

La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil

MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO¹

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Murcia

RESUMEN

Este artículo pretende ser un estudio profundo de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, el cual no aparece en nuestro Código Civil, pero sí en los de otros países de Europa occidental, y que muchos autores consideran que es exigible también en nuestro Derecho. A propósito de aquella cuestión se estudia también la responsabilidad civil de los inimputables. La perspectiva es de Derecho español y comparado.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, antijuridicidad, culpa, inimputables.

ABSTRACT

This paper studies the problem of unlawfulness as a possible element of tort law, which appears in the Civil Codes of some European countries, but not in the Spanish one; notwithstanding, many Spanish scholars consider that unlawfulness is also a requisite for an action in tort in our system. A good part of the work deals with the concept of fault and the legal liability of minors and mentally ill persons. The point of view is one of Spanish and comparative law.

¹ Trabajo realizado con el apoyo del Proyecto DER2010-20873 del Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «Capacidad jurídica, discapacitados e incapacitación. Bases para una adecuación del Derecho español a la Convención de Nueva York».

KEY WORDS

Tort law, unlawfulness, fault, liability of minors and mentally ill persons.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Origen histórico de la antijuridicidad. 1. Derecho romano. 2. La tradición del *Ius Commune* y su corolario: el Código civil francés. 3. Edad Moderna, Derecho natural racionalista y *Usus Modernus Pandectarum*. 4. El siglo XIX y la promulgación del Código Civil alemán.—III. Contenido del juicio de antijuridicidad. 1. Antijuridicidad de la conducta o del resultado. 2. Doctrina y jurisprudencia españolas. A) Posturas afirmativas en la doctrina. B) Posturas negativas. C) Posturas intermedias. D) La jurisprudencia. E) Derecho Administrativo. 3. Crítica de la doctrina de la antijuridicidad del daño. 4. La doctrina de la antijuridicidad de la conducta. A) Consideraciones generales. B) Negligencia como comportamiento antijurídico. C) El dolo. 5. Conclusión parcial.—IV. Culpa en sentido subjetivo. 1. Concepto, historia y Derecho comparado. 2. La incapacitación, la menor edad y la responsabilidad civil. 3. El Código penal. A) Introducción. B) La responsabilidad civil del inimputable. C) La distribución de la responsabilidad entre el causante y los guardadores. 4. Código civil.—V. Caso fortuito o fuerza mayor.—VI. Utilidad de la distinción entre antijuridicidad y culpa.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los tópicos o lugares comunes en materia de responsabilidad civil es el de si la antijuridicidad es un requisito de aquélla, y, en caso de que lo sea, en qué consiste. El estudio de este problema nos ayudará también a clarificar el asunto de la responsabilidad civil de los inimputables.

El término antijuridicidad tiene su origen en la doctrina jurídica germánica y, consecuentemente, en el Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). La tremenda influencia de este Código ha hecho que los Códigos civiles de otros países hayan incluido este requisito en la acción de daños. El elemento ha sido recogido —en orden de promulgación— en el Código italiano (art. 2043), el portugués (art. 483.1) y el holandés (*Burgerlijk Wetboek*, BW, art. 6:162)².

² Código italiano: «Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otros un daño injusto (*un danno ingiusto*), obliga a quien ha realizado el hecho a resarcir el daño». Código Portugués: «Aquél que, con dolo o mera culpa, viola *ilícitamente* el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al lesionado por los daños resultantes de la violación». Holandés: «Quien comete un acto antijurídico (*onrechtmatige daad*) contra otro, que puede ser imputado al infractor, debe indemnizar el daño que la otra persona sufre como consecuencia de él».

No obstante, ya durante el siglo XIX había códigos civiles en el área lingüística alemana que hacían referencia a la antijuridicidad con anterioridad al BGB. El *Obligationenrecht* (OR) suizo de 1881 (que entró en vigor en 1883) contenía una alusión a la antijuridicidad en el artículo 50³, y el Código civil austriaco de 1811 se refiere también a la antijuridicidad en el § 1294, aunque el § 1295, el central en este ámbito, emplea sólo el término culpa (*Verschulden*⁴), que se discutirá más adelante. Pero, en cualquier caso, la influencia sobre el área continental liderada por Francia proviene del BGB, que representó la culminación de la pandectística.

Por otra parte, otros códigos civiles no hacen referencia a la antijuridicidad (el francés⁵, belga⁶ y español, especialmente), aunque es objeto de algún debate en Bélgica y, sobre todo, España. En el Derecho anglosajón el concepto es prácticamente desconocido⁷.

En cuanto a España, el término se recibió por la doctrina penal a principios del siglo XX, probablemente a través de autores italianos⁸. La primera obra que hemos encontrado en que se emplea el adjetivo «antijurídico» es las *Adiciones* de Quintiliano Saldaña a la

³ «Quien antijurídicamente (*widerrechtlich*) causa daño a otro, intencionada o negligentemente, tiene que compensarle el daño». Repite casi literalmente la redacción el artículo 41 OR, de 1911, actualmente en vigor.

⁴ § 1294: «El daño puede surgir de la conducta u omisión antijurídica (*widerrechtlich*) de un tercero; o de un caso fortuito. El daño antijurídico puede ser causado voluntaria o involuntariamente. El daño voluntario está fundado a su vez bien en la mala intención, cuando el daño es causado con conocimiento y voluntad; bien en la negligencia cuando se ha producido con ignorancia culpable, o por falta de la adecuada atención o esfuerzo. Ambos serán llamados culpa (*Verschulden*)».

§ 1295.1: «Cualquiera está autorizado para requerir del dañante la indemnización del daño que ha causado con culpa (*Verschulden*); el daño puede ser causado mediante el incumplimiento de una obligación contractual o sin relación con un contrato».

En este sentido, se ha llegado a afirmar que «Desde distintos puntos de vista el ABGB tiene más en común con el *Code Civil*, de la misma generación codificadora, que con el alemán BGB» [POSCH, «Das zweihundertjährige ABGB und das europäische Vertragsrecht», *ZEuP* (2010), p. 43, citando a Mayer-Maly, *ÖNZ* (1986), p. 265].

⁵ Según VINEY, «En Derecho francés, la ilicitud no es un elemento distinto de la culpa [“faute”]: ambas nociones están confundidas». V. «Le “Wrongfulness” en Droit Français», in Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, Kluwer, The Hague (1998), p. 57.

⁶ CORNELIS, *L'acte illicite*, Bruylant, Bruxelles (1991), p. 23, texto and n. 1, afirma que el Derecho belga solo reconoce la culpa [«faute»], y que, a diferencia de Holanda y Alemania, no hay diferencia entre «faute» e «illicéité». Igualmente, COUSSY: «Wrongfulness in Belgian Tort Law», en Koziol (n. 5), p. 31, afirma que: «el concepto de “illicéité” (*onrechtmatigheid*) no ha tenido éxito en sustituir (o ser añadido a) el concepto de culpa (“fault”) en sistemas como el belga, que derivan del Derecho francés».

⁷ V., no obstante, HORTON, «Wrongfulness under English Tort Law», en Koziol (n. 5), pp. 39 y ss.; HOWARTH, «General Conditions of Unlawfulness», en Hartkamp *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd edn., Kluwer, Nijmegen (1994), pp. 607 y ss.; CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Hart Publishing, Oxford (1997), pp. 57 y 58. Se observa con facilidad que en el área del *Common Law* los autores escriben sobre antijuridicidad principalmente en el contexto de comparación entre sistemas o en el de los esfuerzos dirigidos a la unificación del Derecho de la responsabilidad extracontractual en Europa.

⁸ FERRINI, *Il Digesto italiano*, IV, 1, Unione Tip-Editrice Torinese, Milano-Roma-Napoli (1887-1888), voz «Delitti e quasi-delitti», n. 23, p. 740, habla ya de «azioni anti-giu-

traducción, de 1916, del tratado de von Liszt⁹; el sustantivo «anti-juridicidad» lo hemos encontrado por vez primera en una obra de Jiménez de Asúa de 1922¹⁰. Hoy es la denominación generalizada entre la doctrina penal.

De ésta pasó a un sector de la civil. Aparece ya con absoluta naturalidad en la traducción y anotaciones de Pérez González y Alguer a la obra de Enneccerus/Kipp/Wolff¹¹. Sin embargo, el primer civilista que aplicó la idea de la ilicitud como categoría sistemática dentro de la responsabilidad civil fue de Diego, gran jurista y buen conocedor de la doctrina alemana; según él, «No basta, en efecto, que el hecho sea dañoso para producir la obligación de reparar el daño. Del ejercicio legítimo de un derecho o del exacto cumplimiento de un deber legal, jamás se deriva esta obligación, aunque con ello se cause daño a otro. La ley Aquilia ya nos hablaba del *damnum iniuria datum*, daño realizado sin derecho o contra derecho: el Código suizo y el alemán insisten también en esta idea. El hecho, por consiguiente, además de ser dañoso, ha de ser ilícito, contrario al derecho; ha de contener la violación de una norma legal»¹².

Después de este breve repaso, la cuestión que surge inmediatamente es: ¿necesitamos un requisito que aparece sólo en algunos códigos civiles europeos y no en el nuestro cuando las resoluciones judiciales se inspiran en buena medida en los mismos principios?

II. ORIGEN HISTÓRICO DE LA ANTIJURIDICIDAD

1. DERECHO ROMANO

Para responder a la pregunta anterior, es esencial echar un vistazo a la historia del término antijuridicidad. Como ya se ha dicho,

ridiche»; «azione anti-giuridica» escribe MASUCCI, *Il Codice penale italiano*, vol. 2, 2.^a, Napoli (1894), p. 315.

⁹ *Tratado de Derecho penal*, II, traducido de la 20.^a ed. alemana por Jiménez de Asúa, y adicionado con el Derecho español por Saldaña, Reus, Madrid (1916), pp. 314 y ss.; el adiccionario también utiliza en otras ocasiones el término «antilegal» (p. ej., pp. 362, 459 y 460). Por su parte, el traductor de la misma obra, JIMÉNEZ DE ASÚA, utiliza el término «ilegalidad» (p. 251).

¹⁰ *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*, Reus, Madrid (1922).

¹¹ *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. II, traduc. y anotaciones de Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona (1935), p. 421 (traducción) y p. 424 (notas).

¹² *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, Victoriano Suárez, Madrid (1920), p. 343. Le siguen luego DE BUEN, *Derecho civil español común*, Reus, Madrid (1922), p. 539; GARRIGUES, en Castán/Garrigues/Goicoechea, *Derecho civil común y foral*, Reus, Madrid (1922), p. 273; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, II, Reus, Madrid (1925), p. 712; y una lista interminable.

tiene su origen cercano en los juristas en lengua alemana, pero su raíz más lejana se encuentra, como tantas otras veces, en el Derecho romano. Para ser preciso, en la *Lex Aquilia de damno* (del principio del siglo III a. C., aproximadamente; en realidad, era un *plebiscitum* y no una *lex*). Posteriormente fue recogida en el llamado *Corpus Iuris Civilis*, en particular en tres lugares: *Institutiones* 4,3, *Digesta* 9,2 y *Codex* 3,35 (*formula* en D. *eod.* 27,5). Inst. 4,3 comenzaba diciendo que «Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam» («la acción de daños procedentes de injuria fue creada por la Ley Aquilia»), y su parágrafo 12, el más importante para la práctica en la Edad Moderna, ya que regulaba el daño en general, requería un *damnum iniuria datum*, es decir, un daño causado con *iniuria* (v. también, usando literalmente la misma expresión, D. 9,2,11,7; *eod.* 17; y especialmente *eod.* 49,1).

Iniuria significaba etimológicamente «injusto» o «contra la ley», siendo *ius-iuris* «Derecho», e *in* un prefijo negativo de origen protoindoeuropeo¹³. Con todo, ese significado tenía muchos matices que, además, cambiaron con la evolución del propio idioma latino¹⁴. Es imposible tratar aquí las numerosas discusiones sobre el asunto, así como todas las opiniones. Por ello, sobre la base del argumento de autoridad, se seguirá la de aquellos que piensan que, en su origen, la inserción de *iniuria* se debió a la intención de dejar claro que un daño sólo podía dar lugar a la acción mencionada

¹³ FORTSON, *Indo-European Language and Culture*, 2nd edn., Blackwell, Oxford (2010), núms. 7.25 and 8.29. «In» («i» ante «l» y «r») aparece en todas las lenguas procedentes del latín; inglés, «in» y «un»; alemán «un»; holandés «on»; griego clásico «αν», etc.; todo del protoindoeuropeo «*n-».

Las lenguas nórdicas utilizan «u» u «o» «por un-», debiéndose la *u* larga a la pérdida de la *n*» [SKEAT, *An Etymological Dictionary of the English Language*, Clarendon Press, Oxford (1893), voz «un», p. 674].

¹⁴ De los diferentes significados de la palabra, el que ha prevalecido en las lenguas románicas es «insulto», y a ese sentido se dedica el capítulo siguiente, 4,4, de las Inst.

Señala D'ORS, *Derecho privado romano*, 4.^a edn., Eunsá, Pamplona (1981), § 360, que «El término más amplio para designar todos los actos ilícitos que dan lugar a una represión jurídica es el de *iniuria*, es decir, lo contrario al *ius*; si *ius* equivale al moderno “derecho”, *iniuria* equivale exactamente a “torcido”, o para volver a emplear una antigua palabra hispánica que coincide con el inglés, “tort”». Puede consultarse también PLESCIA, «The development of “iniuria”», *Labeo*, 23 (1977), pp. 271 y ss., y allí más referencias.

V. también D. 47,10,1, *pr.*, e Inst. 4,4: «Generaliter dicitur iniuria omne quod non iure fit» («En general, es llamado antijurídico lo que no es acorde con el Derecho»); frase repetida literalmente en *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio* –siglo IV–, 2,5,1. De todas formas, estos textos están escritos mucho después que la *Lex Aquilia* y, como se ha señalado ya, muestran la evolución del lenguaje latino, pero no dan pista alguna sobre el significado de *iniuria* en la mencionada *Lex*. Como PÓLAY: «Iniuria dicitur omne, quod non iure fit», *Bullettino del Istituto di Diritto Romano*, 86 (1985), p. 76, afirma, una cláusula general acerca de la *iniuria*, como *iniuria dicitur, quod non iure fit*, no es posible encontrarla en esta época» (es decir, en la de la promulgación de la *Lex*), sino que apareció en el período postclásico (p. 79). V. también, recientemente, PASCHALIDIS, «What did *iniuria* in the *lex Aquilia* actually mean?», *Revue Internationale des Droits de l'antiquité*, 55 (2008), pp. 321 y ss., que toma como base la ética de Aristóteles; el resultado no es muy convincente.

cuando se causaba a propósito (*dolus malus*); sólo con el paso del tiempo los *iusprudentes* incluyeron en la expresión la negligencia o culpa¹⁵.

Por tanto, la actividad del sujeto era acorde con el Derecho cuando había una causa de justificación, especialmente, legítima defensa; de hecho, Inst. *eod.*, 2 señala que *Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest* («se considera también mala intención matar cuando quien lo hace no tiene ningún derecho a ello; por consiguiente, quien mata a un ladrón no es responsable cuando no puede escapar del peligro de otro modo»; v. también, entre otros lugares, D. 1,1,3; D. 4,2,12,1).

Con todo, a pesar de la opinión de algunos de los romanistas citados, resulta difícil aceptar que el requisito de mala intención fuese introducido pensando precisamente en las causas de justificación, ya que no se les dedica ningún capítulo en el *Corpus Iuris Civilis*, un trabajo mucho más elaborado que la Ley Aquilia, con gran influencia de la Escuela de Berito, que hizo una construcción del Derecho romano mucho más abstracta; en el *Corpus Iuris*, las causas de justificación están diseminadas aquí y allá.

2. LA TRADICIÓN DEL *IUS COMMUNE* Y SU COROLARIO: EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Cualquiera que fuera el significado de *iniuria* en Derecho romano, los autores del llamado *Ius Commune* no se preocuparon sobre ese término en la *Lex Aquilia*. Una vez que la negligencia o culpa había sido introducida entre los elementos de la responsabilidad aquiliana, *iniuria*, la intención maliciosa, perdió interés para los juristas¹⁶. P. ej., si nos fijamos en los comentarios de Barto-

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, reimpr. de la 2.ª edn, Jovene, Napoli (1958), pp. 226 y ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, vol 1, 2. Auf., C.H. Beck, München (1971), § 41, IV, 2, p. 162 (*dolus malus*); PLESCIA (n. 14), p. 272; D'ORS (n. 14), §§ 361 y 374; ZIMMERMANN: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford (1996), p. 1005. Opiniones diferentes, a veces influidas por el Derecho vigente en cada país, mantienen, p. ej., VALDITARA, *Dammum iniuria datum*, Giappichelli, Torino (1996), p. 33, que opina que «el elemento básico por el que el daño podía ser calificado como *iniuria datum* era la antijuridicidad de la conducta, es decir, la ausencia de causas de justificación... Una causa de justificación, probablemente la más antigua, era la legítima defensa, en cuyo fundamento se reconocía incluso una *naturalis ratio*»; v. también CASTRESANA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, edcs. Univ. Salamanca, Salamanca (2001), pp. 43 y ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*, 12.ª edn., Jovene, Napoli (2001), núm. 89.3.3, p. 1001.

¹⁶ Señala CASTRESANA (n. 15), pp. 51 y 52, que «cuando la Jurisprudencia integra el dolo y la culpa como elementos cualificadores de aquella intervención humana que produce el resultado *dammum*, la antijuridicidad deja de ser la variable que funda responsabilidad por daños y su lugar lo toma la culpabilidad».

lo (1313-1357) sobre la cuestión, la palabra *iniuria* aparece rara vez, y no existe un tratamiento general del concepto¹⁷.

Y Jacobus Cujacius (Jacques Cujas), dos siglos después (1520-1590), al estudiar la *Lex Aquilia* conforme al llamado *mos gallicus*, ligaba el concepto de *iniuria* con el de *culpa* en sentido amplio, o sea, intención o negligencia: «In ea lege iniuria significat culpa»¹⁸.

Desde el inicio de la Edad Moderna, el Derecho privado en general, o sea, el Derecho romano, comenzó a diferenciarse y tomar su propio camino en cada país. No obstante, el país líder en este movimiento fue Francia, copiado en gran medida por otros tras su Código. Jean Domat (1625-1696) y Robert Pothier (1699-1772)¹⁹, los juristas más importantes de esta época en ese país, consideraban que eran necesarios tres elementos para interponer con éxito una acción de responsabilidad civil: a) daño (*damnum*); b) intención (*dolus, délict*) o negligencia (*culpa, quasi-délict*); y c) una relación de causalidad, aunque sobre este último elemento apenas se hacía hincapié. No obstante, es importante dejar claro que la expresión *culpa* era utilizada en tres sentidos distintos: a) como negligencia; b) como negligencia y dolo conjuntamente; c) o, finalmente, para referirse a la inimputabilidad de los enfermos mentales y los menores.

En conclusión: El concepto de *iniuria* se convirtió en completamente irrelevante. Dolo y culpa era más que suficientes.

3. EDAD MODERNA, DERECHO NATURAL RACIONALISTA Y *USUS MODERNUS PANDECTARUM*²⁰

Los juristas del área germánica siguieron las enseñanzas del *Ius Commune*. Pero con el holandés Hugo Grocio (Huigh de

¹⁷ *In Primam D. Veteris Partem*, Iuntas, Venetiis (1570) fol. 192 vto. y ss. En un rápido repaso se observa que la palabra *iniuria* aparece una sola vez en cuatro folios dedicados a la *Lex Aquilia* (en *lex Liber homo*, D. 9,2,37, pr.). En sus comentarios sobre el Código justinianeo no hay una sola referencia al término [*In Primam Codicis Partem*, Iuntas, Venetiis (1570), fol. 119]. De interés sobre este asunto, WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum Culpa Datum*, Helbing & Lichtenhahn, Genève (2002), *passim*.

¹⁸ *Opera Omnia*, t. VII vel Quarti Operum Postumorum, *Recitationes solemnes*, Pauria, Neapoli (1758), Ad Digestum II, I, col. 90, B.

V. también *Opera ad Pariesiensem Fabrotianam editionem*, t. I, Notae in IV Libros Institutionum Storti, Venetiss (1778), IV, III, donde, después de reproducir Inst. 4,3,2 señala: «§ III. Sin embargo, no está sujeto a esta lex el que mata a otro por caso fortuito: esto es, si se encuentra en una situación en la que no hay culpa: ya que no puede encontrarse en peor posición que cualquier otro que solo es responsable por dolo o culpa».

