentarlo en la garantía constitucional de la propiedad privada, contenida en el artículo 14 GG. Por su parte, el Tribunal Federal Constitucional o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) en su famosa decisión *Naßauskiesung* de 1983 redujo el ámbito de aplicación de esta pretensión y precisó la primacía del *Primärrechtsschutz* frente al *Sekundärrechtsschutz*. Así, se estableció que ante un menoscabo ilegal de la propiedad privada, el particular tiene el deber de defenderse, atacando el acto que lo afecta. Luego, de no ser posible obtener la nulidad de la actuación, puede eventualmente acudir al *Sekundärrechtsschutz* y ser indemnizado.

4.2. Requisitos de procedencia:

- a. *Menoscabo no deseado de la propiedad privada:* La afectación de la propiedad no puede ser la finalidad de la actuación, de lo contrario se estaría en presencia de una expropiación. El objeto del menoscabo es la propiedad en el sentido del artículo 14 I GG.
- b. *El menoscabo es producto directo e inmediato de la actuación del Poder Público:* Los daños pueden materializarse a través de actuación formal o material de la Administración, importante es, sin embargo, que los mismos sean una consecuencia directa e inmediata.
- c. *Sacrificio particular:* La doctrina ve el sacrificio particular en la contrariedad a Derecho de la actuación o de sus consecuencias negativas.

³² Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 214.

³³ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 214.

5. Enteignung o expropiación

5.1. Fundamento:

El artículo 14 I GG consagra la garantía de la propiedad privada, así como la posibilidad que su contenido y límites sean establecidos por ley. Para la doctrina alemana, el concepto de propiedad al que dicha norma hace referencia es mucho más amplio que el del derecho civil. Este último se refiere sólo a la propiedad sobre cosas materiales. El derecho de propiedad desde el punto de vista de la GG abarca el patrimonio íntegro del ciudadano, esto es, absolutamente todos los bienes de contenido patrimonial, tanto inmateriales como materiales. MAURER señala que no sólo el derecho de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, sino también incluso la posesión sobre éstos, membresías o acciones en sociedades que puedan ser mesurables económicamente están comprendidos dentro del derecho de propiedad en el sentido del 14 I GG.³⁴ Igualmente abarca este concepto pretensiones, derecho de propiedad industrial e intelectual, al fondo de comercio, no sólo respecto de los bienes corporales, sino también de los elementos intangibles, como la clientela, las relaciones comerciales, la firma, la ubicación del fondo de comercio en las vías públicas e incluso hasta el derecho de contacto hacia el exterior esto es, “*todo aquello que en su totalidad le da el valor comercial al negocio*”³⁵. Todas estas son pues, posiciones jurídicas comprendidas y protegidas bajo el concepto de propiedad de la referida norma.

El segundo párrafo del referido artículo dispone en términos lacónicos que la *propiedad obliga* y que su uso debe servir al bien común (artículo 14 II GG). Finalmente, consagra el instituto de la expropiación (artículo 14 III GG). A tenor de este último inciso:

“La expropiación sólo es admisible en beneficio de la colectividad. Sólo puede llevarse a cabo mediante o con base en una ley, la cual regulará la forma y cuantía de la compensación. La compensación se determinará con fundamento en una ponderación entre los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto, sobre la cuantía de la compensación podrá acudirse a la vía ordinaria.”

Como ya lo advertimos, la expropiación forma parte del conjunto de institutos de la responsabilidad estatal y es, en palabras de OSSENBÜHL, un caso particular (*Sonderfall*) de la *Aufopferung* (sacrificio particular).³⁶ Para SPROLL la expropiación es, desde el punto de vista constitucional, la pérdida parcial o total de derechos de propiedad en el sentido del artículo 14 I GG, mediante un acto jurídico del Poder Público a ello dirigido, para la satisfacción de una determinada tarea pública.³⁷ La doctrina *ius publicista* alemana distingue dos tipos de expropiación, a saber: la expropiación legal (*Legalenteignung*) y la expropiación administrativa (*Administrativenteignung*). La

³⁴ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 718.