¹⁹ DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Le Breton, Paris (1767), III, V, II, pp. 238 y ss.; POTHIER, en Dupin (ed.), *Oeuvres de Pothier*, I (1835), *Traité des obligations*, I, I, § II, núms. 116 y ss., pp. 62 y ss.

²⁰ KAUFMANN, *Rezeption und Usus Modernus der Actio Legis Aquiliae*, Boehlau, Köln (1958), pp. 73 y s. dedica sólo una p. y un parágrafo a la *iniuria*, sin arrojar luz alguna sobre el problema.

Groot, 1583-1645) y el alemán Samuel von Pufendorf (1632-1694) comenzó una nueva era en la filosofía del Derecho continental. La fundamentación de Grocio del Derecho natural simplemente en la razón humana, exista o no Dios, o no se preocupe de los problemas humanos²¹ fue el punto de partida del racionalismo en Derecho. El éxito de su obra fue, además de en los Países Bajos, excepcional en el área de lengua alemana (de hecho, vivió algún tiempo en lo que hoy es Alemania). Y para estos autores, casi todo el Derecho podía ser deducido de ciertos axiomas racionales²².

Aplicando tales ideas al ámbito que nos concierne, igual que existía el axioma «conforme a Derecho», debía existir el axioma «contra Derecho» o *iniuria*, y del mismo podían ser inferidos sus efectos criminales y civiles.

Grocio empleó la palabra *iniuria* en su obra más importante, ya mencionada, pero no trató el asunto que nos interesa²³. A pesar de ello, en su Introducción al Derecho de Holanda dedica algunas páginas a las fuentes de las obligaciones e incluye el delito entre ellas²⁴. Desde su punto de vista, «El delito es un hacer o dejar mantenerse un estado de cosas como estaba, cuando no está autorizado por su propia naturaleza o por una ley»²⁵, y «Del crimen pueden surgir dos obligaciones: por un lado, la pena; por otro, la indemnización del daño». A partir de estas líneas, se ha llegado a afirmar por la doctrina holandesa contemporánea que Grocio ya tenía en mente el concepto de antijuridicidad, que supuestamente fue copiado por Domat y Pothier²⁶.

En cualquier caso, el primer autor en siglos que dedicó algunas líneas al término *iniuria* fue Pufendorf en su trabajo *Elementorum juris-prudentiae universalis libri duo* (primera edición, 1660)²⁷. En I, XVII, VI se pregunta *Iniuria quid proprie* («¿Qué es propiamente la antijuridicidad?»), respondiendo en el siguiente párrafo (VII) que *Ad injuriam quoque proprie dictam requiritur, ut ex proaeresi ea processerit*; o sea, «Hablar propiamente de antijuridicidad requiere también que ésta provenga de una libre elección moral». Por tanto, no es antijurídico causar un daño por caso fortuito, añadiendo el autor algunos ejemplos, y

²¹ *De iure belli ac pacis libri tres*, Buon, Parisiis (1625), Prolegomena: «etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana».

²² Es ilustrativo que PUFENDORF (v. n. 27) dedique el segundo libro de su obra a dos axiomas y a las conclusiones que se derivan de ellos.

²³ V., no obstante, libro I, I, núm. 10.

²⁴ Empleó la palabra *misdaet* (holandés actual: *misdaad*), aunque el vigente Código penal holandés prefiere la palabra *misdrif*. V. *Inleydinge Tot de Hollandtsche Regts-geleertheyt*, Bouman, Amsterdam (1652), III, 32.º, p. 228 (edición original: 1631).

²⁵ Traducción libre. Original: «Misdaet is een doen ofte laten zijnde uit sig selen, ofte door eenige wet ongeoorloft».

²⁶ HARTKAMP/ASSER: *Verbintenissenrecht, Verbintenis uit de wet*, 12 d., Kluwer, Deventer (2006), pp. 8 y 9.

²⁷ La edición usada aquí es la de J. Meyer, Francofurti et Jenae (1680), pp. 307 a 309.

haciendo finalmente la distinción tradicional del *Ius Commune* entre *culpa lata, levis y levissima*.

Muchos otros filósofos del Derecho pertenecientes a la escuela racionalista siguieron la estela de Pufendorf. Entre ellos merece ser destacado Christian Thomasius (1655-1728), que también afirmaba que «*Iniuria* es lo opuesto al Derecho y la obligación, porque quien usa de su derecho no causa *iniuria* a nadie. Y de la *iniuria*, es decir, del rechazo del Derecho cuando alguien debe actuar de otra manera, surge un acto ilícito contra una justa obligación»²⁸.

El último filósofo del Derecho destacado que se va a mencionar aquí es Christian Wolff (1679-1754), conforme al que «Se llama *iniuria* a la violación del derecho perfecto de otro, de lo que se deduce que es meridianamente claro que la *iniuria* está prohibida y naturalmente va contra el Derecho», y en el siguiente párrafo añade que «*Dañar a otro* es ya infringir su derecho perfecto, ya causarle un acto ilícito; por tanto, *todo daño significa iniuria*»²⁹ (las cursivas son del original).

Por otra parte, los autores del área germánica comenzaron a explicar el Derecho positivo sobre diferentes bases y método. Esto supuso el surgimiento del llamado *Usus Modernus Pandectarum*, cuya principal característica fue «la superación de la llamada “recepción teórica”» (del *Ius Commune*), que mantenía la convicción de que el Derecho romano tenía validez general en el Imperio de la Edad Media como consecuencia de la *translatio imperii*³⁰ (transferencia de la autoridad del Imperio romano al Sagrado Imperio romano, regido por los pueblos germánicos). Ahora las únicas fuentes del Derecho eran la razón humana y el poder del emperador³¹.

Con todo, se puede observar con facilidad que tanto los filósofos del Derecho como los autores centrados en el Derecho positivo, aunque apelaban a la razón natural, tomaron el concepto de antijuridicidad de los textos del Derecho romano. Los escritos del Derecho racionalista ya mencionados están llenos de citas del Derecho romano, el que estos autores conocían muy bien, aunque normalmente no citaban la fuente en sus trabajos. Así, p. ej., en el campo

²⁸ *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 4.^a ed., Salfeld, Halae & Lipsiae (1748), I, V, § XV, p. 148. Primera edición de 1705.

²⁹ *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Officina Rengeriana, Halae & Magdeburgicae (1768), I, IV, §§ 87 y 88, pp. 43 y ss. Edición original: 1750.

³⁰ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auf., Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen (1967), p. 206.

³¹ V. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 4. Auf., C.F. Müller, Heidelberg (1982), pp. 53 y ss.

de la responsabilidad civil, Thomasius escribió un pequeño libro titulado *Larva legis aquiliae, detracta actioni de damno dato*³².

Lo dicho anteriormente se confirma echando una ojeada superficial a los autores que trataron el Derecho penal y la responsabilidad civil. Sus exposiciones estaban basadas, por una parte, en la nueva filosofía del Derecho, de manera que, poco a poco, el requisito de la *iniuria* se convirtió en esencial para definir el delito y la acción de daño extracontractual; y, por otra parte, en los textos del Derecho romano.

En estas líneas es imposible tratar esta evolución con detalle. Por ello, haremos un examen rápido de algunos de los autores más importantes, especialmente aquellos que muestran la evolución mencionada más claramente. Además, ha de tenerse en cuenta que a veces el aspecto penal y civil de una acción eran tratados conjuntamente, pues ya en Derecho romano el daño era un delito privado.

Como se ha dicho antes, el punto de partida era las enseñanzas del Derecho Común. Así, antes de que las nuevas ideas se extendiesen, Wolfgang A. Lauterbach (1618-1678) afirmaba, bajo el encabezamiento *De Privatis Delictis*, que «*Delictum* [palabra que aquí incluía delito y daño extracontractual] es un evento voluntariamente admitido *contra* la honestidad y el *Derecho*... Requiere (1) un evento... (2) que es voluntariamente admitido, es decir, intencional o culposo; el caso fortuito está excluido»³³. Igualmente, en su trabajo más amplio *Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros*, al tratar el concepto de *iniuria*, lo explicaba poniendo entre paréntesis las palabras «dolo» y «culpa»³⁴.

Pero pronto los autores de Derecho penal y de la responsabilidad civil incluyeron la antijuridicidad como un requisito específico y distinto en el delito y en el Derecho de daños. Veamos unos ejemplos:

– Georg A. Struve (1619-1692) escribió que «*Delictum* en general es un evento ilícito en sí cometido voluntariamente contra una ley prohibitiva»³⁵.

³² Salfeld, Halae & Magdeburdicae (1730), 39 pp. Existe una reciente traducción al inglés y un comentario adicional por HEWETT/ZIMMERMANN (eds.), *Larva Legis Aquiliae: The Mask of the Aquilia Torn off the Action for damage done*, Hart Publishing, Oxford (2000), 68 pp.

³³ *Compendium iuris*, Tubingae, Francofurti & Lipsiae, J. G. Cottae (1697), XLVII, I, p. 649.

³⁴ *Pars prima*, J. G. Cottae, Tubingae (1707), Ad Legem Aquiliam, II, p. 667: *damnum cum facientis iniuria per injuriosam rei corruptionem (Dolo vel culpa) datur*.

³⁵ *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis*, 4.ª ed., Bircknerum, Jenae (1683), III, XXIII, I, p. 523.

– Para Johann G. Heineccius (1681-1741), «En realidad, el daño causado ilícitamente es cualquier disminución de bienes hecha por un hombre libre sin derecho a realizar tal cosa»³⁶.

– Entre los expertos en Derecho penal destaca Johann S. Böhmer (1702-1772), conforme al que «Los delitos son cualesquiera acciones u omisiones *contra las leyes*, voluntariamente admitidas»³⁷.

Cuando los autores del área germánica empezaron a escribir en su lengua materna, tradujeron el término *iniuria* bien como *Unrecht*³⁸ (literalmente, «no Derecho» o «antiderecho»), bien como *Rechtswidrigkeit* o *Widerrechtlichkeit* («antijuridicidad»), aunque probablemente el término más usado hoy día sea *Rechtswidrigkeit*³⁹. Al final de este proceso, el último autor del *Usus Modernus Pandectarum*, Christian F. Glück (1755-1831) escribió que «El daño puede ser causado por una persona cabal mediante la lesión antijurídica (*widerrechtlich*) en la cosa de un tercero. Tal daño antijurídico (*rechtswidrig*)... es llamado *damnum iniuria datum*»⁴⁰.

Entre las legislaciones, la austriaca *Constitutio Criminalis Theresiana*, de 1768, obra influida por Böhmer⁴¹, disponía en su artículo 1, § 1 que «Un delito no es sino un hacer o dejar contrario a la ley» (*gesetzwidrig*); y su artículo 81, § 1 requería en caso de legítima defensa (*Notwehr*) que el ataque fuera contra el Derecho (*widerrechtlich*). La edición oficial de la norma contiene unos resúmenes marginales en latín, y, significativamente, traduce *widerrechtlich* por *injuste*⁴².

Y el *Allgemeines Landrecht* prusiano, de 1794, establecía: «Quien antijurídicamente (*widerrechtlich*) causa daño a otro mediante una conducta voluntaria, comete un delito».

³⁶ *Elementa Iuris Civilis secundum Ordinem Institutionum*, Ianssonio-Waesbergios, Amstelodami (1733), IV, III, § MLXXX, p. 337.

³⁷ *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 3.^a ed, reimpr. de la edn. Halle (1743), 1996, I, II, § XXIX, p. 17.

³⁸ Por ejemplo, la traducción hecha por el propio Wolff de su trabajo previamente mencionado [*Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Rengerischen Buchhandlung, Halle im Magdeburgischen (1754), I, II, § 87, p. 54]; y la traducción al alemán de la obra de Pufendorf *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672 [*Acht Bücher vom Natur –und Völker– Rechte*, F. Knochen, Frankfurt am Mayn (1711), I, VII, § XIV, p. 217].

³⁹ La estructura de los tres términos está tomada del latín, pero traduciendo la raíz latina *ius –iuris* y el prefijo *in*.

Acerca de la influencia del latín legal en la lengua alemana, v. ELSENER, «Deutsche Rechtssprache und Rezeption. Nebenpfade der Rezeption des gelehrten römisch-kanonischen Rechts im Spätmittelalter», en Gernhuber (ed.), *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät* (1977), 47 ff.

⁴⁰ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, vol. 10, 2, Palm, Erlangen (1808), IX, II, § 698, p. 306.

⁴¹ SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Auf., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen (1965), § 172, p. 173.

⁴² *Constitutio Criminalis Theresiana*, reimpr de la edn. Wien (1769), 1975.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, el mismo *Allgemeines Landrecht* (1. Theil, 6. Titel, § 16) consideraba que «El daño casual procedente de una conducta debe ser satisfecho sólo cuando la conducta misma contradice una ley prohibitiva; o cuando el que actúa se ha colocado mediante un comportamiento ilegal (*gesetzwidrig*) en las circunstancias que han motivado la conducta». Igualmente, *Zweiter Theil*, 20. Titel, § 517 señalaba que «Cualquiera tiene la autorización de evitar el peligro de un daño contrario a Derecho (*unrechtmässig*) que le amenaza a él, a los suyos, o a sus conciudadanos mediante los medios de ayuda adecuados a la ocasión»⁴³.

4. EL SIGLO XIX Y LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Por consiguiente, a principios del s. XIX el requisito de la anti-juridicidad en la responsabilidad civil y el uso de los términos *Rechtswidrigkeit* o *Widerrechtlichkeit* (y los correspondientes adjetivos *rechtswidrig* y *widerrechtlich*) estaban ampliamente difundidos entre los autores en lengua alemana⁴⁴. Pero decir que algo es

⁴³ Una evolución mucho más pobre, pero similar, se produjo en España. DE ASSO/DE MANUEL, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, 4.^a ed., imprenta de Andrés de Sotos, Madrid (1786), p. 238, distinguían entre homicidio casual, determinado y justo; «El homicidio *justo* (cursiva del original) es quando alguno mata á otro con justa razon, como defendiéndose, ó vengando el agravio hecho en su persona, ó bienes en el mismo acto».

A la misma tradición responden los primeros Códigos penales españoles. El artículo 621 del Código de 1822 regulaba la legítima defensa dentro del delito de homicidio, según era costumbre en la doctrina española de la época, disponiendo que «No estará sujeto á pena alguna el homicidio que se cometa en cualquiera de los cuatro casos siguientes: Primero: en el de la necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida, ó de la de otra persona *contra una agresion injusta*, en el acto mismo del homicidio, cuando no hay otro medio de repelerla. Segundo: en el de rechazar al *agresor injusto* que de noche invade violentamente ó trata de asaltar ó incendiar la casa, habitacion ó heredad, ó rompe puertas, ó escala pared ó cerca. Tercero: en el defender su casa, su familia y su propiedad, contra el salteador, ladron ú otro *agresor injusto*, que abierta y violentamente trata de robar, incendiar, invadir, ó hacer algun daño á las personas, aunque sea de dia, siempre que no haya otro medio de impedirlo. Cuarto: en el defender la libertad propia ó la de otra persona *contra el que injusta y violentamente trata de quitársela*...». Por su parte, el Código de 1848, de una manera más sistemática, recogió la legítima defensa en la parte general, e incluyó el requisito de que la agresión al defensor fuese «ilegítima» (art. 8.4.º, Primera). Sin embargo, la necesidad de la agresión injusta no llevó al desarrollo doctrinal que provocó en Alemania.

⁴⁴ Una aclaración sobre la terminología en castellano. El término que, desde el punto de vista etimológico, mejor traduciría «*Rechtswidrigkeit*» sería «injuria», hasta tal punto que la palabra alemana surgió para traducir el «injuria» latino. Sin embargo, injuria ha adquirido un significado muy particular en castellano que desaconseja su uso.

Las palabras clásicas castellanas para designar estas situaciones han sido siempre «ilícito» e «ilicitud», mientras que «antijuridicidad» es un neologismo doctrinal reciente. En nuestro idioma, tradicionalmente, lo jurídico ha sido lo referido al Derecho, no lo conforme al Derecho (ej., problema jurídico, estudios jurídicos, etc.). Además, está compuesta de muchas sílabas, lo que es bastante corriente en alemán, pero no en castellano; por ello, se la ha calificado de «feo trabalenguas» [JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, IV,

antijurídico es una afirmación puramente formal –contrario al Derecho– que requiere un contenido material, y ese era precisamente su principal fallo.

Durante el siglo XIX, e incluso antes, los penalistas germánicos tuvieron especial importancia en el desarrollo del término antijuridicidad, sobre todo por el tratamiento de la legítima defensa, pues la doctrina alemana, basada en los comentaristas del Derecho Común⁴⁵, exigía que el ataque que justificaba aquélla fuera antijurídico, que existiera una *iniusta aggressio* u *offensio*⁴⁶; la razón era explicar que no era posible la legítima defensa frente a ataques justificados de la policía, o del propietario que rechazaba un intruso en su finca.

Además, los penalistas intentaron durante todo el siglo XIX estructurar el delito conforme a los principios del racionalismo y, luego, del positivismo. Este estudio sistemático supuso que hacia la mitad de siglo los elementos del delito estuvieran claramente fijados⁴⁷: acción (incluida la causalidad, que ahora se estudiaba de forma profunda), antijuridicidad y culpa (en sentido amplio) aunque la doctrina suele tener por el más importante exponente de esta tendencia a von Liszt⁴⁸. El delito, pues, tenía una parte objetiva –el hecho en sí– y una subjetiva –la intención del autor–⁴⁹. La doctrina actual suele explicar esta división por el positivismo de los autores y su deseo de acomodarse al método de las ciencias naturales⁵⁰. Con todo, no todo se explica por esa razón, sino que también se

2.ª parte, 2.ª ed., Losada, Buenos Aires (1961)], que propuso luego el término «antijuridicidad», que es el que utilizan algunos autores, como MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (2010), pp. 300 y ss.; o PANTALEÓN, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid (1993), artículo 1902, p. 1993].

⁴⁵ En los escritos romanos no existía un apartado dedicado a la legítima defensa, sino diferentes expresiones y ejemplos aquí y allá. V., p. ej., D. 9,2,45,4; D. 43,16,1,27; C. 8,4,1. Por otra parte, el Derecho Común influyó profundamente en la alemana *Constitutio Criminalis Carolina* (1533).

⁴⁶ BÖHMER (n. 37), II, XVI, § CCVI, p. 416.

⁴⁷ P. ej., REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig (1844), reprod. facsímil por Scientia Verlag, Aalen, 1962.

En este proceso es de especial relevancia la obra de FEUERBACH (1775-1833) *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5. Auf. (1822) que fue el manual de Derecho penal más empleado durante la primera mitad del siglo y tuvo gran influencia sobre el Código Penal de Baviera, de 1813. Consideraba que el delito requería «La carencia de causa jurídica que la determine (la acción), porque una acción que está determinada por un motivo jurídico es adecuada a Derecho» (§ 32, p. 33).

⁴⁸ *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10. Auf. (1900); considera ya que el «Delito es el acto culpable contrario a Derecho (*rechtswidrig*)» (§ 26, p. 120).

⁴⁹ Igual, MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Deichert, Leipzig (1888), §§ 23-27 («La voluntad o parte subjetiva del delito») y §§ 28-32 («El hecho o parte objetiva del delito»).

⁵⁰ Así, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4. Auf., Beck, München (2006), § 7, núm. 20; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin (1973), p. 12. En Italia, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Cedam, Padova (1966), pp. 48 y ss.

debe a una primera intuición muy común en cualquiera. Ya en la doctrina penal del Derecho Común era corriente distinguir entre *imputatio facti e imputatio iuris*⁵¹, y todavía en la doctrina anglosajona se distingue entre *actus reus* –aspecto objetivo– y *mens rea* –aspecto subjetivo–.

La función del juicio de antijuridicidad era reconocer una serie de causas que justificaban la acción aparentemente criminal, y así se suele considerar por la mayoría aún hoy. A estos elementos añadió finalmente Beling⁵² la tipicidad.

Desde el punto de vista civil, la evolución legislativa acaba provisionalmente con el Código Civil alemán, de 1896. Los §§ 226 a 228 regulan con detenimiento la legítima defensa, el estado de necesidad y la autoayuda (*Selbsthilfe*); para la legítima defensa se requiere que el ataque sea antijurídico (*rechtswidrig*).

En materia de responsabilidad extracontractual, el § 823.1 dispone que «Quien dolosa o negligentemente daña de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho especial de otro, está obligado a indemnizarle el daño causado». Aunque se ha escrito mucho sobre ello, y hay muy diversas opiniones, desde nuestro punto de vista, la inserción de la antijuridicidad se debe al respeto a la tradición y al deseo filosófico de reafirmar que el acto que daba lugar a responsabilidad civil debía ser contrario a Derecho.

En el ámbito penal, el § 32 del Código penal alemán dispone que «(1) Quien comete un hecho que está permitido por legítima defensa, no actúa antijurídicamente. (2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para evitar para sí o para otro un ataque actual antijurídico».

III. CONTENIDO DEL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD

1. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA O DEL RESULTADO

Ya se ha dicho previamente que decir que antijuridicidad significa contra el Derecho es una afirmación puramente formal. Para llegar a la clave de la cuestión es necesario darle un contenido a esa afirmación.

⁵¹ V. SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA: «La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal», en *Estudios de Derecho penal y criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, II, Madrid (1989), pp. 345 y ss.

⁵² *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen (1906).

Antijuridicidad es un concepto que, en el fondo, constituye un problema de filosofía del Derecho y que, en cualquier caso, puede tener significados muy diferentes. Veamos algunos tomados sólo del Derecho privado.

En muchos países, el causante ha de dejar parte de sus bienes a determinados parientes; para calcular la cuota de cada pariente se tienen normalmente en cuenta las liberalidades *inter vivos*. Imaginemos ahora que una persona de buena posición económica realiza diversas donaciones, pensando que le quedan bienes suficientes para respetar la legítima. Con posterioridad, debido a una crisis económica, viene a una mala situación, de modo que lo dejado a su muerte no cubre la legítima si sumamos el valor de las donaciones. Podríamos decir que el testamento o las donaciones son ilícitas o antijurídicas, pero, desde luego, en un sentido muy distinto de aquél en el que lo hacemos en el Derecho de daños.

Igualmente, podríamos considerar que la posesión de buena fe es una situación ilegal, pero este es más bien un problema de enriquecimiento injusto.

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, lo que se discute fervientemente es si el requisito de la antijuridicidad se refiere a la conducta del agente o al resultado, es decir, al daño.

La doctrina alemana suele fijar el punto de partida fundamental de este debate en la discusión entre un penalista de la segunda mitad del XIX, Adolf Merkel, y Jhering. El debate tiene como trasfondo las distintas concepciones que de la antijuridicidad se iban desarrollando entre los penalistas decimonónicos, y la clasificación de Hegel sobre los distintos tipos de actos contrarios a Derecho.

Siguiendo su famoso esquema dialéctico, piensa Hegel (1770-1831) que «el que una existencia en general sea *existencia* de la *voluntad libre*, es el *Derecho*. Es, por tanto, en general la libertad como idea» (§ 29; tesis); tal libertad se afirma especialmente mediante la propiedad (§ 41) y el contrato (§ 72). Pero si la voluntad particular se opone a la libertad universal nos encontramos ante la antijuridicidad (§ 82; antítesis). Finalmente, el Derecho se reafirma mediante la negación de esa negación, es decir, mediante la pena o la responsabilidad civil (síntesis; § 97: «La infracción acaecida del Derecho como Derecho es, ciertamente, una *existencia positiva*, exterior, pero que *en sí* es nula. La *manifestación* de su nulidad es el aniquilamiento de aquella infracción, que asimismo aparece en la

existencia; la realización del Derecho como su necesidad en sí –*sich mit sich*– interviniente mediante la eliminación de su infracción»⁵³.

En el ámbito de la ilicitud (*Unrecht*), distingue el filósofo idealista entre ilicitud inintencionada (*unbefangen*), fraude (*Betrug*) y delito (*Verbrechen*; § 83). En la primera, propia del Derecho civil, el sujeto no se oponía al Derecho en sí, sino que su voluntad particular creía estar haciendo el Derecho; pone como ejemplo el caso de que dos disputen ante los tribunales por la propiedad creyendo ambos que son propietarios (§§ 84 a 86).

El engaño supone una voluntad particular contraria a la general, pero haciendo creer a la otra parte que su voluntad particular estaba conforme con la general (§§ 87 a 89)⁵⁴.

Finalmente, el delito constituye una voluntad particular que con plena violencia se dirige contra la voluntad general y la particular de otro individuo, y es el auténtico ilícito (§§ 90 y ss.; especialmente § 95); parece, por tanto, que el acto doloso sólo pertenece a la esfera del Derecho penal, y así lo interpretaron bastantes de los penalistas hegelianos⁵⁵.

Pues bien, en 1867, Merkel (1836-1896), con la finalidad de fijar lo que él considera como antijurídico, analiza la postura anterior, rechazándola: «Cuando contraponemos la antijuridicidad civil con la penal, no debemos pensar en una graduación de comportamientos antijurídicos –pues muchas infracciones jurídicas, como, p. ej., la mayoría de los perjuicios patrimoniales, se presentan como ilícito civil y penal– sino en principio en una diferenciación de las consecuencias jurídicas de la antijuridicidad, o lo que es lo mismo, en distintos aspectos de la responsabilidad jurídica que puede fundarse en comportamientos antijurídicos»⁵⁶.

A su juicio, toda antijuridicidad comprende dos aspectos: a) una infracción de la voluntad general objetivada en el Derecho; b) la imputabilidad. «El Derecho se puede definir como un conjunto de mandatos y prohibiciones de carácter jurídico; la antijuridicidad, pues, como una infracción de tales mandatos y prohibiciones. Pero estos mandatos se dirigen a la voluntad del ser humano imputable... Por tanto, la infracción del Derecho corresponde a una infracción del deber por el infractor. Pero solo existen deberes para

⁵³ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie, Berlin (1821); herausg. von Johannes Hoffmeister, Verlag Felix Meiner, Hamburg, 1955.

⁵⁴ El papel de este engaño como algo distinto del ilícito civil nunca ha estado claro para nadie, ni siquiera para los primeros hegelianos, que optaron por incluirlo dentro del delito.

⁵⁵ Recogidos detalladamente por MERKEL: pp. 6 y ss. (v. nota siguiente).

⁵⁶ «Von dem Verhältnisse des strafbaren Unrechts zum Zivilunrechte», en *Kriminalistische Abhandlungen*, I, Leipzig (1867), reprod. facsímil Glashütten im Taunus, 1971, p. 1.

los seres humanos imputables y se miden según sus capacidades. No hay ningún deber de realizar lo imposible para el hombre, de prever y evitar lo inevitable. En consecuencia, no puede haber una infracción jurídica en ese no prever y no evitar».

Evidentemente, la acción de un inimputable perjudica bienes protegidos por el Derecho, pero su valoración tiene que ser exactamente igual que la de los acontecimientos naturales; de lo contrario, «también tendríamos que considerar el viento y la tormenta como sujetos de la antijuridicidad»⁵⁷. Lo anterior, con todo, no implica que no podamos acudir a la legítima defensa u otras acciones para el mantenimiento de estados conforme a Derecho (p. ej., el propietario frente al poseedor de buena fe), porque la posibilidad de estas actuaciones no depende de la culpa ajena⁵⁸.

Unos meses después del mismo año, responde Jhering (1812-1892) a lo anterior en una obrita titulada *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* («El momento de la culpa en el Derecho privado romano»)⁵⁹: «Cualquiera siente la diferencia entre la pretensión del propietario contra el tercero poseedor de buena fe de su cosa y la del robado contra el ladrón. En aquel caso se trata simplemente de la existencia del derecho discutido, sin que el demandante necesite añadir el reproche de una ofensa jurídica consciente y culpable... con otras palabras, el momento de la culpa subjetiva es irrelevante para esta pretensión, que tiene simplemente por objeto la falta de conformidad a Derecho de un estado de cosas en la persona del demandado. Por el contrario, la demanda contra el ladrón descansa esencialmente sobre el reproche de la ofensa jurídica, es decir, infracción consciente y voluntaria de nuestro derecho; el momento de la culpa subjetiva es aquí indispensable, no hay robo sin intención.

En ambos casos se trata de la efectividad del derecho del demandante; por tanto, la sentencia que lo reconoce y lo restablece pone fin a una antijuridicidad en la persona del contradictor, y a mis ojos no existe duda fundada de que en ambos casos se puede hablar de una antijuridicidad (*Unrecht*), para la que se recomienda en un caso la denominación de antijuridicidad objetiva, y para el otro de subjetiva»⁶⁰.

⁵⁷ P. 47.

⁵⁸ P. 50.

⁵⁹ *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867), recogido luego en *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879 (por donde se cita).

⁶⁰ Pg. 159. Jhering añade algunos otros casos de distinción entre injusto objetivo y subjetivo, tomados especialmente del Derecho procesal.

Por otra parte, el autor se remite en nota a la opinión de HEGEL en su *Philosophie des Rechts*. Es sintomático que el ejemplo que emplea para referirse al injusto civil sea precisamente la disputa sobre la propiedad de una cosa (§§ 84 y 85). De cualquier modo, la doctrina actual discute si, en verdad, la concepción de Jhering sigue la de Hegel.

El debate continúa hoy, aunque la doctrina penal alemana defiende casi unánimemente que la antijuridicidad se refiere a la conducta⁶¹. Por el contrario, los civilistas están divididos, pero la mayoría mantiene la opinión de que la antijuridicidad se refiere al daño, al resultado, pues la antijuridicidad de la conducta no cuadra con la redacción del § 823 BGB, ya que ese punto de vista tiene que incluir el dolo y la negligencia –que ya aparecen mencionados en el precepto– en la antijuridicidad. Además, reduce las posibilidades de defensa de la persona que puede ser dañada: frente a una conducta diligente sería imposible la legítima defensa o una acción negatoria o de omisión (*Unterlassungsanspruch*; § 1004 BGB, que regula la llamada pretensión de omisión, en virtud de la cual el propietario puede exigir la omisión de cualquier actividad que perturbe su derecho, con independencia de la negligencia o diligencia de la conducta del agente). En la doctrina latina se han asimilado al caso del BGB los llamados interdictos de obra nueva y obra ruinoso, que –se dice– tampoco dependen propiamente de la diligencia o negligencia del demandado⁶²; por el contrario, cuando el propietario puede reclamar la omisión de una conducta o la modificación de cierta situación, el resultado de la conducta, la situación, es siempre antijurídica⁶³.

⁶¹ BAUMANN/WEBER/MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. Auf., Gieseking, Bielefeld (2003), § 16, núm. 11; KÜHL: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auf., Vahlen, München (1997), § 3, pp. 3 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, 5. Auf., Gruyter, Berlin-New York (1996), § 8, 217 y ss.; ROXIN (n. 50), § 10, núms. 88 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LECKNER, *Strafgesetzbuch*, 26. Auf., Beck, München (2001), Vorbem §§ 13 ff., núm. 49; STRATENWERTH/KUHLEN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Auf., Vahlen, München (2011), § 7, núms. 14 y 21 (pero sólo para el ilícito penal); ZIELINSKI: (n. 50), *passim*.

También dominante en España, aunque en menor medida: LANDECHO/MOLINA: *Derecho penal español, Parte General*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid (2010), p. 246; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J. M. Bosch, Barcelona (2001), *passim*.

Otros autores, con ánimo conciliador, consideran que en todo delito existe una antijuridicidad del daño y una antijuridicidad de la conducta: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona (2008), pp. 165 y 166; MUÑOZ CONDE (n. 44), pp. 303 a 305; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Nomos, Baden-Baden (2011), núm. 7; WESSELS/BEULKE: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 41.ª Auf., C.F. Müller, Heidelberg (2011), núm. 15. Sin embargo, esta postura tiene que explicar entonces para qué sirve la tipicidad y por qué se califica de antijurídicas a dos cosas distintas.

⁶² CIAN (n. 50), p. 114.

⁶³ P. ej., GRUNDMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Beck, München (2007), § 276, núm. 19; KATZENMEIER, *Anwaltskommentar BGB*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn (2005), § 823, núm. 99; WAGNER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2004), § 823, núms. 12 y ss.

Este punto de vista tiene su base en la redacción del § 1004 BGB en relación con el § 904. El primero dispone que «(1) Si la propiedad es perjudicada de modo distinto a la privación o retención de la posesión, el propietario puede exigir del perturbador la eliminación del perjuicio... (2) La pretensión está excluida cuando el propietario está obligado a soportarla». Por su parte, el § 904 establece que «El propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la influencia de un tercero sobre la cosa, cuando la influencia es necesaria para evitar un peligro y el daño amenazante es comparativamente mucho mayor. *El propietario puede exigir indemnización de los daños que se le hayan causado*».

En segundo lugar, los autores germanos⁶⁴ se basan también en el equivalente al artículo 32 de nuestra Ley de Competencia Desleal, que no hace depender las acciones declarativa, de cesación, de remoción de los efectos y de rectificación del dolo o negligencia del agente. Éstos sólo son necesarios para que se de lugar a una indemnización de daños y perjuicios (art. 32.5.^a LCD). De ello se derivaría que las primeras acciones citadas dependerían exclusivamente de la antijuridicidad objetiva del acto, independientemente de la actitud del agente.

Una opción intermedia, que proviene de von Caemmerer⁶⁵, distingue la antijuridicidad del resultado para los casos típicos del § 823.I BGB, que provoca lo que llaman daños inmediatos, y la antijuridicidad de la conducta, que provoca los llamados daños mediatos, que son los ocasionados mediante la infracción de las llamadas normas de protección de una ley que no protege los daños considerados típicos (§ 823.II BGB)⁶⁶. La ventaja de esta diferencia es que permite ejercitar la acción negatoria o de omisión en los casos típicos del § 823.I independientemente de la actitud del agente.

En otros países en que se ha planteado la cuestión de la antijuridicidad, la doctrina y la jurisprudencia siguen el modelo alemán sólo en cierta medida.

Empezando por los países cuyos Códigos civiles requieren antijuridicidad, pero cuyos redactores no se plantearon detenidamente el problema de su significado, en Austria el punto de vista del autor más importante en esta materia es que la antijuridicidad se refiere a la conducta porque «antijuridicidad no significa sino la valoración de que hay una infracción de una norma. Y solo los seres humanos pueden actuar contra las normas legales, en la medida en que ellos son los únicos destinatarios de las normas»⁶⁷.

En Suiza la actitud preponderante parece ser que la antijuridicidad se refiere al daño, aunque el asunto es muy discutido y las conclusio-

La antijuridicidad de la conducta es defendida especialmente por doctrina relativamente antigua, p. ej., por NIPPERDEY, «Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht», *NJW* (1957), II, pp. 1777 y ss., especialmente p. 1778; ZIPPELIUS: «Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg», *AcP*, t. 157 (1958/59) pp. 390 y ss.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Klostermann, Frankfurt a. M. (1966), *passim*.

⁶⁴ DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auf. Carl Heymanns, Köln-Berlin, etc. (1996), pp. 203 y 204.

⁶⁵ «Wandlungen des Deliktsrecht», en *Gesammelte Schriften*, I, Mohr Siebeck, Tübingen (1968), recogido especialmente en pp. 543 y ss. A su vez, se apoya para ello en la opinión de VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 2, Duncker & Humblot, München y Leipzig (1918), § 88, VI, pp. 476 y ss.

⁶⁶ Así, entre otros, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 5 Auf., Vahlen, München (2010), núm 1241; LÖWISCH, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Sellier/de Gruyter (2004) § 276, núm. 12; MEDICUS/LORENZ: *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 15. Auf., Beck, München (2010), núm. 1175.

⁶⁷ KOZIOL, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, J. Sramek, Wien (2010), par. 6/3, p. 172.

nes un tanto confusas⁶⁸. Así, p. ej., el Tribunal Supremo Federal ha afirmado que «Por tanto, la causación de un daño es antijurídica cuando infringe un deber legal ya porque un derecho absoluto es violado (antijuridicidad del resultado), ya porque se ha provocado un daño puramente económico mediante la violación de una particular norma de protección (antijuridicidad de la conducta). Antijuridicidad significa una objetiva violación de una norma, y no se da cuando hay una causa de justificación» (23 de noviembre de 1990, BGE 116, Ib, 367; similar, 18 de marzo de 1993 BGE 119, II, 127).

En Holanda, el último país de Europa occidental que ha incluido la antijuridicidad en su legislación, los redactores se enfrentaron directamente al problema antes de la promulgación de libro 6 del Código civil, y la estimación general es que «Sólo una conducta inadecuada es antijurídica y puede dar lugar a responsabilidad conforme al artículo 6:162»⁶⁹, haciéndose hincapié en que la opinión contraria «llevaría al absurdo de que todas las lesiones y daños en las cosas fueran antijurídicos»⁷⁰.

Por el contrario, en Portugal, sin duda alguna, el término *ilícitamente* fue incluido pensando en el resultado, ya que el legislador

⁶⁸ Los autores utilizan aquí una terminología distinta, distinguiendo entre antijuridicidad objetiva (resultado) y subjetiva (conducta). La primera es mantenida, p. ej., por HONSELL: *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4. Auf., Schulthess, Zürich (2005), § 5, núms. 1 y ss., que considera el daño siempre antijurídico excepto cuando existe una causa de justificación; el mismo punto de vista es compartido por OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol I, 5. Auf., Schulthess, Zürich (1995), § 4, núm. 9, y WERRO: *La responsabilité civile*, Schulthess, Zürich (2005), núms. 291 y 326. La opinión contraria es defendida por SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Auf., Stämpfli, Bern (2003), par. 50.04, p. 305, con los argumentos de que tiene la ventaja de que protege no solo los derechos de propiedad, sino también el daño puramente económico, y que hace posible establecer un límite a la responsabilidad mediante la introducción de determinados deberes de cuidado; similares, BREHM: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Obligationenrecht*, vol. VI, 1; 3, 1, 2. Auf., Stämpfli, Bern (1998), artículo 41, núm. 33, pp. 18 y ss.; WIDMER, «Function and Relevance under Swiss Law», in Koziol (n. 5), 116, apelando así mismo a la estructura semántica del artículo 41 OR en comparación con el Código civil italiano; STÖCKLI, «Notizen zur Widerrechtlichkeit», en Niggli/Hurtado/Queloz (eds.), *Festschrift für Franz Riklin*, Schulthess, Zürich (2007), pp. 227 y ss., arguyendo que el problema del daño puramente económico no fuerza a aceptar una concepción objetiva de la antijuridicidad. Dubitativo, SCHNYDER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht*, I, 3. Auf., Helbing & Lichtenhahn, Basel (2003) artículo 41, núms 30 y ss, pp. 329 y s.

⁶⁹ KORTMANN, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Kluwer, Deventer (2006), p. 22. Fue igualmente la intención de los redactores del Libro de Obligaciones, quienes dejaron escrito que «En el proyecto, como en el existente Código holandés de 1838, la antijuridicidad es considerada una calificación de la conducta» [*The Netherlands Civil Code. Book 6, The Law of Obligations, Draft text and commentary*, Netherlands Ministry of Justice (1977), 6.3.1, p. 378].

⁷⁰ ASSER/MIJNSEN/VAN DAM/VAN VELTEN, *Goederenrecht. Zakelijke recht*, 14 d., Kluwer, Deventer (2002), pp. 37 y ss. En el mismo sentido, JANSSEN, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, 2 d., Kluwer, Deventer (2009), núm. 12, p. 23; SCHUT: *Onrechtmatige daad*, Kluwer, Deventer (1997), p. 58; VAN WORKUM/ARETS, *Arrestenbundel HBO Rechten*, Kluwer, Deventer (2007), NJ 1996, 403, p. 788. Dubitativo y crítico, SPIER, «Wrongfulness in the Dutch Context», en Koziol (n. 5), pp. 87 y ss.

pretendió proteger sólo ciertos bienes mediante la responsabilidad extracontractual⁷¹. Pero según la doctrina actual su sentido es referirse al comportamiento del sujeto, basándose en la razón que «si el agente actuó conforme a las reglas del tráfico, parece incorrecto considerar presente la ilicitud (incluso en el caso de que no haya ninguna causa de justificación) simplemente porque el comportamiento llevó al resultado, como en el ejemplo del conductor de un tren que, conduciendo correctamente, mata a un suicida que se arroja a las vías férreas»⁷².

Partiendo de una perspectiva completamente distinta, los redactores del *Codice civile*, al elaborar el artículo 2043, que requiere un *danno ingiusto*, estaban pensando en las causas de justificación; esto resulta absolutamente claro cuando se lee la *Relazione del Guardasigilli*⁷³. Sin embargo, el problema de la antijuridicidad ha cambiado hoy día en Italia, y su estudio se refiere a qué clase de daños pueden desencadenar responsabilidad⁷⁴.

2. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIAS ESPAÑOLAS

Si bien durante un largo período nuestra doctrina ha aceptado sin demasiados problemas el requisito de la ilicitud o antijuridici-

⁷¹ Esto queda corroborado si se lee a ANTUNES VARELA, *Rasgos innovadores del Código civil portugués de 1966 en materia de responsabilidad civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid (1971), pp. 32 a 35. João de Matos Antunes Varela (1919-2005) fue Ministro de Justicia desde 1954 a 1967 y el principal promotor del nuevo Código Civil portugués, tomando parte activa en el proyecto de Código. Todavía a favor de la ilicitud del resultado, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra (2001), pp. 513 y ss.