³⁵ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 718.

³⁶ Ossenhühl, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 146.

³⁷ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 319.

primera de ellas se verifica directa e inmediatamente *mediante* la puesta en vigencia de una ley formal, esto es, la determina el Legislador. El *BVerfG* ha sostenido que tiene, sin embargo, un carácter excepcional. La segunda, tiene lugar *con base* en una ley formal y se materializa, por tanto, a través de un acto de rango sub-legal: actos administrativos o, incluso, hasta mediante reglamentos (*Rechtsverordnungen*).³⁸

5.2. Requisitos de procedencia:

a. *Reserva legal (Gesetzvorbehalt)*: Como ya se mencionó, la expropiación sólo puede hacerse mediante ley formal o con base en una ley formal, que debe además establecer la forma y el *quantum* de la compensación.

b. *En beneficio del bien común o la utilidad pública*: No resulta válido invocar, para la procedencia de la expropiación, un interés común cualquiera o general. Antes bien, debe tratarse de una utilidad pública concreta. El bien común se constituye entonces, parafraseando a MAURER, en motivo y límite de la expropiación y, por tratarse de un concepto indeterminado, queda en manos del Legislador su definición³⁹ y del *BVerfG* su revisión.⁴⁰ Adicionalmente, se permite la expropiación en beneficio de un privado -p.e. una sociedad anónima, cuando a través de ella se persiga de manera directa o indirecta una concreta utilidad pública o, mediante ley, se le haya encargado la ejecución de tareas de interés público.⁴¹

c. *Proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit)*: La expropiación como medida no sólo debe ser idónea (*geeignet*), sino además, necesaria (*erforderlich o notwendig*) y razonable (*angemessen*), puesto que es, dentro de las posibles medidas para la consecución de un interés público, *ultima ratio*.⁴² La idoneidad o *geeignigkeit* radica en la posibilidad abstracta del logro de los fines deseados, mediante la elección de esa precisa medida. La necesidad o *erforderlichkeit* excluye la posibilidad de tomar una medida (en nuestro caso expropiar) ante la existencia de otro medio menos gravoso para el afectado, a través del cual pueda lograrse la misma finalidad de interés público, por ejemplo la adquisición mediante la compraventa.⁴³ La razonabilidad o *angemessenheit* de la medida obliga a una ponderación entre las consecuencias o efectos que la medida puede reportarle al particular y los fines de interés público que la misma persigue.⁴⁴

d. *Cláusula indemnizatoria (Junktimklausel)*: Una ley que decrete una expropiación sin disponer la compensación o estableciendo una compensación insuficiente resulta inconstitucional.⁴⁵

³⁸ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 727.

³⁹ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 727.

⁴⁰ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 204.

⁴¹ Grzeszick, Bernd en Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.F. Müller, 2005, pág. 82.

⁴² Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 205.

⁴³ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 333.

⁴⁴ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 205.

⁴⁵ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 205.

6. *Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen o disposiciones sobre el contenido y límites del derecho de propiedad de carácter compensatorio*

En la pequeña ciudad S tiene asiento la editorial K, cuyas obras literarias, por su gran valor unitario, se editan en tirajes bastante reducidos. Con base en una norma legal que para ello lo habilita, el Ministerio de Cultura dicta una resolución que ordena a todas las editoriales la remisión de una determinada cantidad de ejemplares de las obras por ellas publicadas a cada una de las bibliotecas públicas enumeradas en un listado definido por el propio ministerio. Los gastos de envío y de las obras en sí deben ser asumidos por las propias editoriales. K, quien se halla dentro del ámbito de aplicación de la resolución, al ver limitado severamente su derecho de propiedad, entiende que esa norma, que a las grandes editoriales poco afectan, frente a él resulta inconstitucional.