⁷² TELES DE MENEZES LEITÃO: *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra (2000), pp. 257 y ss.

⁷³ En ella se dice literalmente que con la *ingiustizia* del daño «se deja más claro que en la norma del Código civil de 1865 que culpa y antijuridicidad son conceptos diferentes; y, por tanto, se requiere que el acto o la omisión, para ser fuente de responsabilidad, debe ser doloso o culposo, esto es, imputable, y debe ser llevado a cabo mediante un daño a la esfera jurídica de otro. No habrá responsabilidad cuando el daño es causado en legítima defensa porque quien actúa en tal situación tiene el poder de defender su propio derecho frente al agresor; el daño causado en tal situación no puede ser calificado de injusto. En otras palabras, hay antijuridicidad cuando se lesiona, sin justificación, la esfera de otro». Citado siguiendo a ALPA, «Danno ingiusto e ruolo della colpa. Un profilo storico», *Rivista di diritto civile*, 36-II (1990), p. 154.

⁷⁴ CIAN/TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice civile*, Cedam, Padova (1981), artículo 2043, pp. 865 y ss.; BUSNELLI/COMMANDÉ, «Wrongfulness in the Italian Legal System», en Koziol (n. 5), pp. 70 y ss.; INZITARI/PICCININI, *La responsabilità civile. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino (2009), pp. 3 y ss. El cambio se debe sobre todo al accidente aéreo que sufrió el equipo del fútbol Torino el 4 de mayo de 1949, que produjo la muerte de varios de sus jugadores y el consiguiente perjuicio para el club (sentencia de la *Corte de Cassazione* 4 de julio de 1953; *Foro italiano*, 1953, I, pp. 1087 y ss.); hasta ese momento la acción de responsabilidad civil debía tener por objeto la indemnización por daños causados a derechos reales, no a los derechos de crédito. Además, el mismo club sufrió la muerte de uno de sus jugadores en un accidente automovilístico, lo que planteó de nuevo el mismo problema [sentencia de la *Corte de Cassazione* 29 de marzo de 1978; *Foro italiano* (1978), pp. 833 y ss.].

dad como presupuesto de la responsabilidad civil, nunca ha habido acuerdo sobre en qué consiste esta antijuridicidad, y últimamente se rechaza incluso que exista tal requisito.

A) Posturas afirmativas en la doctrina

Como ya se ha dicho, la doctrina suele defender la existencia de este presupuesto, que, para ella, consiste precisamente en la producción de un daño a un bien protegido por el ordenamiento.

Así, Albaladejo incluye entre los requisitos de la responsabilidad civil que el acto «sea *objetivamente antijurídico, ilícito* (en cursiva en el original), es decir, que choque con una norma que proteja el bien dañado. Requisito éste no exigido explícitamente en la ley, pero presupuesto por la misma, al requerir que el acto sea culpable, pues la culpabilidad consiste en que sea imputable y haya sido realizado consciente y voluntariamente un acto *ilícito*. No hay antijuridicidad o ilicitud principalmente cuando se obra en uso de un derecho... por legítima defensa o consentimiento del perjudicado»⁷⁵.

En tono parecido, Lacruz opina que la obligación de reparar «nace de un número ilimitado de conductas atípicas que vulneran una regla tan general como la que ordena *alterum non laedere*...: a falta de tipicidad, todo daño irrogado a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos... ha de ser reparado mientras el agente no proceda en el ejercicio regular y no abusivo de un derecho (y todavía con la debida diligencia) o medie una causa de justificación... La antijuridicidad, entonces, se manifiesta de forma negativa: la juridicidad del acto o la presencia de una causa de justificación pueden, aun habiendo daño, excluir la responsabilidad... Si negásemos su [de la regla *alterum non laedere*] presencia en el trasfondo del ordenamiento, habríamos de aceptar esta otra regla: “es lícito causar cualquier daño a otro, salvo si una regla prohíbe ese daño concreto”»⁷⁶.

⁷⁵ *Derecho civil*, II, 11.ª ed., con la colaboración de Reglero Campos, Bosch, Barcelona (2002), p. 931. Siguen la misma línea LASARTE: *Principios de Derecho civil*, II, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid (2011), pp. 298; y DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia (2003), p. 76.

Sin embargo, ALBALADEJO cambia aparentemente de opinión en la 14.ª ed., Edisofer, Madrid (2011), p. 926, donde señala como tercer requisito de la responsabilidad civil «Que choque con una norma que proteja el bien dañado, es decir que sea *objetivamente antijurídico, ilícito o culpable*, en sentido amplio, o sea, atribuible bien a culpa en sentido estricto (negligencia), bien a dolo del agente (es decir, imputable a éste a título de culpa o dolo)».

⁷⁶ *Elementos de Derecho civil*, II, 1.º, 2.ª ed., J. M. Bosch, Barcelona (1985), p. 502, texto y nota 2. V. también MARTÍN-CASALS/SOLÉ FELIU, «Fault under Spanish Law», en Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer (2005), pp. 239 y 240.

Con todo, el autor que forma más contundente y extensa ha defendido la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil ha sido Busto Lago⁷⁷, para lo que se basa en distintos argumentos:

– Por un lado, es conforme con los antecedentes históricos. Ya la ley Aquilia exigía un *damnum iniuria datum*, e *Iniuriam hic accipimus quod non iure factum est, hoc est contra ius*. Por otra parte, tanto en el proyecto de Código Civil de 1836 y como en el de 1851 había ciertas referencias literales a que los delitos eran acciones ilícitas o prohibidas por la ley, aunque la ilicitud no aparecía expresamente citada en los artículos equivalentes al actual artículo 1902⁷⁸.

– El tenor literal del artículo 1089 CC, que dispone que «Las obligaciones nacen... de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». El autor considera que la primera conjunción «o» no tiene aquí carácter disyuntivo sino valorativo o explicativo⁷⁹.

– «La antijuridicidad es, precisamente, el factor de discriminación que delimita el ámbito de los daños civilmente resarcibles a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual. La respuesta a por qué el paseante carece de acción en relación con los daños ambientales, reside en el hecho de que su interés lesionado no se halla jurídicamente protegido y, por tanto, careciendo estos daños –causados al paseante– de la nota de la antijuridicidad no devienen resarcibles frente, *v. gr.*, al titular de un inmueble cuya fachada manchada por la contaminación producida por la misma fábrica que sí puede reclamar la indemnización de estos daños y perjuicios. Es precisamente el hecho de que se trate de la lesión de derechos o intereses legítimos jurídicamente protegidos –lesión *contra ius*– no justificada –*non iure*– lo que va a discriminar frente a otros daños... no resarcibles. Es, por tanto, el presupuesto de la antijuridicidad el elemento delimitador de los daños resarcibles a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual. Criterio o presupuesto que, a nuestro juicio, no ve alterada su función por el hecho de que la ilicitud se integre en el propio concepto de “daño” que se utilice a efectos de la responsabilidad civil extracontractual, pues siempre serán elementos diferenciables»⁸⁰.

⁷⁷ *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid (1998), especialmente pp. 175 y ss.

⁷⁸ Pp. 180 a 184.

⁷⁹ Pp. 184 y 185.

⁸⁰ Pp. 187 y 188. Cf. BUSTOS PUECHE, «La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual», *La Ley*, 22 de septiembre de 2004, Ref. D-188, p. 3, que dice que «sólo puede hablarse de acto ilícito cuando se ofende un bien jurídico protegido por la norma que se infringe».

– La existencia en nuestro ordenamiento de daños no antijurídicos que producen efectos jurídicos distintos de la responsabilidad civil. Así sucede especialmente con las causas de exclusión de la antijuridicidad, como la legítima defensa.

B) Posturas negativas en la doctrina

En 1981 el profesor Pantaleón defendió una tesis doctoral, inédita, donde consideró inútil la categoría ilicitud en nuestro Derecho de daños. Su postura fue reproducida por Lacruz Berdejo en su obra arriba citada, y desde entonces va ganando continuamente adeptos.

Parte aquel autor de dos presupuestos básicos: nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es típico sino de cláusula general; el artículo 1902 no exige siquiera, para dar lugar a la indemnización, la lesión de un derecho subjetivo u otra situación jurídica del dañado. «Desde las premisas anteriores, es evidente que en nuestro Derecho es imposible afirmar a la vez que la responsabilidad extracontractual exige la antijuridicidad de la conducta del dañante, y que dicha antijuridicidad consiste en la violación de la norma primaria (el art. 1902 sería una norma secundaria) protectora del bien lesionado.

Tampoco parece aceptable la tesis de que la antijuridicidad consiste en la violación de la pretendida norma primaria *alterum non laedere*. Una norma jurídica así... no puede formar parte del ordenamiento jurídico de un sistema económico-social fundado en la competencia, y que permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás.

Restaría la alternativa de fundar el juicio de antijuridicidad, no en el “desvalor del resultado” producido por la conducta del dañante, sino en el “desvalor de la conducta” en sí... Pero la aceptación de esta postura... exigiría demostrar qué necesidad existe de añadir el elemento de la antijuridicidad al elemento de la culpa. Y sobre todo, esta postura, al situar el centro de gravedad del supuesto de hecho del artículo 1902 CC en la conducta del responsable, y no en el daño, contradice la función propiamente resarcitoria del precepto: no se impone al dañante la obligación de indemnizar porque puede serle reprochado haber obrado antijurídicamente, y con el fin de que no vuelva a actuar así, sino porque, dado que el daño es objetivamente imputable a la conducta culposa de aquél, se estima justo que sea él quien lo soporte en vez del dañado»⁸¹.

⁸¹ (N. 44), pp. 1994 y 1995.

Como se ha dicho, a este autor está siguiendo ahora una buena parte de la doctrina⁸².

C) Posturas intermedias

Incluimos aquí a dos autores que partiendo de posturas contrarias, uno de la antijuridicidad de la conducta y otro del daño, llegan a posiciones intermedias que intentan ser conciliadoras.

El primer autor español que intentó tratar en serio el requisito de la ilicitud o antijuridicidad teniendo en cuenta las aportaciones de la doctrina alemana fue Santos Briz: «El concepto de antijuridicidad significa un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta. Ha de diferenciarse del concepto de la culpa, que igualmente representa un juicio de valor, el cual necesariamente presupone una acción antijurídica, pero que versa acerca de si esa acción es personalmente reprochable a su autor. Por ello una acción puede ser antijurídica sin que al mismo tiempo le afecte al agente culpa ninguna, por ejemplo, porque al tiempo de la acción era inimputable»⁸³.

Crítica el autor la doctrina dominante señalando que «El punto de vista del menosprecio del resultado no puede explicar por sí solo la antijuridicidad en todos los casos de infracción de bienes jurídicos por medio de omisiones, por negligencias o por actividades y explotaciones peligrosas admitidas por el ordenamiento jurídico. Se reconoce generalmente que una omisión es antijurídica solamente cuando haya sido la causa de la infracción de un bien jurídico y haya violado el deber de evitar un resultado. El juicio de antijuridicidad no puede referirse entonces en ningún caso al resultado de la omisión»⁸⁴.

«Finalmente, la teoría dominante... no puede resolver satisfactoriamente tampoco los casos en que a pesar de la observancia de la diligencia mayor posible en el hombre se producen infracciones de bienes jurídicos por medio de actividades o explotaciones peligrosas toleradas por el ordenamiento jurídico... Según este criterio infringen antijurídicamente un bien jurídico el maquinista que ve a

⁸² ASÚA GONZÁLEZ, en Puig i Ferriol y otros, *Manual de Derecho Civil*, II, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona (2000), p. 477; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid (2001), pp. 110 a 113; ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (2003), p. 73; MONTÉS PENADÉS, «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “concurencia de culpas”», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson-Civitas, Madrid (2003), p. 2592; PARRA LUCÁN, en Martínez de Aguirre (coord.), *Curso de Derecho Civil*, II, 3.ª ed., Colex, Madrid (2011), p. 889: «el concepto de antijuridicidad no parece añadir nada a los demás presupuestos analizados».

⁸³ *Derecho de daños*, Edersa, Madrid (1963), p. 24.

⁸⁴ P. 26.

un suicida que se arroja a la vía o el conductor que en forma por completo imprevisible arrolla a un borracho, aunque ninguno de aquéllos se halle en situación de evitar el accidente»⁸⁵.

El autor llega a una solución intermedia aseverando que «Sólo puede asentirse a la doctrina dominante sobre el injusto en cuanto ha elaborado y dado importancia al resultado de la acción, a la lesión de intereses. Pero necesita ser complementada basándonos en el conocimiento obtenido de que el juicio de valor acerca de la situación producida, prescindiendo de la existencia de causas especiales de justificación, no puede ser transferido sin más a la acción productora de esa situación. El defecto teórico decisivo de la opinión dominante... está en que al verificar el juicio de antijuridicidad deja enteramente la función determinante de la norma jurídica y sólo se preocupa de cómo ha de valorarse la perturbación habida en el interés reconocido como digno de protección... Por consiguiente, podemos definir la *antijuridicidad* (lo injusto) como la *lesión* (en ciertas circunstancias, también la creación de un riesgo) *de intereses jurídicamente reconocidos* (bienes jurídicos) *por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento*»⁸⁶.

Una de las últimas aportaciones detenidas sobre el asunto que nos ocupa ha sido realizada por Díez-Picazo. Según él, «para plantear definitivamente el problema del concepto de antijuridicidad en materia de Derecho de daños, parece conveniente volver a los planteamientos de los penalistas. En la doctrina del Derecho penal... se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente como contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor. Constituye un lugar común entre los penalistas, que la antijuridicidad no puede contentarse con la descripción externa de las características de un delito..., sino que la tiene que explicar desde su significado valorativo, pues sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa —dice Mir Puig— el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta

⁸⁵ P. 27.

⁸⁶ P. 29, siguiendo a Nipperdey (cursiva del original). V. también *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5.^a ed., Montecorvo, Madrid (1989), pp. 28 y ss. A esta postura se adhiere DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*, Civitas, Madrid (2001), p. 189.

pueda ser considerada peligrosa *ex ante*. A nuestro juicio... la antijuridicidad que es propia del Derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado. Un concepto de antijuridicidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos puede resultar necesario, sólo es posible realizarlo en la medida en que se entienda, como también entienden normalmente los penalistas, que el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de calificación de antijuridicidad»⁸⁷.

Por otra parte, vale la pena recordar que un sector de la filosofía del Derecho moderna niega la posibilidad de la ilicitud dentro del ordenamiento, porque, a diferencia de la mayoría, piensan que no hay una norma primaria que ordena u prohíbe algo, y luego otra secundaria que ordena al juez; según esta corriente, la norma va dirigida exclusivamente al juez, y la producción del resultado lesivo es simplemente un presupuesto de la aplicación de la norma⁸⁸.

D) Jurisprudencia

El TS suele señalar que «es doctrina pacífica y constante, tanto jurisprudencial como científica, la que determina que para una declaración de una responsabilidad extracontractual plasmada en el artículo 1902 del Código Civil, es preciso que concurren los siguientes requisitos: *a*) Una acción u omisión culposa o negligente, *b*) La producción de un daño efectivo y evaluable pecuniariamente, y *c*) Un nexo causal entre dicho acto humano y el resultado dañino» (21 de marzo de 2001, RJ 4747; similar, 23 de mayo de 2006, RJ 3535; 2 de abril de 2004, RJ 1671; 22 de julio de 2003, RJ 5852; 22 de abril de 2003, RJ 3545; 25 de octubre de 2001, RJ 8670; 13 de julio de 1999, RJ 5046; 20 de mayo de 1998, RJ 3379; 3 de diciembre 1997, RJ 8722; 10 de noviembre 1997, RJ 7867).

⁸⁷ *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, V, Civitas-Thomson Reuters, Madrid (2011), pp. 303 y 304. Le sigue, respecto de una edición anterior, MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Las Rozas (2004), p. 270. En sentido también similar, PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada (2002), pp. 259 y ss.

En materia contractual, opina CARRASCO, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid (1989), sub art. 1101, p. 593, que «En el régimen de la responsabilidad contractual han de mantenerse perfectamente separados los juicios de licitud (antijuridicidad) y el juicio de reproche, puesto que, por definición, *el incumplimiento es un resultado injusto*. Yo no creo, contra el parecer de JORDANO, que el juicio de licitud sea coincidente con el juicio de imputabilidad-responsabilidad, de manera tal que el deudor responde *en tanto* incumple, y deja de responder cuando se libera de la obligación por causa sobrevenida no imputable». Añadiendo a continuación que «*La observancia de la diligencia debida no es "licitud" cuando la diligencia fue ineficaz para procurar el cumplimiento*».

⁸⁸ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien (1967), *passim*.

En ocasiones, el TS sustituye los términos «culposa o negligente» del primer requisito por «ilícita». La de 7 de diciembre de 2000 (RJ 9438) señala que «toda responsabilidad derivada de un acto ilícito, según constante y pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: *a)* Una acción u omisión ilícita, *b)* La realidad y constatación de un daño, *c)* Un nexo causal entre ambos requisitos» (en el mismo sentido, 7 de noviembre de 1996, RJ 7913).

Otras veces, se dice, como en la Sentencia de 29 de julio de 2010 (RJ 6946), que «toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y, también, pacífica jurisprudencia exige ineludiblemente los siguientes requisitos:

- a)* Una acción u omisión ilícita,
- b)* La realidad y constatación de un daño causado,
- c)* La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa (¿?) y
- d)* Un nexo causal entre el primer y segundo requisitos». Idénticas, SS de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009/16), 7 de julio de 2005 (RJ 9550), 14 de mayo de 2002 (RJ 4444), 7 de diciembre de 2000 (RJ 9438), 2 de marzo de 2000 (RJ 1304), 17 de noviembre de 1998 (RJ 8809), 29 de diciembre de 1997 (RJ 9602); similares, pero sin la «aclaración» de la culpabilidad, SS de 7 de diciembre de 2000 (RJ 9438), 27 de diciembre de 1996 (RJ 9377), 7 de noviembre de 1996 (RJ 7913). En estos casos, además del discutible aserto del requisito «c)», no se aclara en absoluto en qué se diferencian la ilicitud del primer requisito de la culpabilidad del tercero, pareciendo que quieren decir lo mismo (v. especialmente la Sentencia de 7 de julio de 2005).

Las primeras sentencias que hemos podido localizar en las que se habla de antijuridicidad son las de 10 de octubre de 1968 (RJ 4271) y 25 de octubre de 1968 (RJ 4796), de las que fue ponente el Sr. Bonet Ramón. En ambas se dice «Que para que pueda ser estimada la responsabilidad civil extracontractual, es necesario la concurrencia de diversos requisitos o supuestos integrados por la acción u omisión, la lesión o daño, la antijuridicidad o ilicitud, la culpa del agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta». Como en las sentencias del grupo anterior, se emplea el término ilicitud, al que se equipara el de la antijuridicidad, pero igualmente no se explica en qué consiste.

La descripción más amplia de qué sea la antijuridicidad aparece en la STS de 17 de marzo de 1981 (RJ 1009, ponente Sr. Santos Briz), al señalar que «Que la relación o juicio de antijuridicidad, aludido en la Jurisprudencia de este Tribunal como uno de los requisitos para exigir la responsabilidad civil extracontractual

(SS de 10 y 25 octubre de 1968), no se basa exclusivamente en ser el acto incriminado contrario a una determinada norma jurídica, en el caso concreto a las normas que para el funcionamiento de la instalación fabril exige la normativa vigente, ya que según reiterada doctrina de esta Sala –SS de 25 de marzo de 1954, 11 de marzo y 13 de diciembre de 1971, entre otras– cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia; de ahí que la antijuridicidad, como requisito de esta clase de responsabilidad, no se elimine al presuponer un acto conforme a las normas sino que se integra por faltar al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos; o, desde otro punto de vista, algunos Códigos extranjeros, como el austriaco, el alemán y el suizo y también el italiano y el portugués, identifican la antijuridicidad de una conducta con la ilicitud o injusticia en el obrar, incluyendo en ella no sólo lo que es *contra ius*, sino además lo “no justificado” (*non iure*), y aunque nuestro C. Civ., siguiendo al francés, no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en su artículo 1902, no cabe duda que ha de verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían».

Por tanto, aquí antijuridicidad parece significar negligencia, y lo mismo parece deducirse de otras muchas sentencias que mencionan el mismo requisito (así, 26 de marzo de 2004, RJ 1952; 6 de febrero de 2003, RJ 1075; 18 de marzo de 2002, RJ 2413; 4 de noviembre de 1999, RJ 8860; 7 de octubre de 1998, RJ 7388; 3 de abril de 1998, RJ 1873; 31 de diciembre de 1997, RJ 9195; 25 de marzo de 1996, RJ 2440; 8 de mayo de 1995, RJ 3626; 15 de julio de 1986, RJ 4566; 3 de julio de 1984, RJ 3792; 15 de noviembre de 1979, RJ 3828).

En otras ocasiones se dice que «la antijuridicidad de carácter civil proviene de la prohibición del principio *alterum non laedere*» (STS 28 de febrero de 1994, RJ 1995/686; similares SSTS 18 de marzo de 2002, RJ 2413; 21 de enero de 2000, RJ 225; 12 de diciembre de 1984, RJ 6039), o que «en el tema de la antijuridicidad no se puede ir más lejos del principio *alterum non laedere*» (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 9602).

Excepción aparente a esta jurisprudencia desvaída es la STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2947), que, en un supuesto de absolu-

ción por legítima defensa, señala «la indeclinable necesidad de acreditar, en sede de responsabilidad extracontractual, que el acto dañoso sea antijurídico y culpable»; decimos que es excepción aparente porque no dice qué es la antijuridicidad ni la culpa, aunque se puede suponer que lo que la doctrina penal entiende por ella, de manera que la antijuridicidad se referiría a la conducta por dolo o negligencia, y la culpa a la responsabilidad de los imputables.

Por último, existe una tendencia, influida por la doctrina más reciente, que se muestra escéptica sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. Así, en la STS de 11 de julio de 2002 (RJ 8247) se dice, al hablar de la objetivación creciente de la culpa, que «dicha atenuación culpabilista *e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo*, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un *plus* en la diligencia normalmente exigible» (similar, SS de 20 de junio de 2001, RJ 5065; 2 de marzo de 2000; RJ 1304; 10 de noviembre de 1999, RJ 8055; 18 de mayo de 1999, RJ 4112; 28 de diciembre de 1998, RJ 10161; 25 de septiembre de 1998, RJ 7070; 7 de mayo de 1998, RJ 2142; 29 de diciembre de 1997, RJ 9602; 17 de abril de 1997, RJ 5414; 7 de noviembre de 1996, RJ 7913)⁸⁹.

En fin, se puede concluir que la Sala de lo Civil TS emplea el término «antijuridicidad» solo de vez en cuando (entre las más recientes, 14 de octubre de 2008, RJ 6913; 9 de octubre de 2008, RJ 6042; 10 de octubre de 2006, RJ 6466; 23 de enero de 2004, RJ 1; etc.), especialmente en casos en que el demandado ha cumplido las prescripciones administrativas sobre seguridad, que el Tribunal considera insuficientes para evitar la calificación del acto como antijurídico (p. ej. 12 de enero de 2010, RJ 2011/305: ruido procedente de una fábrica de mármol, que afecta a los vecinos, a pesar de que la fábrica cumplía las normas administrativas sobre ruido; *cfr.* con S de 18 de febrero de 2010, RJ 1286). En cualquier caso, no hace excesivo hincapié en este supuesto requisito, no clarifica la diferencia entre culpa y antijuridicidad, y a veces incluso insinúa que este último no es un elemento de la responsabilidad civil (p. ej. 9 de marzo de 2010, RJ 3787; 11 de julio de 2002, RJ 8247).

⁸⁹ El mismo tono escéptico se manifiesta en las últimas sentencias de que es ponente el Sr. Santos Briz. Así, la de 9 de julio de 1992 (RJ 6273) señala que «el artículo 1902 exige para su aplicación que se acrediten los tres requisitos integrados por la acción u omisión culposa, el resultado dañoso y la relación de causa a efecto entre ambos; a los que alguna sentencia de esta Sala ha añadido los de antijuridicidad de la acción u omisión».

E) Derecho administrativo

El artículo 141.1 LRJAP y PAC señala que «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga la obligación jurídica de soportar de acuerdo con la ley». Y ya desde hace décadas, la jurisprudencia administrativa ha pasado a decir que este daño que no hay obligación de soportar es «antijurídico» (v., entre las más recientes, p. ej., SS de 21 de julio de 2011, dos, RJ 6773 y 6774; 19 de julio de 2011, RJ 2012/638; 7 de julio de 2011, RJ 6236; etc., etc.).

Aunque es difícil de aseverar con seguridad, este modo de expresarse la jurisprudencia administrativa parece tener su origen en la doctrina civil italiana antes expuesta.

3. CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

Como hemos visto, la mayoría de la doctrina civil española y de algunos otros países opina que la ilicitud recae sobre el daño producido. Por su parte, la jurisprudencia suele considerar que la antijuridicidad es la vulneración de la norma «no perjudicar a otro» (*alterum non laedere*).

A nuestro entender, el juicio de antijuridicidad no puede recaer sobre el puro hecho dañoso, tanto por razones filosóficas, como técnicas, como de orden práctico.

– Desde el punto de vista filosófico, es evidente que el Derecho regula relaciones entre seres humanos, y sólo los seres humanos pueden realizar actos antijurídicos, contrarios a Derecho. Si lo antijurídico fuera el daño, tendríamos que considerar como ilícito el causado por una tormenta de granizo, un perro o un oso, lo que contradice la forma de hablar y las valoraciones sociales corrientes⁹⁰.

Ante ello, podría defenderse que hay daños que son indemnizables y otros no, por lo que sí tendría sentido hablar de ilicitud de unos daños y no de otros (y de ahí la interminable discusión de la doctrina italiana sobre el *danno ingiusto* que exige el artículo 2043 del *Codice civile*). Y, ciertamente, podemos pensar en ciertos valores que, de forma incondicionada, en ningún caso, podrían fundamentar una responsabilidad civil. Así, parece que en nuestro Derecho la mera infidelidad conyugal (si no conlleva engaño sobre la

⁹⁰ Con todo, de un modo sorprendente, la SAP Navarra 5 de mayo de 1999 (ARP 1452) aprecia la eximente de legítima defensa en el acto de un pastor que mata dos perros de caza que agredían su rebaño.

paternidad de la prole, v. SSTS de 14 de julio de 2010, RJ 5152, y 18 de junio de 2012, RJ 6849) no puede dar lugar a una indemnización, aunque esto pueda ser ilícito desde otros puntos de vista (así, SSTS de 22 de julio de 1999, RJ 5721, y 30 de julio de 1999, RJ 5726); la razón es, probablemente, no abrir una puerta a constantes reclamaciones indemnizatorias en los procesos de separación y divorcio⁹¹.

Si es verdad que hay desvalores nunca indemnizables, la discusión que planteamos sería puramente terminológica. Es decir, como veremos después, una cosa es que el bien afectado sea valorado positivamente por el Derecho, y otra que de toda afectación a ese bien se derive sin más la responsabilidad civil⁹². Pero es que, incluso desde el punto de vista terminológico, ya hemos visto que es mejor restringir la antijuridicidad a la conducta de los seres humanos.

Aquí aparece la clave de la doctrina de Jhering a la que antes nos hemos referido. Este autor utilizó el mismo término (*Schuld*, «culpa») para referirse a dos fuentes diferentes de la obligación, que tienen diferentes premisas: enriquecimiento y daño. La relevancia del comportamiento de la persona en caso del uso de la cosa de otro y en caso de destrucción de la cosa de otro es completamente distinta. La obligación de devolver la posesión no depende de la valoración de la conducta del poseedor, a diferencia de la obligación de indemnizar un daño.

En contra de la opinión de buena parte de la doctrina alemana de que es un sin sentido que el propietario de un terreno pueda repeler la perturbación de un agresor, y que, al mismo tiempo el agresor tenga el derecho de pisar el terreno ajeno, se puede alegar

⁹¹ Señala FERRER RIBA, «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson-Civitas, Madrid (2003), pp. 1855 y 56, que la razón más importante de esta exclusión «tiene que ver con la interferencia que una acción de daños provoca en los principios que rigen un sistema de separación o divorcio no culpabilístico... En un sistema de estas características, admitir la indemnización de daños por adulterio u otras violaciones graves de deberes matrimoniales supondría regresar a un sistema de culpa por la puerta trasera, aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales y desvirtuar gravemente un principio normativo que ha merecido, aun con algunas reservas, un alto grado de consenso entre los operadores jurídicos».

⁹² Como señala acertadamente ATAZ: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid (1985), pp. 266 y 267, «Es evidente que para que un acto dañoso dé lugar a reparación, debe haber recaído sobre un bien tutelado por el Ordenamiento, pues de otra forma no habría protección; sin embargo, esto es cosa distinta del concepto de culpa, ya que si se pone el punto de vista no en la acción u omisión que calificamos de culposa, sino en el resultado de la misma, no hacemos más que trasladar el tema a otro de los elementos de la responsabilidad civil, como es el daño. Por ello parece que decir que la culpa es un acto que supone la violación de un derecho de otro, si bien puede ser cierto, no resuelve el problema del concepto de culpa, pues no hay forma de saber cuándo se ha violado el derecho de otro (cursiva del original), a no ser que se afirme que éste resulta violado siempre que recibe un daño... Por otra parte, esta tesis es hasta cierto punto el pez que se muerde la cola, porque se sostiene de un lado que la culpa es la causación de un daño injusto; pero si se pregunta por qué el daño es injusto, parece que habría que responder que lo es porque ha sido causado por la culpa de otro».

lo siguiente: el hecho de que alguien sea propietario de una finca y que tenga en principio la facultad de repeler la perturbación de un agresor, no significa que su derecho sea tan absoluto que no pueda ser sometido a una ponderación de valores, porque ningún derecho es absoluto, ni siquiera la vida.

Por ejemplo, si un homicida persigue a un tranquilo paseante, y éste no tiene otra alternativa que pisotear la flores que con tanto cariño cuida el dueño de un jardín, estamos ante un estado de necesidad, y, al menos desde el punto de vista del Derecho español⁹³, no tiene que indemnizar el daño pues no hay antijuridicidad en su conducta y está intentando defender su integridad física, no sus bienes.

Imaginemos ahora que alguien está convencido con buenas razones que cierto trozo de tierra es suyo, y el vecino piensa exactamente lo contrario. Probablemente, ambos están actuando lícitamente cuando atraviesan la disputada franja de tierra.

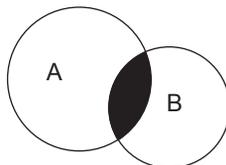
En el fondo, aquí subyace una profunda cuestión de filosofía jurídica. Las normas tratan de hacer la vida social lo más fluida posible, pero hay casos en que es imposible impedir fricciones, incluso desde el punto de vista teórico. La vida social se relaciona con el comportamiento humano y éste, a su vez, con la persona que actúa. Conviene remachar lo que se acaba de decir. Expresado de un modo algo simplificado, podemos decir que la responsabilidad civil presupone que cada ciudadano dispone de un ámbito de libertad. Buena parte de la doctrina parece partir del presupuesto de que la relación entre los ámbitos de libertad de las personas son círculos tangentes, por lo que, desde esta premisa, es lógico que el que se introduzca en el ámbito de actuación de otro causándole un daño, tenga que indemnizarlo como regla general.

Pero lo anterior no es cierto. Debido a la propia vida en comunidad y a las limitadas capacidades del hombre, la relación entre los ciudadanos presupone ámbitos de libertad que son secantes.

Es decir, por mucho que deseemos lo contrario en un supuesto mundo ideal, los ámbitos de actuación de los hombres entran continuamente en conflicto. Cuando analizamos la conducta de, p. ej., «A», lo que comprobamos es si se ha mantenido dentro de su ámbito de libertad concedido por el ordenamiento. Sólo cuando «A» sale de su círculo y causa un daño a «B» aparece la responsabilidad

⁹³ Conforme al § 904 BGB, el propietario sí tiene derecho a la reposición del daño, pero, como se ha dicho acertadamente [MÜNZBERG, «Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage», *JZ* (1967), p. 690], en ningún lugar del § 1004 BGB –regulador de la acción de omisión– se dice que la conducta del agresor en estado de necesidad sea antijurídica; de hecho, al menos cuando se enfrentan la vida y el derecho de propiedad, podríamos decir –desde el punto de vista del Derecho alemán– que estamos ante una responsabilidad objetiva.

civil. Y en esto consiste precisamente la justicia conmutativa que subyace al artículo 1902 CC; el que se excede de su ámbito de actuación ha de reparar el daño que ha causado por ello.



Por el contrario, si «A» no se excede de su círculo activo y a pesar de ello produce un daño a «B» (zona de confluencia) no hay razón, según el principio básico de nuestro Derecho, para imponerle responsabilidad alguna. La justicia conmutativa no consiste en que el que ha causado un daño tiene que indemnizarlo sin más, porque eso supone trasladar artificialmente el daño de un patrimonio a otro. El Derecho no establece la responsabilidad civil porque sí; el daño, por hipótesis, ya ha ocurrido⁹⁴, y es necesario justificar el traslado de ese daño de un patrimonio a otro, y esto ocurre cuando el causante no se ha comportado adecuadamente.

Asunto distinto es si «B», en la zona de confluencia, que está también dentro de su círculo de actividad, puede defenderse frente al daño previsible de «A» (problema del estado de necesidad).

A todo lo anterior se puede oponer que hay casos en nuestro ordenamiento en que existe responsabilidad civil sin necesidad de valorar la conducta del dañante. Así, se ha dicho que «en el Derecho de daños no puede hablarse, en la actualidad, de un concepto preciso de acción o de conducta que pueda formar parte de la teoría general del ilícito. En la mayoría de los distintos regímenes objetivos que hoy conforman el Derecho de la responsabilidad civil no se exige que el sujeto al que el criterio de imputación señala como responsable haya realizado una acción o un comportamiento concreto en cuya realización deba encontrarse la causa del daño»⁹⁵.

En realidad, esto no arguye nada contra lo anteriormente dicho, sino que solamente demuestra que en ocasiones nuestro Derecho prescinde de la antijuridicidad como uno de los requisitos desencadenantes de la responsabilidad. Por otra parte, en la mayoría de los supuestos de responsabilidad «objetiva» sí se exige una acción del responsable (sin nexo causal no suele haber responsabilidad objetiva), pero lo que no se exige es que ésta sea antijurídica.

⁹⁴ FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edn., LBC Information Services, Sydney (1998), p. 5.

⁹⁵ PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 277.

Respecto de la norma de competencia desleal que antes se ha mencionado, precisamente creemos que la propia dicción del artículo 32.5 LCD deja claro que la indemnización de daños y perjuicios depende de una conducta incorrecta del causante y no del resultado⁹⁶. En cambio, las demás acciones que contempla el precepto no dependen de una valoración de la conducta del competidor, sino que el acto de competencia desleal se apreciará «objetivamente» (v. art. 5 LCD). Por eso, en la doctrina alemana se ha dicho que estas acciones tienen una estructura similar a la acción de omisión del § 1004⁹⁷. Y es que, en el fondo, hay un estado de cosas que el legislador considera ideal (norma de valoración, aspecto valorativo o axiológico), pero para imponer una forma de actuar tiene que tener en cuenta las capacidades y limitaciones humanas (aspecto deóntico).

En cuanto a la supuesta regla *alterum non laedere* (D. 1,10,10,1), tampoco se sostiene⁹⁸. De entrada, fácilmente se le puede oponer el brocardo *qui iure suo utitur, neminem laedit* (D. 50,17,55: «Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur»; *eod.* 155,1: «Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur»). Y basta observar que los seres humanos nos causamos continuamente daños unos a otros, sin que ello tenga consecuencia jurídica alguna. Si uno pone un bar enfrente de otro ya existente, es muy posible que los beneficios de este último negocio disminuyan, pero ese daño no es indemnizable (principio de economía de mercado, art. 38 CE); si estoy esperando para pagar el tiempo que he depositado mi vehículo en una plaza de aparcamiento, y la cola es tan lenta que en ese lapso transcurre el salto de un tramo a otro del precio, no puedo pedir a nadie indemnización; si el que me pidió en matrimonio se echa para atrás, tampoco hay indemnización de todos los daños sufridos (art. 43 CC; no se entera, o no se quiere

⁹⁶ En el mismo sentido, DE LA VEGA GARCÍA (n. 86), p. 196, que añade que «Ello se confirma con el hecho de que durante la tramitación de la LCD se intentaron realizar enmiendas al artículo 18.5.º en el sentido de eliminar la expresa mención de la culpabilidad, a lo que finalmente no se procedió para no llegar a un sistema de responsabilidad objetiva». En cualquier caso, es muy difícil afectar a la competencia sin dolo o negligencia de agente.

Para el Derecho alemán, BAUMBACH/HEFERMEHL: *Wettbewerbsrecht*, 19. Auf., C.H. Beck, München (1996), Einl UWG, núm. 339: «El deber indemnizatorio se desencadena mediante un comportamiento contrario a la competencia, y además culposo, sin excepción» (v. también n. 366).

⁹⁷ BAUMBACH/HEFERMEHL (n. previa), Einl UWG, núm. 251a.

⁹⁸ Como dice Díez-PICAZO (n. 87), p. 298, «La alusión, tantas veces repetida, al brocardo o aforismo *alterum non laedere*, resulta enormemente perniciosa e incrementa la confusión».

Proveniente de Inst. 1,1,3: «Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere». Sobre el origen estoico de esta fórmula y su posterior desarrollo a lo largo de la historia, SCHIEMANN, «Das allgemeine Schädigungsverbot: “alterum non laedere”», *Juristische Schulung*, 29 (1989), pp. 345 y ss.

enterar, la STS de 16 de diciembre de 1996, RJ 9020); ni es indemnizable el daño que el profesor causa al alumno al que suspende correctamente; ni el que deriva de recluir a un delincuente en la cárcel; ni que mi hijo se drogue o se case con alguien que me disgusta profundamente, etc.

La defensa de este principio *alterum...*, basada en la idea de que, de no admitirlo, habríamos de aceptar la regla «es lícito causar cualquier daño a otro, salvo si una regla prohíbe ese daño concreto»⁹⁹, se presta a un debate algo complejo.

La regla *alterum non laedere* puede valer en todo caso como norma *prima facie*. Desde la obra del filósofo inglés Willian David Ross (1877-1971), de 1930, la ética contemporánea, especialmente la de origen anglosajón, distingue entre deberes *prima facie* y deberes *all things considered*. Aunque el pensamiento del autor no es del todo claro, analiza en su obra ciertos deberes, que, cuando se consideran todas las circunstancias concurrentes en un caso concreto, resultan meramente aparentes: «Sugiero “deber *prima facie*” o “deber condicional” como una forma breve de referirse a la característica (bien distinta de aquélla de ser un deber propiamente dicho) que tiene un acto por razón de ser de cierta clase (p. ej., el mantenimiento de una promesa), de ser un acto que sería un deber propiamente dicho si no fuera simultáneamente de otra clase que es moralmente significativa. Si un acto es un deber propiamente dicho o deber efectivo depende de *todos* los casos moralmente significativos de los que es un ejemplo»¹⁰⁰. Como supuestos de *prima facie duties* propone los de fidelidad, reparación por algo hecho mal previamente, gratitud, justicia, beneficencia, desarrollo de nuestras propias capacidades, y no causar daños a otros¹⁰¹.

Esta teoría es criticada por bastantes autores, y uno de ellos ha dicho que «Calificar como “deber *prima facie*” cierto acto *individual* es una forma de decir que puede ser descrito como un caso genérico que se considera *prima facie* debido (es decir, respecto del cual se acepta un juicio de deber que funciona a modo de “norma probabilística”). Esta constatación es meramente uno de los pasos preliminares de la deliberación moral»¹⁰². Estamos de acuerdo con esta última constatación, pero ni siquiera aceptamos el carácter de norma probabilística del deber *prima facie* porque el

⁹⁹ V. n. 76 y su texto.

¹⁰⁰ *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford (1930), p. 19.

¹⁰¹ Pp. 21 y 22.

¹⁰² BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: deberes jurídicos y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1991), p. 403. Por su parte, SEARLE, «*Prima facie* obligations», en Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford (1978), p. 84, señala explícitamente que «Haríamos bien en filosofía abandonando la terminología obligaciones y deberes *prima facie*, ya que lleva a confusiones».

deber de «no dañar a otro» no nos parece una norma desde el punto de vista estadístico, ni siquiera conforme a la ética. Ya hemos señalado anteriormente que todos nos causamos daños a otros continuamente, sin que ello tenga la menor relevancia moral (ej., me caso con quien a mis padres no les agrada, o no me caso con quien me voy a convivir; no le compro a mi hijo las carísimas zapatillas de deporte que me pide; no le pago a mis empleados todo lo que a ellos les gustaría, etc.). Ahora bien, no aceptar la regla *alterum non laedere* tampoco significa admitir cualquier daño a menos que esté expresamente prohibido. El proceso de deliberación jurídica es lo suficientemente arduo como para añadirle apriorismos¹⁰³.