6.1. *Fundamento*

Como lo acabamos de mencionar, el artículo 14 I 2 GG establece la posibilidad de que la propiedad sea limitada mediante ley formal. Así pues, las *Inhalts- und Schrankenbestimmungen* son reglas legales que definen el contenido y los límites de la propiedad, pero que al mismo tiempo, bien intencionalmente o bien de forma no deseada, la limitan de manera tan desproporcionada que requieren prever una compensación, con el objeto de restablecer su proporcionalidad y salvaguardar así, el derecho de propiedad en sí mismo.⁴⁶ La previsión de esa compensación procura que éstas mantengan su conformidad con la Constitución⁴⁷, no bastando el simple hecho de que sean materializadas mediante una ley formal. Se trata, como puede observarse, de responsabilidad por conductas conformes a Derecho o por sacrificio particular.

Nos comenta SPROLL que el *BVerfG* trató por vez primera este tema en la decisión del caso *Pflichtexemplar* (ejemplar obligatorio) en el año 1981. El caso en referencia - con el que, por cierto, introdujimos este punto- versaba sobre la conformidad con la GG del § 9 de la Ley sobre Libertad y Derecho de Prensa de Hessen de 1958 y la normativa con base en ella dictada. Dicho párrafo disponía que el Ministro competente podía determinar, mediante reglamento, que de cada obra impresa por los editoriales que se encontrasen dentro del ámbito territorial de aplicación de la ley, se enviase gratuitamente un ejemplar a cada una de las bibliotecas públicas por el Ministerio previstas. El respectivo Reglamento vendría entonces a precisar la referida obligación, cuyos costos estarían a cargo de las editoriales, respecto de una lista de bibliotecas formulada por el Ministerio de Cultura. En contra de esta disposición accionó una empresa que se dedicaba a la edición de obras de gran valor y en un escaso número de ejemplares, incluyendo en algunos casos obras con ilustraciones en original. Para los accionantes -lo cual fue luego reconocido por el *BVerfG*, no de manera general sino sólo

⁴⁶ Ossenbühl, Fritiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 183.

⁴⁷ Sproll, Hans-Dieter en Detterbeck/Widnhorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, Editorial C.H. Beck, München, 2000, pág. 281.

para el caso concreto- el deber de envío sin compensación resultaba contrario a lo previsto por el artículo 14 GG.⁴⁸

Luego de esta decisión de principios que, por mucho tiempo fue la única que tratara el tema, las *ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen* pasaron a ser, parafraseando a OSSENBÜHL, una *categoría exótica*.⁴⁹ No obstante ello, desde hace pocos años han retomado un rol de mayor preponderancia, en virtud de la promulgación de leyes de reforma que redefinen en aspectos concretos el concepto de diversos tipos de propiedad y le imponen nuevos límites derivados de su utilidad social o de las necesidades de la vida en colectivo.⁵⁰ Al respecto se ha pronunciado el *BVerfG* en varias oportunidades, destacando y reafirmando que la expropiación administrativa o legal y las limitaciones del contenido de la propiedad con carácter compensatorio son institutos autónomos, diferenciados por la Ley Fundamental. Dice el Tribunal, sin embargo, que una nueva norma que redefine el concepto o los límites de un tipo de propiedad puede considerarse al mismo tiempo como una expropiación legal o como un limitante de la propiedad, dependiendo del punto de vista de su destinatario. Así, para quien detentaba la propiedad con anterioridad a la entrada en vigencia de la regulación podría tratarse de una expropiación, pero para el que adquiere la propiedad con posterioridad, lo hace simplemente bajo una nueva regla de definición de contenido y límites.⁵¹