– Desde el punto de vista técnico:

Prácticamente todos los autores que defienden la antijuridicidad del daño luego apelan a las llamadas causas de justificación como causas de la exclusión de la antijuridicidad. Ahora bien, si lo antijurídico es el daño, lo es independientemente de la valoración conducta del agente. Es decir, la antijuridicidad del daño trataría de resolernos el problema de qué bienes o valores son protegidos por las normas de responsabilidad extracontractual; cuestión distinta de si el que causó el daño antijurídico tiene alguna causa que justifique su conducta.

Por eso, para que esta postura fuera coherente, tendría que considerar la muerte de otro en legítima defensa como antijurídica, pues si lo antijurídico es el daño, el que agente haya actuado correctamente no elimina el desvalor del resultado (aquí, la muerte de un ser humano). Pero tal postura no se encuentra en ningún autor o sentencia.

Aun más, si hasta que no se produzca un daño no hay antijuridicidad, no podría una persona actuar en legítima defensa o realizar cualquier de las llamadas conductas justificativas hasta que no se produzca el daño. Es decir, el agredido no podría defenderse hasta que el agresor le ha causado un daño¹⁰⁴.

En los casos en que se producen daños para los dos intervinientes en el hecho dañoso, y la responsabilidad es claramente de uno, habría que decir, no obstante, que ambos han causado un daño antijurídico.

¹⁰³ Como dice DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos (1949), pp. 433 y 434, «Justiniano nos ha conservado una colección de *regulae iuris*, base de las diversas colecciones de aforismos jurídicos... Las reglas jurídicas no tienen en sí valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica; son expresiones técnicas o recursos pedagógicos, y las más de las veces cobertura de la pereza del pensar jurídico y signo de decadencia de la ciencia del Derecho».

¹⁰⁴ MÜNZBERG (n. 63), p. 113.

– Desde el punto de vista práctico, la doctrina y jurisprudencia españolas suelen considerar que en nuestro Derecho todos los daños, sean patrimoniales, físicos o psíquicos, son indemnizables¹⁰⁵. Si esto es así, adjetivar de antijurídico el daño no añadiría absolutamente nada; ya tenemos el daño como presupuesto esencial de la responsabilidad civil¹⁰⁶. En todo caso, acercándonos a la doctrina penal, podríamos hablar de bienes jurídicamente protegidos y bienes no protegidos,

En fin, que la regla fundamental desde el Derecho romano es *casum sentit dominus*. Para que se imponga el deber de indemnizar a un tercero es necesaria en nuestro ordenamiento una causa que especialmente lo justifique.

4. LA DOCTRINA DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

A) Consideraciones generales

Una vez rechazada la antijuridicidad del resultado, vamos a tratar en este punto la posible validez de la antijuridicidad de la conducta. Antes de ello, son indispensables ciertas observaciones filosófico-jurídicas.

Fruto del positivismo decimonónico y del complejo de inferioridad frente a las ciencias experimentales, se ha querido ver durante mucho tiempo la aplicación de las normas como un proceso puramente lógico, en concreto, el del silogismo. Dado un determinado supuesto de hecho, aplíquese determinada consecuencia jurídica. Si en el caso concreto se da el presupuesto de hecho, se aplica la consecuencia jurídica.

En términos lógicos:

1. $A \rightarrow B$ (premisa mayor).
 2. A (premisa menor)
 3. B (conclusión).
- [« \rightarrow » = si... entonces]

¹⁰⁵ P. ej., PARRA LUCÁN (n. 82), p. 899; VICENTE DOMINGO, en Reglero (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (2008), p. 310.

¹⁰⁶ Como dice MÜNZBERG (n. 63), p. XVII, «El concepto de la ilicitud objetiva, que al tiempo de su incorporación a la legislación alemana era muy reciente y cualquier cosa menos claro, está en peligro de descender a un concepto jurídico sin contenido, superfluo... Lo que, según la opinión de algunos autores –especialmente en Derecho civil–, de la ilicitud permanece como contenido positivo es simplemente la razón por la que se responde, cuando hay culpa o cuando no es presupuesta por la ley; es decir, no es otra cosa que el daño –material o inmaterial–, lo que es idéntico con el concepto jurídico del daño patrimonial».

En el caso que nos ocupa:

1. Si alguien causa daño a otro mediante culpa o negligencia (A), está obligado a reparar el daño causado (B).
2. Fulano ha causado daño a Mengano mediante culpa o negligencia (A).
3. Fulano debe indemnizar a Mengano (B).

Sin embargo, las cosas no son tan fáciles, porque, como ha puesto de manifiesto buena parte de la doctrina, sobre las premisas de este supuesto silogismo no hay certeza. En el Derecho predomina el razonamiento retórico-dialéctico, cuya finalidad no es la demostración sino la persuasión; es decir, el *entimema* o silogismo dialéctico, que, al partir de premisas sólo probables, sólo puede obtener conclusiones también probables¹⁰⁷. De ahí que haya llegado a decirse que «La práctica del Derecho no es el descubrimiento de la verdad; es el arte de la persuasión»¹⁰⁸ y que «el razonamiento jurídico conlleva la práctica de la argumentación. Las razones dadas para las conclusiones alcanzadas deben ser medidas por su capacidad de persuasión y no por referencia a un verdadero estado de hecho supuestamente establecido»¹⁰⁹.

Imaginemos que un tren que circula a velocidad regular según las normas vigentes choca con un coche que se ha saltado un paso de nivel con barreras, provocándose diversas heridas en el conductor del coche, daños en el coche y daños en el tren. Primero, hemos de decidir si ha habido negligencia del maquinista del tren, pero, aún fijada ésta, no está en absoluto claro si ha de responder, o más bien «pesa» más la negligencia del conductor del coche.

Por otra parte, el conductor del automóvil había padecido con anterioridad una rotura de los ligamentos de la rodilla derecha, que le limitaba la flexión en un 10%. Tras el accidente, el conductor ha quedado completamente cojo, y debe andar con muletas, sin poder flexionar en absoluto la rodilla. Debemos decidir si el daño a indemnizar es la pérdida total de movilidad de la pierna, o a ese daño hay que «descontarle» la lesión anterior; etc.

A nuestro juicio, determinar en última instancia qué permite o no hacer el Derecho es una cuestión de contraposición o ponderación de valores. En todo acto o suceso dañoso se enfrentan como mínimo estos dos: el bien jurídico protegido que ha sido dañado

¹⁰⁷ MONTORO BALLESTEROS, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Universidad de Murcia, Murcia (1986), p. 21.

¹⁰⁸ HUHN «The Use and Limits of Syllogistic Reasoning in Briefing Cases», *Santa Clara Law Review*, 42 (2002), p. 828.

¹⁰⁹ HERMANN, «Legal Reasoning as Argumentation», *Northern Kentucky Law Review*, 12 (1985), p. 507.

(vida, libertad, propiedad, etc.) y la libertad del que llamamos dañante. Sólo a partir de ahí podemos fijar qué es lícito o ilícito.

Cuando se dice que ha lugar a la responsabilidad porque el causante no se ha comportado cuidadosa, reflexivamente, etc., en el fondo estamos comparando la importancia del bien dañado y el grado de restricción o control de su libertad que hubiera debido prestar el dañante.

La ponderación de valores aparece continuamente en las resoluciones del Tribunal Constitucional como medio de solución de conflictos. En el ámbito de la responsabilidad civil se plantea sobre todo a propósito de los conflictos entre la libertad de expresión, por una parte, y el honor y la intimidad, por otra.

Por todo lo anterior, se ha dicho muy autorizadamente que «La Fórmula de la Subsunción se representa mediante un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica, mientras que la Fórmula de la Ponderación lo hace conforme a las reglas de la aritmética»¹¹⁰. Con todo, esto no deja de plantear sus problemas, pues intentar solucionar cualquier conflicto ponderativo supone «dar por supuesto que a todos los valores susceptibles de ser considerados como objeto de un deber moral les cabe ser ordenados – como las rayas de un termómetro– en una escala unitaria»¹¹¹, y precisamente esto es más que discutible.

En consecuencia, realizar esta ponderación de valores es enormemente difícil, y es imposible dar soluciones apriorísticas definitivas a todos los conflictos imaginables, porque las variantes que pueden aparecer son infinitas.

De hecho, porque se trata de una cuestión valorativa, y aunque desde un punto de vista formal la ponderación es igual en materia penal y de responsabilidad extracontractual, los tribunales admiten que la absolución penal no impide la condena en vía civil. Es decir, que la contraposición entre la libertad del sujeto para actuar y la debida protección del bien protegido puede tener un saldo distinto debido a las distintas funciones del Derecho penal y de la responsabilidad civil¹¹². En este sentido, señala la STS de 26 de mayo de 1994 (RJ 3749) que «según doctrina reiterada de esta Sala, la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil, correspondiendo a los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven con plena autonomía, fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió (que no es el caso), lo que

¹¹⁰ ALEXY, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, 16 (2003), p. 433.

¹¹¹ KOLAKOWSKI, citado por Bayón Mohino (n. 102), p. 389, nota 200.

¹¹² *Cfr.* ATAZ (n. 92), pp. 282 y ss.

les permite no sólo valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también apreciar las pruebas obrantes en autos y sentar sus propias deducciones en orden a la finalidad fáctica, sin que la sentencia absolutoria penal, repetimos, vincule a los Tribunales civiles ni prejuzgue su apreciación y valoración de los hechos (ver Sentencias de 30 marzo 1983, 24 febrero 1986, 28 enero 1987, 9 junio 1989 y 6 marzo 1992)». En la misma línea, entre las más recientes, SS de 28 de junio de 2011 (RJ 2011) y 1 de febrero de 2007 (RJ 788).

Por tanto, a nuestro entender, como ya hemos explicado, la antijuridicidad en materia de responsabilidad extracontractual no puede recaer sobre el daño. El Derecho lo único que puede hacer es regular conductas humanas en cuanto éstas pueden provocar efectos dañosos que se consideran indeseables, pero nada más.

Lo anterior no quiere decir que se defienda aquí una concepción puramente imperativista de las normas. La doctrina iusfilosófica actual distingue, junto a normas que prescriben o prohíben, normas que conceden poderes, autorizan, etc. Así, p. ej., el artículo 348 CC, al señalar que «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» no está imponiendo ningún comportamiento, salvo que se defienda la llamada teoría obligacionista de los derechos reales, según la que el contenido del derecho real es sólo la obligación pasiva de los demás de no perturbar al propietario. Otras muchas normas son simplemente imperativos hipotéticos en el sentido kantiano, también llamados normas técnicas, que se limitan a señalar los presupuestos para alcanzar un determinado efecto jurídico; así, el artículo 1875 CC dispone que «... es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad»; como se ve, la norma no impone nada, nadie –como regla general– está obligado a constituir una hipoteca, pero para constituir la es necesaria la inscripción.

Sin embargo, es característico de las normas que determinan la responsabilidad extracontractual el imponer deberes de actuación o prohibir conductas, y sólo la infracción de éstas, unidas al daño y otros requisitos, determinan el surgimiento de la obligación civil de indemnizar.

Por eso, lo que puede ser lícito o ilícito es la conducta del hombre, no el resultado producido¹¹³; ello sin perjuicio de que el resultado, el daño, pueda ser considerado como deseable o indeseable, provechoso o no. En el fondo, en toda norma jurídica sobre com-

¹¹³ En este sentido, en la doctrina civil, toda la obra de MÜNZZBERG (n. 63), y CIAN (n. 50). V., además, para la doctrina penal, n. 61.

portamientos humanos subyace el deseo de proteger ciertos bienes que se consideran valiosos (lo que la doctrina penal alemana llama «norma de valoración», *Bewertungsnorm* –aspecto axiológico–), para lo que, con carácter instrumental, se establecen ciertas conductas que los promuevan o eviten su perjuicio («norma de determinación», *Bestimmungsnorm* –aspecto deóntico–)¹¹⁴.

Lo anterior se ve con toda claridad en el caso de la omisión que determina un daño indemnizable. En tal supuesto, el responsable no ha producido ningún daño desde el punto de vista ontológico. Sólo desde la perspectiva de la norma que determina la conducta humana podemos entender que tal conducta sea *contra ius*.

En consecuencia, la omisión lo es siempre de una acción impuesta por el ordenamiento, que en muchas ocasiones sólo afecta a determinadas personas, pero no a todas; lo que la doctrina penal llama posición de garante (*Garantenstellung*). El padre o tutor responden de los actos causados por los sometidos a su potestad, pero porque sólo ellos están sometidos al deber de cuidar al menor. En teoría, el resto de los seres humanos podrían haber evitado el daño si hubieran vigilado al menor *m*, pero no todos aquéllos responden civilmente de los daños causados por éste.

Y lo mismo sucede en los casos que la doctrina penal llama de omisión en la acción. Si el conductor de un vehículo causa un daño a otro provocando sólo daños materiales, la razón de su responsabilidad no es el mero hecho de provocar el daño, sino la omisión de una conducta que el ordenamiento le ha impuesto: no desviar la atención de la calzada, frenar a tiempo, etc.

Incluso entre los negadores de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad se utiliza como elemento corrector de su amplitud el llamado «fin de protección de la norma»; se responde, no meramente cuando se ha infringido una norma, sino cuando se ha infringido la norma que trata de proteger el bien jurídico en cuestión.

De todo lo anterior se deriva también una conclusión fundamental: Para apreciar si una conducta está permitida o no por el ordenamiento hay que situarse en un momento inmediatamente anterior al hecho dañoso, porque un deber sólo puede referirse a conductas futuras. Se trata de comparar el comportamiento del sujeto con el que debería haber tenido¹¹⁵. De ahí que no convenza la recurrente frase jurisprudencial de que si el sujeto hubiera empleado la diligencia adecuada no se habría producido el daño (así,

¹¹⁴ Por supuesto, la norma puede tener otras muchas funciones: prevención general, prevención especial, educativa, etc.

¹¹⁵ Cfr: MÜNZBERG (n. 63), pp. 11 y 12; 64 a 67. En el mismo sentido, la doctrina penal dominante: MIR PUIG (n. 61), p. 165 y 166; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 690 y ss.

la STS de 28 de enero de 2004, RJ 153, dice que «la concurrencia de culpabilidad... es innegable y se deduce de tal hecho —el daño—, pues de no haber culpa no habría daño»; esto supone situarse en una perspectiva *ex post*, y no justificar qué hizo mal el agente antes del daño para considerarlo indemnizable. Pero lo que hay que analizar *ex post* es si ha habido daño, sin mezclar el análisis del daño con el de la conducta del agente.

Siguiendo el razonamiento, conviene decir que la perspectiva fundamental para analizar la responsabilidad civil es la del dañante, no la del dañado¹¹⁶. Sin embargo, se ha llegado a afirmar que existe nada menos que un «principio general del Derecho, que podría formularse como el *favor victimae* o principio *pro damnato* que... encierra una regla general por que “todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”»¹¹⁷.

No podemos estar de acuerdo con esta opinión. Nuestro Código Civil exige como criterio general para generar responsabilidad dolo o negligencia, y ambos conceptos determinan un examen de qué es lo que debió hacer el causante y qué no ha hecho, no de si el dañado debe o no soportar el daño. Por eso, la antijuridicidad de la conducta, como presupuesto autónomo de la responsabilidad, no requiere la existencia del daño; puede haber perfectamente antijuridicidad sin responsabilidad. P. ej., el padre no cuida adecuadamente a su hijo, pero éste no causa ningún daño; el homicida dispara sobre su pretendida víctima, pero la bala no le alcanza, etc. En el fondo, el surgimiento de la obligación de indemnizar depende de un daño que el hombre no puede controlar totalmente, tiene un cierto componente aleatorio; el conductor que adelanta indebidamente en un cambio de rasante puede no encontrar ningún otro vehículo, o bien colisionar contra uno, que puede ir ocupado por una, dos o más personas. La existencia del daño y su cuantía no dependen sin más de la antijuridicidad de la conducta.

Por eso, frente a la opinión de otros autores más arriba expuesta, hay que afirmar que sí existe una norma primaria que exige al sujeto comportarse de cierta manera, y la infracción de tal norma primaria, unida a otros presupuestos, da lugar al surgimiento de la

¹¹⁶ Lugar común en la doctrina penal respecto de la tipicidad de la conducta, MIR PUIG (n. 61), p. 166.

¹¹⁷ LLAMAS POMBO: «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid (2000), p. 301, donde se remite a Díez-Picazo. A Llamas le sigue MACÍAS CASTILLO (n. 87), p. 272.

norma secundaria que ordena al juez dictar sentencia en un determinado sentido.

Tampoco convence la opinión ya referida de que colocar el centro del artículo 1902 CC en la conducta contradice la función puramente resarcitoria del precepto. La ley puede establecer la obligación de resarcir exigiendo más o menos requisitos, y colocar entre ellos (en la mayoría de las ocasiones) la conducta inadecuada del obligado parece una muy adecuada decisión de política jurídica. Pero ello no empece nada la relevancia fundamental del daño.

B) Negligencia como comportamiento antijurídico

No parece poder dudarse que cuando nuestro Código menciona la negligencia y, a veces, la culpa, se está refiriendo, al menos parcialmente, al comportamiento de una persona y a la calificación que le merece. Si la conducta es negligente, es contraria a Derecho y, por tanto, antijurídica. El principal «pero» que se le puede poner a esta opinión es que la antijuridicidad es entonces un requisito reiterativo. Se volverá sobre ello más tarde (v. punto III.5. Conclusión parcial).

El artículo 1902 CC dice literalmente que se responde cuando hay «culpa o negligencia». Es lugar común en la doctrina señalar que, por supuesto, se responde cuando hay dolo, que el Código omite tal vez porque pensó que toda conducta dolosa que causara un daño era delito¹¹⁸.

Esto tiene visos de verosimilitud, pues tales términos ya aparecían en el Proyecto de Código de 1836, con expresa referencia al Código penal. Su artículo 1855 establecía que «Los delitos, esto es, las acciones prohibidas por la ley, en virtud de las cuales se causa un perjuicio a un tercero, imponen al que las comete la obligación de reparar aquel perjuicio; ya sea reponiendo las cosas, cuando fuere posible, al estado que tenían antes del hecho ilícito, ya indemnizando los daños que no se pudieren reparar de otra suerte. Estas obligaciones se demarcan con más especificación en el Código penal». Y el 1856 disponía que «Los hechos que causan perjuicio a una persona sin estar declarados por delitos, y que no proceden de caso fortuito, sino de culpa o negligencia de otra persona, se llaman cuasi delitos».

Por su parte, el Proyecto de 1851 preveía en su artículo 1900 que «Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algún género

¹¹⁸ LACRUZ (n. 76), n. 229, p. 505.

de culpa ó negligencia, aunque no constituya delito ó falta, está obligado á la reparación del perjuicio ocasionado á tercero»¹¹⁹.

Ante todo, lo que conviene plantearse ahora es qué es esa negligencia a la que se refiere el Código. La verdad es que es un concepto huidizo, como lo muestra el propio artículo 1104 CC, al tratar de definirla en materia contractual. Dice el artículo que «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Pero resulta que diligencia y negligencia son precisamente antónimos; etimológicamente significan elegir bien y elegir mal¹²⁰.

Con todo, algunas pautas sí que se pueden indicar¹²¹:

– Ante todo, como punto de apoyo de la valoración está el modelo de persona que establece el ordenamiento.

El Código apela en ocasiones al modelo del buen padre de familia (*cfr.* art. 1104.II), pretendiendo indicar cómo ha de comportarse el ciudadano. Como es sabido, la expresión procede del Derecho romano, donde *bonus pater familias* designaba simplemente a la persona capaz *sui iuris*.

A nuestro juicio, este modelo responde al de una persona que física y psíquicamente se encuentra en perfectas condiciones, y que es honrada y cuidadosa. Por eso, nuestro sujeto tiene una fuerza física mediana, una inteligencia aceptable, ve y oye bien, sabe leer, etc. Por supuesto, tal sujeto no existe, es sólo un modelo tomado en sus aptitudes físicas y psíquicas de lo que sería la media social en un determinado margen de edad. Y en cuanto a las actitudes psíquicas de comportamiento, es, como se ha dicho, una persona honrada y cuidadosa. Más no se puede decir.

¹¹⁹ De los comentarios de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid (1852), p. 253, queda claro que, para él, la alternativa «culpa ó negligencia» no era en realidad tal (es decir, que «o» no era disyuntivo).

¹²⁰ COROMINAS/PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano hispánico*, II, ed. Gredos, Madrid (1980), voz «Elegir», pp. 551 y 552. Y lo mismo sucede con los términos prudencia e imprudencia, que, etimológicamente, significan conocimiento y desconocimiento, respectivamente.

En opinión de CARRASCO (n. 87), p. 585, «Incluso resulta admisible pensar que el concepto de negligencia que ofrece el precepto va más allá de la propia función vinculada a la responsabilidad obligacional».

¹²¹ De los innumerables ejemplos doctrinales, se cita aquí la enumeración de KOZIOL, «Conclusions», en *idem* (n. 5), p. 134, por ser la conclusión de una serie de ensayos sobre el asunto: la aptitud de la conducta para causar el daño, la previsibilidad del daño, la proximidad entre la persona en peligro y el agente, el conocimiento por el agente de que la persona en peligro confía en su conducta, la asegurabilidad del riesgo de que se trata, los costes de evitar la puesta en peligro del interés protegido y la razonabilidad de tales costes. También se debe tener en cuenta si la protección demanda simplemente la omisión de una conducta peligrosa o incluso el tener que realizar una acción positiva para prevenir el daño».

A pesar de las críticas que a veces se hacen a este modelo de referencia, creemos que sigue siendo válido, porque es el que determina el canon de comportamiento en nuestra sociedad. Si el hombre pudiera correr a 80 km/h, pudiera divisar lo que está escrito a 3 kms, sus reflejos fueran muy superiores –o inferiores– a los que son, si fuera capaz de aprender en un año lo que ahora puede en 20, etc., la sociedad estaría organizada de otra manera y el modelo de comportamiento sería otro.

Por otra parte, el ciudadano ha de comportarse conforme al hombre modelo según el ámbito social en el que actúa. El conductor de un automóvil, como conductor de automóvil, el médico como médico, el arquitecto como tal, etc. Es decir, el hombre puede realizar distintas actividades y funciones en la vida social, y cada función requiere la acomodación de la conducta a ella¹²².

– En relación con lo anterior, como el Derecho trata de regular la actividad de los ciudadanos, presupuesto lógico indeclinable para que haya antijuridicidad es que la conducta exigida sea realmente posible (*ad impossibilia nemo tenetur*). Sin embargo, si pensamos bien, hay muy pocas cosas que sean imposibles de cara a evitar daños a terceros, porque el dañado siempre puede apelar a que, en un momento temporal anterior al daño, el dañante podría haber tomado las medidas precautorias adecuadas para evitarlo. Un hombre no puede, p. ej., levantar una piedra de 500 kgs., pero si

¹²² Señala con acierto CARRASCO (n. 87), p. 613, que «La crítica al modelo p. f. proviene de un defectuoso uso de los instrumentos lingüísticos. “Buen padre de familia” no es un concepto de una determinada diligencia, de manera que al mencionar el concepto tuviésemos dada ya la diligencia de la cual es definición. No es concepto, sino índice (en la terminología lógica), o bien el simple nombre de la diligencia prestable en cada caso. B. p. f. es el nombre de la diligencia prestable, atendidas las circunstancias del caso. De manera que no puede decirse que diligencia b.p.f.=una diligencia del tipo X (que sería distinta de una diligencia del tipo Y); sino: sean X, Y o Z la diligencia prestable al caso=diligencia b. p. f. Siendo nombre o índice, la diligencia b. p. f. no es un criterio de determinación de la diligencia exigible, sino la clase de todas las diligencias prestables en cada caso y según las circunstancias, cuya aplicación se determinó en base a determinados criterios».

Y en relación con la responsabilidad civil de los médicos, indica también ATAZ (n. 92), pp. 239 a 241, que «el criterio objetivo del “buen padre de familia”, recogido en el Código, se transforma en el criterio del “buen profesional” o el “buen técnico de la medicina”. Y tal transformación no supone en ningún caso una “especificidad” del criterio de medida de la diligencia exigida en la actividad profesional, sino que parece más bien una concreción del criterio genérico contenido en el artículo 1.104 del Código civil; lo que en definitiva no es más que la necesaria adaptación de las normas a las circunstancias en que han de ser aplicadas... si además la actividad profesional consiste, como es el caso de las profesiones médicas, en la actuación sobre el cuerpo humano, y de la competencia o diligencia depende o puede depender, la salud o la vida del paciente, debe el médico aumentar su grado de atención a la actividad realizada; y dicho grado de atención aumentará tanto más cuanto más importante sea para la salud o la vida del paciente el acto concreto que se está ejecutando. Claro que esto no quiere decir que crezca la diligencia exigible, pues al determinarse esta mediante un parámetro abstracto, la diligencia exigible será siempre la misma: la necesaria para la correcta realización del acto de que se trate» (las cursivas son del original).

con anterioridad hubiera previsto el evento, podría haber alquilado una grúa para que lo realizara. En materia de accidentes automovilísticos es muy corriente que los tribunales señalen que, si el dañante hubiera conducido más despacio, habría evitado el daño¹²³.

Con todo, el carácter limitado del ser humano en todos los aspectos nos da un indicio de solución de la repetida distinción entre obligaciones de medios y de resultado, que la jurisprudencia aplica también a la responsabilidad extracontractual. Hablando en sentido estricto, el hombre no se puede obligar nunca a un resultado porque no puede controlar todas las circunstancias que rodean su actuar. Para que el hombre pudiera obligarse realmente a un resultado tendría que ser omnipotente y omnisciente.

La distinción entre medios y resultados se aplica con frecuencia a la actividad médica, señalando el TS que en el caso de cirugía paliativa la obligación es de resultado (p. ej., SSTS de 26 de abril de 2007, RJ 3176; 11 de diciembre de 2001, RJ 2002/2711; 11 de febrero de 1997, *obiter*, RJ 940; otras veces se utiliza la expresión «daño desproporcionado» para referirse prácticamente a lo mismo: p. ej., SS de 31 de enero de 2003, RJ 646; 17 de noviembre de 2004, RJ 7238). Pero cualquiera ve que si el médico, el día antes de la operación comprometida, es secuestrado, no responde de ese supuesto incumplimiento; lo mismo si sufre un infarto. Otra cosa distinta es que la otra parte pueda resolver el contrato pactado y que el médico, por tanto, no tenga derecho a la contraprestación. Pero, como ha señalado ya alguna doctrina, esto es solamente una cuestión de riesgo contractual¹²⁴. En realidad, cuando la jurisprudencia señala que la obligación del cirujano paliativo es de resultado está planteando un problema de carga de la prueba. Si determinado tipo de operación no reviste riesgo aparente y sólo en un porcentaje despreciable de casos presenta complicaciones, será el médico el que tenga que convencer al tribunal de que algo sucedió sin negligencia suya para que la intervención tuviera un resultado negativo (v., *obiter*, STS 26 de marzo de 2004, fund. 4.º, RJ 1668)¹²⁵.

– El carácter limitado de las capacidades humanas nos da también el criterio para solucionar los supuestos de error. El error en

¹²³ No obstante, esta manera de razonar, aisladamente considerada, es muy poco convincente. Desde luego, si los conductores manejaran siempre sus vehículos a 10 km/h, se producirían muchos menos accidentes, pero desde Murcia a Barcelona tardarían seis días y no seis horas.

Como ha señalado con frecuencia la doctrina, el establecimiento de exigencias exorbitantes de precaución acabaría paralizándolo la vida social.

¹²⁴ CARRRASCO (n. 87), artículo 1105, pp. 592 y 654.

¹²⁵ Cf. ATAZ (n. 92), p. 259. En contra de este planteamiento DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica: hechos y derecho*, Aranzadi, Pamplona (1996), p. 61, nota 64.

las circunstancias que rodean la producción del daño (lo que la doctrina penal llama error en el tipo) depende de lo que un hombre modelo puede apreciar. Si un policía secreto es perseguido por un delincuente y aquél se intenta refugiar durante la noche en una casa de campo aislada, es posible que el dueño de la casa oiga ruidos y divise confusamente al policía; si, ante sus requerimientos, éste calla –para no ser localizado por el delincuente– es posible que el dueño de la casa dispare sobre él. Hay error sobre las circunstancias de la legítima defensa, pero nadie le puede reprochar nada a nuestro paisano.

– También hay que considerar la probabilidad de que la conducta provoque el daño (que la doctrina llama a veces riesgo de que se produzca el daño). Cuando la probabilidad desciende a niveles ínfimos, la conducta está probablemente permitida a pesar de que se produzca el daño, y de modo independiente de la intención del agente. Así, p. ej., en el recurrente caso escolástico del sobrino que, deseoso de heredar a su tío, lo incita a realizar un paseo con la esperanza de que la tormenta que se avecina descargue un rayo y lo mate; o la persona que dispara una bala verticalmente con la intención de que, al caer por la fuerza de la gravedad, lo haga sobre la persona que tiene a su lado¹²⁶. En cualquiera de los dos casos, aunque se produzca el hecho dañoso, no parece que haya responsabilidad (aunque, volvemos a insistir, como es cuestión valorativa, siempre es asunto discutible).

En esta línea de la probabilidad, a veces las leyes distinguen entre culpa (negligencia) grave o lata y leve, generalmente para hacer responder sólo cuando haya negligencia grave o bien para equiparar ésta al dolo (*cf.* artículo 1366 CC; también frecuente en la Ley de Contrato de Seguro). En estos casos estamos ante un mero cálculo probabilístico entre la acción u omisión y la posibilidad de que se produzca el daño (p. ej., si el padre deja una escopeta cargada encima de una mesa y tiene un hijo de cinco años que luego dispara, su negligencia es grave; si la tiene guardada bajo llave y su hijo es de 15 años, que igualmente la utiliza, su negligencia es leve –v. STS 14 de febrero de 1959, RJ 484–)¹²⁷.

La doctrina añade a veces como elemento para cualificar el grado de imprudencia la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado¹²⁸. A nuestro juicio, esto no es exactamente así. La

¹²⁶ KRAUß, *ZStW*, 76 (1964), p. 45, citado por Münzberg (n. 63), p. 151, nota 303.

¹²⁷ CARRASCO (n. 87), pp. 607 y 608, respecto de la responsabilidad contractual, opina que el artículo 1104 ha acabado con los distintos grados de diligencia: «El modelo de diligencia en el Código civil es hoy el del padre de familia en su grado medio (buen), cuya negación es la culpa leve. La culpa levisísima no se presta nunca; la culpa grave se presta siempre».

¹²⁸ MIR PUIG (n. 61), p. 286.

mayor relevancia del bien lo único que determina es cuál es el grado de restricción de su libertad que tiene que aplicar el posible dañante; fijado éste, clasificaremos la infracción en grave o leve.

– Como las normas suponen una restricción a la libertad del sujeto, punto fundamental es determinar en qué medida ha de restringirla el sujeto actuante, es decir, qué grado de esfuerzo o gasto ha de emplear una persona para evitar los daños que se derivan de su actividad. Cuando los tribunales condenan a RENFE por los atropellos a personas que, a pesar de todas las advertencias, circulan por la vía, en realidad se está presuponiendo que RENFE debe tener valladas todas las vías¹²⁹; es decir, el tribunal determina que ese gasto o esfuerzo es necesario si se quiere evitar la responsabilidad (v. el caso especialmente sangrante de la STS de 31 de diciembre de 1997, RJ 9195, en que unos jóvenes de 16 ó 17 años de edad jugaban bebidos a tumbarse sobre las vías del tren y fueron atropellados).

En la actualidad existe una corriente doctrinal, procedente del mundo anglosajón y encabezada por economistas, según la que todo el cálculo del esfuerzo exigible depende de factores económicos. Tal postura, llevada al extremo, no parece aceptable, pero sí son muy provechosas algunas de sus aportaciones.

Pongamos un ejemplo de esta tendencia doctrinal. Imagínese que alguien realiza una actividad que puede causar daños a terceros, y el peligro del daño disminuye tanto más, cuanto mayores sean las medidas que se tomen para su prevención. Tales medidas tienen un coste, suponiendo, por tanto, pérdidas para el que las lleva a cabo. Igualmente, los posibles accidentes producen pérdidas, que también son valorables económicamente.

Coste de las medidas	Daños por accidentes	Pérdidas de ambos
0	100	100
10	60	70
25	40	65
45	35	75

Conforme a todo lo anterior, podríamos decir que el nivel de diligencia, de esfuerzo exigible, es 25 porque desde el punto de vista global es el que menos pérdidas produce¹³⁰.

¹²⁹ O bien, que se acepta la realización de la actividad, protegiéndose los derechos de los demás, no mediante *property*, sino *liability rules*.

¹³⁰ En el cuadro resulta evidente que el beneficio marginal de cada unidad monetaria no es constante.

El planteamiento expuesto es enormemente discutido, y está sujeto a muchas críticas, la primera de las cuales es que se basa en una concepción filosófica meramente utilitarista.

Aquí sólo queremos destacar un aspecto. El método es especialmente útil cuando se aplica a actividades empresariales en las que el esfuerzo preventivo y el daño se pueden medir en términos monetarios (p. ej., esfuerzo para hacer un edificio sólido que no deba ser abandonado a los cinco años por sus propietarios). Sin embargo, se hace mucho más difícil de aplicar si uno de los términos de comparación no es apreciable en dinero, como cuando está en juego la vida de una persona, o simplemente su libertad de deambular. Y no digamos nada si ambos términos de comparación no pueden sujetarse a la valoración económica. P. ej., cuando yo paseo por la calle y doblo una esquina me puedo tropezar con otra persona y causarle daños; ¿cómo se mide económicamente la restricción de mi libertad y el posible daño físico y psíquico que puedo causar?¹³¹

De hecho, uno de los problemas que tiene planteado en la actualidad la ética es el de la *incommensurability*¹³², en el fondo aplicable a todo el asunto de cuándo un acto es lícito o no.

Por tanto, determinar qué es negligencia supone una difícil ponderación de valores. Pero al menos una cosa está clara: la negligencia implica falta de dolo o intención de causar el daño. Esto es, sean «X», «Y», «Z» y «D» los valores o factores a considerar en la incorrección de una conducta, y sea «D» dolo, hay un problema de negligencia cuando no hay «D» en el caso dado.

En términos lógicos: $N \rightarrow X \wedge Y \wedge Z \neg D$

[«N» = negligencia; «→» si... entonces; «∧» = y; «¬» = no]

De acuerdo con la característica de que en la negligencia no hay intención, ha sido afirmado muy autorizadamente que «la negligencia no es un estado mental, sino una conducta que se encuentra por debajo del nivel considerado o deseable»¹³³. No obstante, hasta esta aseveración ha de ser matizada, sin que afecte al carácter objetivo de la conducta. Toda actividad humana requiere un grado de concentración o, como se prefiere en psicología cognitiva, de atención. Es evi-

¹³¹ No, desde luego, aplicando el llamado Baremo que figura en el Anexo al TR LRCSCVM.

¹³² El término y el problema procede de una cuestión de filosofía de la ciencia planteado por los filósofos americano y austriaco, respectivamente, Thomas Kuhn y Paul Feyerabend. V., además, VEEL, «Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision Making», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), núm. 2, artículo 2

¹³³ FLEMING (n. 94), p. 114; similar, DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota (2000), § 116, p. 275. En España, respecto de la responsabilidad contractual, CARRASCO (n. 87), p. 594. En Italia, CIAN (n. 50), p. 173.

dente que la persona que conduce un automóvil, pasea por la calle, trabaja en una obra, etc., debe prestar un nivel de atención a la actividad que desarrolla. Ciertamente, para unos el esfuerzo puede ser inferior al de otros en orden a lograr el resultado deseado (ahí está el aspecto objetivo), pero toda actividad y todo deseo de evitar un daño requiere un grado de atención. Y la atención o concentración no es una conducta, sino un estado mental¹³⁴. Por eso, el que no presta atención suficiente está actuando negligentemente.

De ahí que buena parte de la doctrina penal repita que la imprudencia supone la infracción del deber objetivo de cuidado¹³⁵.

Por tanto, podemos concluir afirmando que la negligencia es una conducta, pero que presupone también un estado mental. Es lo que explica –desde el punto de vista civil– que se pueda detener un automóvil conducido por un borracho o que se sea responsable civil del atropello de un niño pequeño que ilícitamente invade la calzada de modo fácilmente visible, pero no percibido por el conductor.

C) El dolo¹³⁶

a) *En general*

La inclusión del dolo como elemento de la antijuridicidad de la conducta se debe a algunos autores, especialmente penalistas del primer tercio del s. xx, que observaron que eran imposibles ciertos delitos sin la existencia del dolo; p. ej., la estafa. Pero quien le dio un armazón teórico fue la llamada en Derecho penal doctrina final

¹³⁴ Baste la cita de una autoridad en la materia: Señala KNUDSEN, «Fundamental Components of Attention», *Annual Review of Neuroscience*, 30 (2007), p. 58, que «Para comportarse adaptativamente en un mundo complejo, un animal debe seleccionar, de la riqueza de información que le es accesible, la información que es más relevante en cualquier momento temporal. Esta información es entonces evaluada en la memoria de trabajo (*working memory*), donde puede ser analizada con detalle, se pueden tomar decisiones sobre esa información, y planes de acción pueden ser elaborados. Los mecanismos de atención son responsables de la selección de información que llega a la memoria de trabajo».

¹³⁵ ROXIN (n. 50), § 24, núm. 8; MIR PUIG (n. 61), p. 289; MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 284.

¹³⁶ La distinción de solo dos pretendidos momentos psicológicos en el autor, dolo y negligencia, no responde a la realidad de la persona; por eso, la doctrina penal suele distinguir dolo directo de primer grado y de segundo grado, dolo eventual, imprudencia con representación del resultado e imprudencia sin tal representación. El problema es que nuestro Derecho civil sólo conoce dos formas de antijuridicidad y todas esas actitudes psicológicas –y más que pudiéramos individualizar– han de ser encajadas necesariamente en una de esas dos modalidades. Así, toda persona que se pone a conducir un automóvil sabe que es posible que cause la muerte de otro, se representa y acepta esa posibilidad, pero nadie diría que, por ese solo hecho, existe dolo eventual. MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), p. 711, hace notar con acierto que «Se intenta encontrar un criterio exacto para distinguir dos escalones –imputación subjetiva del resultado (dolo) –imputación sólo del peligro (imprudencia)– donde en realidad hay una *progresión continuada* (cursiva del original). Más que hechos blancos o negros hay una escala de grises».

de la acción, cuyo máximo representante fue Welzel¹³⁷. Aunque esta teoría está en la actualidad desechada, sí se acepta de forma general esta aportación.

La admisión del dolo como elemento del tipo trajo posteriormente como consecuencia que se incluyera también en él la negligencia o imprudencia.

La doctrina civil no se ha preocupado en demasía del dolo, porque parece pensarse implícitamente que lo que hay que indemnizar es el daño, y a estos efectos es igual que se haya producido con o sin intención. Incluso se ha llegado a decir muy autorizadamente que «Los comentaristas coinciden en afirmar –con una afirmación que ha de compartirse– que cuando en las normas definidoras de la responsabilidad civil extracontractual se habla de “culpa”, se comprenden todas las formas de culpabilidad. Comoquiera, además, que los perfiles que definen la citada figura, hacen que ésta carezca de función punitiva, no presenta especial interés en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual establecer diferencias como hacen los penalistas entre el dolo directo y el eventual, la preterintencionalidad, la imprudencia grave y la imprudencia leve. Todas estas figuras, perfectamente definidas por la doctrina del Derecho penal, acarrear importantes consecuencias en punto a la pena que ha de imponerse al autor de un delito o falta... En cambio, en la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido»¹³⁸.

Sin embargo, la intención dolosa tiene una enorme virtualidad en multitud de supuestos, y este «descubrimiento» puede ser considerado como el principal logro de la doctrina alemana de la teoría finalista de la acción:

– Por un lado, no es necesario infringir la norma de conducta negligente para ser responsable (p. ej., conducir a 50 km/h con la

¹³⁷ El primer escrito «Kausalität und Handlung», *ZStW*, 51 (1931), pp. 703 y ss., recogido luego en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Gruyter, Berlin, New York, 1975, pp. 7 y ss. (por donde se ha consultado), pp. 703 y ss.; v. además su obra más general, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª edn., Gruyter, Berlin (1969), *passim*.

¹³⁸ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid (1999), p. 351 [en los *Fundamentos* (n. 87) dice simplemente en p. 253 que «la aplicación en materia civil de las figuras del dolo, del dolo eventual y de la pretereintencionalidad, no es problemática»].