El citado autor agrupa en tres los campos de mayor aplicación actual de las *ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen*. El primero es el que versa sobre la protección de la naturaleza y de monumentos: Para el *BVerfG*, las limitaciones de uso y aprovechamiento de la propiedad por la declaratoria de una zona como protectora deben estudiarse en el marco de este instituto, no siendo posible hablar de expropiación, a pesar que la misma pueda afectar severamente el derecho de propiedad, teniendo, como lo expresa MAURER, un *efecto expropiatorio*.⁵² Otra categoría es la que comprende los casos de terrenos colindantes con instalaciones de protección contra inundaciones o mareas altas o con represas, incluyendo aquellas limitaciones del derecho de pesca en dichas zonas. Finalmente, en materia de las llamadas relaciones vecinales de derecho público, dentro de las que se cuentan *exempli gratia*, los supuestos de propietarios de inmuebles afectados por emisiones causadas por el uso de vías públicas, por ferrocarriles o tranvías, que van más allá de las reglamentariamente permitidas, pero que resultan inevitables. El Tribunal Federal Administrativo o *BVerwG* ha dicho que en estos casos dentro de la planificación pública deben preverse medidas para evitar el menoscabo de derechos de terceros y que si dichas medidas no son posibles, la propia reglamentación debe contener en sí los mecanismos de compensación de los posibles daños causados. La constitucionalidad de una de tales medidas puede verse afectada ante la ausencia de una previsión como la apuntada.⁵³

Para hacer valer la pretensión para la compensación de las *ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen* está abierta la vía contencioso-administrativa, de

⁴⁸ *BVerfG* 58, 137 descargado en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058137.html> (21/06/08).

⁴⁹ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 182.

⁵⁰ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 182.

⁵¹ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 183.

⁵² Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 743.

⁵³ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, págs. 185 y 186.

acuerdo con lo previsto por la Ordenanza de los Tribunales Administrativos o *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO)

6.2. Requisitos de procedencia

a. *Desproporcionalidad e intolerabilidad*: La afectación debe ser desproporcionada, esto es, debe superar los límites de la tolerabilidad. La pregunta sobre la definición de los criterios de tolerabilidad sólo puede responderse con precisión en el caso en concreto. Empero, OSSENBÜHL, habla de la tríada compuesta por el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad y el de confianza legítima.⁵⁴ MAURER por su parte nos comenta que según la jurisprudencia pacífica es poco probable o incluso no tendría sentido pretender regular de antemano todos estos casos difíciles.

Trátase por el contrario de una afectación que no supera los límites de la tolerabilidad, debe ser entonces aceptada, no dando lugar a compensación alguna.

b. *La regulación debe contener una disposición que prevea la compensación*: Lo contrario determinaría, pues, su inconstitucionalidad.

7. *Gefährdungshaftung* o responsabilidad por creación de situaciones de riesgo o peligrosas

En un cruce de vías de la pequeña ciudad S se produce un choque entre dos vehículos de particulares. El accidente ha sido producto de una falla de un semáforo, que simultáneamente marcaba “luz verde” para los dos conductores, ordenando así el paso a ambos. A, cuyo vehículo sufrió daños, exige la indemnización de los daños y perjuicios, causados a raíz de la falla. Una pretensión por Amtshaftung resultaría únicamente procedente en el caso en que por error un funcionario hubiese programado de manera equivocada el semáforo, cosa que no sucedió en el caso de la especie (v. 1.2.c)). Una demanda con base en el enteignungsgleicher Anspruch tampoco podría ser declarada con lugar debido a la mediatez de los daños -después de todo, quien ha causado los daños de manera directa e inmediata fue el otro vehículo (v. 4.2.b)).⁵⁵

7.1. Fundamento

La *Gefährdungshaftung* o responsabilidad por creación de situaciones de riesgo o peligrosas es una institución que tiene sus orígenes en el Derecho Civil y pretende la indemnización de daños no culposos producto de la creación o introducción de situaciones de riesgo o peligrosas en la sociedad. Su fundamento legal no se encuentra regulado de manera general en el BGB, sino que está previsto en una normativa dispersa, compuesta de una multiplicidad de leyes especiales, tales como la ley de

⁵⁴ Ossenbühl, Fritiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 189.

⁵⁵ BGHZ 54, 332 caso *feindliches Grün*, tomado de Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, págs. 790 791.

tránsito terrestre (*Straßenverkehrsgesetz*), la ley de tránsito aéreo (*Luftverkehrsgesetz*), la ley sobre el uso pacífico de la energía nuclear y para la protección frente a sus peligros o, simplemente, ley atómica (*Atomgesetz*), la ley sobre técnicas genéticas (*Gentechnikgesetz*) y la ley de protección federal de datos (*Bundesdatenschutzgesetz*), entre muchas otras.

OSSENBÜHL comenta que entre los argumentos que la doctrina alemana considera para sustentar la existencia de una responsabilidad por la introducción o creación de situaciones de peligrosidad, se cuentan básicamente tres⁵⁶, a saber: El principio de las ventajas y desventajas (*Vor- und Nachteilsprinzip*), conforme al cual aquel que se beneficia de las ventajas generadas por la creación de un riesgo, debe responder por las desventajas que el mismo reporta para otras personas. El principio del dominio o señorío sobre el riesgo (*Beherrschbarkeit*), basado en la cercanía a la producción del daño y de acuerdo con el cual el que aprovecha las cosas o instalaciones peligrosas está en una relación de proximidad más cercana a éstas que aquella persona que padece el daño, ya que las domina y controla y puede por tanto, modificar el grado de peligrosidad que éstas representan. Finalmente, el principio del deber correlativo de compensación por la obligación sometimiento a determinados riesgos de la sociedad industrializada moderna, el cual parte de la base de la necesaria aceptación de la creación de riesgos para la subsistencia de la sociedad moderna. Así pues, “*sin autos, aviones y plantas atómicas no sería posible una sociedad industrial*”⁵⁷. Sin embargo, los daños producto de la concreción de estos riesgos no pueden ser atribuidos al azar o el destino, sino a aquellos que tienen la posibilidad de evitarlos.

FORSTHOFF, nos dice MAURER, ha sido el principal defensor en la literatura de la aplicación de la *Gefährdungshaftung* al ámbito del Derecho Público. Para el referido autor, supuestos como, por ejemplo, el del policía que, en medio de una persecución hace uso de su arma reglamentaria y lesiona a un transeúnte que casualmente se encontraba en la línea de fuego o el de la locomotora que, mediante la producción de un chispazo por la fricción de las ruedas con los rieles, genera un incendio forestal, deberían comprenderse dentro de este instituto.⁵⁸ Empero, habida consideración de la ampliación progresiva que vía jurisprudencial han experimentado los otros institutos de responsabilidad que ya hemos revisado someramente a lo largo de este estudio, pareciera que éstos cubren o abracan casos como los recién enunciados. En particular, como nos lo señala el referido autor cuando explica que en el caso del semáforo la jurisprudencia del BGH ha evolucionado y entiende hoy en día que la inmediatez del daño -y por ende la posibilidad de encuadrar el supuesto dentro del *enteignender Eingriff*- vendría dada porque la luz verde constituye una obligación al conductor de cruzar.⁵⁹

7.2. Requisitos de procedencia

a. *Ausencia de culpa*: En caso de mediar culpa del funcionario público, en principio, la pretensión habría de fundamentarse en la *Amtshaftung*.

⁵⁶ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 365.

⁵⁷ Ossenbühl, Frtiz, *Staatshaftungsrecht*, 5ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 1998, pág. 367.

⁵⁸ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 790.

⁵⁹ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ta Edición, Editorial C.H. Beck, München, 2004, pág. 791.

b. *Peligrosidad y conformidad a Derecho*: En la responsabilidad por situaciones de riesgo o peligrosidad no media, en principio, ilegalidad. Se trata aquí más bien de la concreción de los riesgos. En sí la operación de plantas atómicas o la conducción del vehículo no es ilegal.

c. *Nexo causal*: En el discurso sobre la *Gefährdungshaftung* no se habla de vínculo causal entre conducta y daños, sino sobre la colocación de miembros de la colectividad en una situación de riesgo que se materializa. Quien introdujo el riesgo en la sociedad es quien debe responder.