La idea no es nueva. En Francia ya señalaba PLANIOL que «La cuestión de saber si el agente ha cometido el acto ilícito (*faute*) con o sin intención de perjudicar es indiferente» [*Traité élémentaire de droit civil*, 8.º edn., II, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris (1921), núm. 863, p. 275]; dolo y negligencia «son ambos actos ilícitos, ambos obligan de la misma manera a su autor a reparar el daño que ha causado. Parece, pues, que la distinción debería desaparecer, ya no que no se funda en ninguna diferencia práctica» (núm. 827, p. 264).

También escéptico en Alemania sobre el papel de los elementos subjetivos del injusto respecto de la ilicitud, MÜNZBERG (n. 63), pp. 157, 159, n. 316, y 163.

En Austria, opina KOZIOL, «Wrongfulness under Austrian Law», en *idem* (n. 5), p. 17, que «sólo los factores objetivos son decisivos para determinar la antijuridicidad».

intención de atropellar al que atraviesa la calzada sin paso de cebra). Aquí vuelve a aparecer con toda su fuerza la norma de valoración; como lo que pretende el Derecho en última instancia es proteger ciertos bienes, la voluntad de dañarlos determina la responsabilidad independientemente de los medios que empleara el causante¹³⁹.

– Puede ampliar el ámbito de los bienes jurídicos protegidos, de manera que así sea indemnizable un daño que no lo sería en caso de negligencia.

Por ejemplo, en el caso de la promesa de matrimonio (art. 42 CC) no hay derecho a indemnización por daño moral, pero probablemente sí lo habría si se hubiera prometido el matrimonio con la única finalidad de burlarse de la otra persona.

Igualmente, esto puede explicar algunos casos de abuso del derecho del artículo 7 CC¹⁴⁰:

Cuando uno construye una chimenea falsa con la única finalidad de perjudicar al vecino, éste puede pedir una indemnización de daños que en otro caso no podría (conocido caso planteado ante la Cour d'Appel Colmar, 2 de mayo de 1855, *Recueil Dalloz Periodique et Critique*, 1856-II, p. 9)¹⁴¹.

Uno de los autores que defiende que la ilicitud recae en el daño señala que «La respuesta a por qué el paseante carece de acción en relación con los daños ambientales, reside en el hecho de que su interés lesionado no se halla jurídicamente protegido y, por tanto, careciendo estos daños –causados al paseante– de la nota de la antijuridicidad no devienen resarcibles frente, v. gr., al titular de un inmueble cuya fachada manchada por la contaminación producida por la misma fábrica que sí puede reclamar la indemnización de estos daños y perjuicios»¹⁴². El aserto es discutible. Desde luego, sí

¹³⁹ Sin embargo, CARRASCO (n. 87), p. 595, opina que «Del dolo se distinguiría [la culpa] no por la mera infracción de la diligencia –ya que el dolo también lo es–».

¹⁴⁰ El artículo 3:13.II BW establece que «Casos de abuso de derecho son el ejercicio de un derecho con la única intención de dañar a otro...».

La doctrina alemana no ha tenido que acudir a la doctrina del abuso del Derecho, sino que le ha bastado tener en cuenta el dolo del autor del daño. De hecho, en materia de responsabilidad extracontractual, establece el § 826 que «Quien dolosamente causa daño a otro de forma contraria a las buenas costumbres está obligado a la indemnización a ese otro». En el Derecho italiano, véase el artículo 833 *Codice* y CIAN (n. 50), p. 172.

¹⁴¹ En esta línea, la AP Cuenca 16 de enero de 2004 (JUR 53910) señala, respecto de una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, que «si las ventanas miran a un muro de mayor altura que la pared en la cual están abiertas las ventanas, sin posibilidad de fiscalización del predio ajeno, sería claramente antijurídico obligar al demandado a la clausura de las ventanas cuando no se produce ningún beneficio a la contraparte, ya que el fin de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas es proteger la intimidad del propietario de la finca ajena a los actores. El artículo 7.2 del Código Civil establece que la Ley no ampara el abuso del derecho».

¹⁴² BUSTO LAGO (n. 77), p. 187.

puede un paseante demandar los daños que le causa la aspiración del humo tóxico de una fábrica.

En cuanto al posible perjuicio estético, la razón de que no se indemnice es que el ordenamiento considera más importante el que cada uno haga lo que le venga en gana (especialmente, edificando como más le guste) que otra persona sufra unos supuestos daños estéticos. Como dice una autora, «¿En base a qué criterio se puede hacer primar la estética de un vecino frente a la de otro para prohibirle realizar un determinado tipo de construcción?»¹⁴³.

Precisamente, en la doctrina alemana (y también española) se discute, a propósito de la acción negatoria, si el dueño de una vivienda puede pretender con éxito que cese una inmisión «ideal» (también llamada «inmaterial», «psíquica» o «moral»), entre las que se incluye el perjuicio estético de la vivienda cercana [así, una fea fachada que afecta también a la estética de la fachada vecina, sentencia del Oberlandsgericht de Celle, *NJW* (1953), p. 388]¹⁴⁴. En general, la jurisprudencia de aquel país se opone. Sin embargo, es famosa la sentencia del Amtsgericht de Münster [*NJW* (1983), p. 2886]¹⁴⁵ en que el tribunal concedió la acción negatoria frente a un vecino que había colocado piedrecillas, un contenedor de basura y dos cubos en el límite de su finca, protegiéndose de tal vista mediante un murete, pero dejándola al alcance de la del vecino (acto de emulación, en la terminología clásica).

De la misma manera, algunos casos de la llamada lesión extracontractual del derecho de crédito: Si A y B realizan un contrato de opción no inscrito en el Registro, y A, incumpliendo su contrato anterior, vende a C, éste no resulta afectado por el acuerdo anterior, a menos que tuviera conocimiento de la relación previa (bastaría un dolo directo de segundo grado: no se pretende directamente perjudicar a otro, pero se sabe que de esa actuación se deriva necesariamente un daño).

Asimismo, el llamado baremo por daños en la circulación establece de modo fijo el límite de la indemnización, salvo que estos se produjeran por delito doloso (Anexo, 1º.1 TR LRCSCVM).

– Incluso en materia de responsabilidad por los hechos de un menor de edad, se suele decir que si los padres responden en caso de

¹⁴³ ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid-Buenos Aires, etc. (1995), p. 325.

¹⁴⁴ Citada por STAUDINGER/GURSKY (1993), § 1004, n. 74.

¹⁴⁵ Citada por MÜNCHENER/MEDICUS (1997), § 1004, n. 31a. Se hacen eco también de este problema, rechazando su aplicación al Derecho español, EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid (1994), p. 36; ALGARRA PRATS (n. 143), pp. 313 y ss.

actividad negligente del hijo, con mayor razón cuando sea dolosa. Sin embargo, cualquiera percibe que no es lo mismo controlar a quien es revoltoso que a la persona que a propósito pretende causar un daño. En este sentido, es ilustrativa la STS de 2 de marzo de 1994 (Penal, RJ 2097) que absuelve a los padres de la responsabilidad civil por un delito de violación cometido por su hijo mayor de 16 años y menor de 18¹⁴⁶.

– Etc., etc.

En realidad, como ya hemos visto, la manera de determinar si una conducta es ilícita es hacer una ponderación de valores, y, por decirlo así, el dolo, la intención de causar el daño, no es sino un elemento desfavorable más a añadir a nuestra balanza. El menosprecio expreso del bien jurídico protegido es una circunstancia que el Derecho tiene muy en cuenta para determinar si una conducta es antijurídica o no.

Por eso, en el fondo, dolo y negligencia no son dos problemas distintos, sino solamente el mismo: determinar si la conducta es correcta o no conforme al ordenamiento.

De la consideración del dolo por el Derecho se deriva que el que tiene conocimientos o habilidades especiales, por la razón que sea, debe actuar en muchas ocasiones conforme a sus habilidades, es decir, mejor que el hombre medio establecido como modelo. P. ej.¹⁴⁷, si el guarda de una piscina ve que alguien se está ahogando, no le basta con nadar con la rapidez media de un salvavidas, sino que ha de emplear todas sus capacidades. ¿Por qué? Aquí vuelve a surgir de nuevo la norma de valoración; ese desprecio consciente de la vida ajena no es tolerado ni por el Derecho penal ni por el civil. Lo mismo podríamos decir del médico que está especialmente dotado y es conecedor, incluso único, de técnicas muy especiales.

Esta consideración de la intencionalidad como elemento valorativo a la hora de determinar la responsabilidad por daños rompe parcialmente la concepción de que el análisis de la corrección de la actividad del agente ha de ser puramente «objetivo» y se dirige únicamente a la conducta externa. Como se ve, las tendencias internas del sujeto pueden desempeñar un papel fundamental. O sea, que la antijuridicidad puede incluir una conducta más un estado mental. Así, p. ej., si una persona va conduciendo un coche a velocidad adecuada y un niño salta inopinadamente a la calzada, el conductor no responde ya que hay «culpa exclusiva» de la víctima; ahora bien,

¹⁴⁶ En el mismo sentido, la SAP Palencia 15 de mayo de 2000 (ARP 1961), respecto de la complicidad de un menor en un delito de homicidio.

¹⁴⁷ ROXIN (n. 50), § 24, núm. 61. De acuerdo con esta opinión, en general, toda la doctrina penal alemana. En la doctrina civil, PANTALEÓN, voz «culpa», en Montoya Melgar (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid (1995), p. 1864; CIAN (n. 50), p. 218.

imaginemos que el copiloto que con él viajaba, al no estar mirando la carretera, se había apercebido de que el niño iba detrás de un balón y estaba a punto de acceder a la calzada, a pesar de lo cual –por la razón que sea– se calla y no hace nada. El conductor, como hemos dicho, es irresponsable, pero no así el copiloto.

Hasta ahora hemos hablado del dolo, pero no hemos dado un concepto preciso de él. En la doctrina civil española se dice que «El dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad»¹⁴⁸. Este concepto responde a la teoría tradicional del dolo en materia penal, pero hoy día es muy discutida, decantándose bastantes autores por lo que se llama «dolo natural», es decir, en nuestro caso, simple intención de causar o dejar que se produzca un daño (en la que habría que incluir la indiferencia absoluta sobre la producción del daño); la mayoría de los autores penales modernos consideran que son necesarios el conocimiento y la voluntad¹⁴⁹.

Lo anterior tiene relevancia en los casos de error. La doctrina penal distingue habitualmente entre error en el tipo y error de prohibición. Desde el punto de vista civil parecería más conveniente distinguir entre error en los elementos del supuesto de hecho y error en la prohibición o el deber.

Esta distinción no es equiparable a la del error entre elementos normativos y no normativos o fácticos. Cuando una persona estropea una cosa que cree que es propia (p. ej., por considerar que, conforme al último testamento notarial del causante, es heredero), el error recae sobre un elemento normativo («propiedad»), pero se trata de un error sobre un elemento del supuesto de hecho.

A nuestro juicio, hay que considerar como elementos del supuesto de hecho todos, excepto la ponderación o valoración entre libertad de actuación y bien dañado en que, como ya hemos señalado, consiste el juicio de antijuridicidad.

P. ej., si compro un automóvil y lo desguazo, resultando luego, contra lo que creía, que el vehículo había sido robado, no respondo de los daños causados. Si, yendo de caza, disparo contra una persona que se encuentra entre arbustos, creyendo que es un jabalí, no hay dolo, porque no hay intención de matar, y lo único que se puede enjuiciar es si no presté la atención suficiente antes de disparar; es decir, el daño podría ser negligente.

Por el contrario, si, siguiendo uno de los ejemplos anteriores, construyo una chimenea falsa con la única finalidad del taparle las vistas al vecino, el sujeto conoce todas las circunstancias del

¹⁴⁸ LACRUZ (n. 76), p. 505. En el mismo sentido, señala ALBALADEJO (n. 75, 11.ª ed.), p. 929, que son actos dolosos los «realizados con previsión del resultado dañoso y conocimiento de su ilicitud». También PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 423.

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 267; ROXIN (n. 50), § 10, núm. 62, y § 12, núm. 4.

supuesto de hecho, pero puede equivocarse creyendo que el derecho de propiedad incluye la libertad de realizar tal obra con tal intención. El error sobre la ponderación necesaria entre mi libertad de actuar y el posible daño causado no elimina el dolo, la intención de dañar. Por eso, el error lo es de prohibición.

Lo mismo se puede decir del caso del que compra sabiendo que el vendedor estaba infringiendo una opción de compra. Dolo hay, y, por tanto, antijuridicidad de la conducta; puede haber, en su caso, un error de prohibición. En materia de responsabilidad civil creemos que tal error será normalmente irrelevante porque la validez de la norma no depende de su conocimiento por el destinatario (pero v. lo que se dice en el apartado IV «Culpa», y en el VI «Utilidad de la distinción entre antijuridicidad y culpa»).

Frente a lo aquí afirmado, se ha vuelto a defender autorizada-mente la postura más tradicional aduciendo que «dado que para poder afirmar que existe dolo en el comportamiento de aquél que incumple un contrato, es preciso que en su actuación intervenga mala fe, es decir, el conocimiento de que se está conduciendo de forma contraria a aquello a lo que se encuentra obligado, si actuase creyendo que tiene derecho a incumplir no existiría dolo y, como mucho habría que entrar en considerar si su actuación es negligente»¹⁵⁰.

Sin negar las dificultades de la distinción entre error entre los elementos del supuesto de hecho y el error de prohibición, creemos que el caso expuesto no es de dolo, porque en ningún momento se ha intentado dañar a otro. El que, según contrato, cree que debe pagar el día 15, y así lo hace, cuando se comprometió en realidad a pagar el día 14 (error inducido, p. ej., porque el plazo se estableció por días y no por meses), no hay intención de perjudicar al acreedor y, por eso, no hay dolo.

Comparemos este caso con el del que promete matrimonio por una apuesta con un amigo, y luego se echa atrás: Hay intención de dañar, aunque puede haber error sobre la interpretación de los artículos 42 y 43 CC; por eso, hay dolo con error de prohibición.

En realidad, la distinción en materia de dolo que es verdaderamente relevante, dejando aparte consideraciones más profundas sobre teoría de la norma, es la que existe entre quien no quiere dañar y el que lo quiere, pero porque piensa que tal daño está legalmente autorizado (error de prohibición).

¹⁵⁰ PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 425, con cita de Badosa Coll.

b) *Las llamadas causas de justificación*

b.1 En general

En todos los países de Europa occidental, tanto en Derecho penal como de la responsabilidad civil, los autores y las legislaciones recogen una serie de razones que evitan la antijuridicidad del acto aparentemente ilícito. A veces, especialmente en el área del *Common Law*¹⁵¹, la lista es muy variada, incluyéndose toda clase de posibles justificaciones; por el contrario, en otros países, como España y Alemania, se distinguen causas de justificación y causas de excusa o inimputabilidad.

La doctrina penal suele considerar que la conducta típica es antijurídica a menos que haya concurrido una causa de justificación, y lo mismo suele señalar la civil, sustituyendo «conducta típica» por «daño». Así, se dice que «La comprobación última de la antijuridicidad de una conducta tiene carácter negativo. Primero se trataba de determinar si concurrían positivamente los elementos fundadores del injusto penal –esto es, si se realizaban los elementos específicos de un tipo de injusto penal–. Ahora, en cambio, importa averiguar a continuación si concurre alguna causa que *excluya* la antijuridicidad. Si no concurre ninguna causa de justificación, el hecho será sin más antijurídico»¹⁵².

¹⁵¹ En Derecho penal y de daños la doctrina tiende a hablar simplemente de *defences*, sin más distinciones. Véase, en cuanto a la responsabilidad extracontractual, p. ej., ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 18th (2010), par. 25-1 y ss.

MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 2nd edn. (2005) dedican un apartado especial en cada *tort* a la «justificación legal o excusa» (*lawful justification or excuse*), esto es, sin distinguir entre justificación y excusa.

Una buena parte de la doctrina anglosajona incluye la culpa de la víctima entre las *defences*, y, además, como una defensa dentro de la negligencia. Así, DEAKIN/JOHNSTON/MARQUESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 6th edn., Oxford University Press, Oxford (2008), pp. 892 y ss.; DOBBS (n. 133), §§ 199 y ss., pp. 494 y ss.; LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law. Texts and materials*, 4th edn. (2010), pp. 300 y ss.; WEIR, *Tort Law*, Oxford University Press, Oxford (2002), p. 119: «La culpa de la víctima es incuestionablemente una *defence*». Pero, por una parte, la culpa de la víctima no tiene nada en común con, p. ej., la enfermedad mental; y, por otra parte, negligencia significa *per se* antijuridicidad. Una cosa es antijuridicidad y otra responsabilidad; en caso de culpa de la víctima, la negligencia del responsable no se ve disminuida, sino sólo su responsabilidad: MÜNZBERG (n. 63), p. 81, n. 161.

Respecto del Derecho penal, v., p. ej., ASWORTH, *Principles of Criminal Law* (2003), Oxford University Press, Oxford, pp. 204 y ss.; ORMEROD, *Smith & Hogan Criminal Law*, 11th edn., Oxford University Press, Oxford (2005), pp. 296 y ss.

Excepciones a lo anterior son, en Derecho de daños, p. ej., DOBBS (n. 133), § 69, pp. 156 y ss. En cuanto al Derecho penal, p. ej., LAFAYE, *Criminal Law*, 4.ª edn., Thomson-West, Saint Paul (2003), § 9.1, pp. 447 y ss.; aunque reconociendo que «Las defensas reales o propuestas en el capítulo actual son una mezcla de todo un poco» (p. 450).

¹⁵² MIR PUIG (n. 61), p. 421; la negrita y cursiva son del original; en sentido similar, aunque no tan contundente, su discípulo BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, J. M. Bosch (1994), p. 35.

Por ello, en la doctrina penal es muy frecuente señalar que «la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad» o que «la tipicidad es indicio de la antijuridicidad»¹⁵³, lo que ha sido trasladado al ámbito civil considerando que el daño indica la antijuridicidad. Se dice, pues, que «todo daño infligido a otro es injusto y da lugar a resarcimiento si no concurre alguna de las circunstancias que lo legitiman. La antijuridicidad, entonces, se manifiesta de forma negativa: la juridicidad del acto o la presencia de una causa de justificación pueden, aun habiendo daño, excluir la responsabilidad».

«La violación de un derecho subjetivo de otro o de una norma destinada a proteger intereses ajenos constituye, en principio, un hecho ilícito o antijurídico; sin embargo, esta violación puede estar cubierta mediante la concurrencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad idónea para eliminar la aparente antijuridicidad del hecho dañoso»¹⁵⁴.

Sin embargo, la idea y las frases arriba transcritas son un modo de razonar que se refieren al procedimiento de deliberación jurídica del juzgador, mezclado con el problema puramente procesal de la legitimación¹⁵⁵ o de la carga de la prueba, que alguno incluso llega a atribuir al demandado¹⁵⁶.

Pero, en primer lugar, no sirve en absoluto cuando la «causa» del daño ha sido una omisión, porque el que se produzca un daño no indica de ninguna manera que alguien haya omitido una conducta que hubiera debido realizar y no ha hecho; y la misma omisión tampoco indica quién es el que ha omitido de modo relevante para que a él se le impute el resultado producido¹⁵⁷.

¹⁵³ ROXIN (n. 50), § 10, núm. 23. De modo similar, KÜHL (n. 61), § 6, núm. 2; STRATENWERTH/KUHLEN (n. 61), § 7, núm. 14; WELZEL (n. 137), § 14, I, núm. 1. En España, p. ej., BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, II, Trotta, Madrid (1999), pp. 34 y 35. MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 299, degrada esa función indiciaria a mera «sospecha». V., en general, todos los partidarios de la concepción tripartita del delito (es decir, los que defienden que tipicidad y antijuridicidad son elementos distintos).

¹⁵⁴ LACRUZ (n. 72), n. 228, p. 502. Similar, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª edn., Universidad de Deusto-Civitas, Madrid (1993), p. 258; BUSTO LAGO (n. 77), pp. 251 y 252; Díez-PICAZO (n. 87), pp. 304 y 305; PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 274; PUIG BRÜTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. III, Bosch, Barcelona (1983), p. 81; ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Civitas, Madrid (1976), pp. 82 y 83. En Alemania, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auf., Heymanns, Köln (1995), pp. 202 y 203; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II, vol. 2, 13. Auf., Beck, München (1994), II, § 75, 3, c), pero sólo para lo que llaman daños inmediatos.

¹⁵⁵ La obra de MCBRIDE/BAGSHAW (n. 151), pp. 496 y ss. es un buen ejemplo. Los autores tratan algunas *defences* bajo el título «Límites del derecho a demandar», e incluyen ahí la defensa *volenti non fit iniuria*, pero, conforme a las Civil Procedure Rules para Inglaterra y Gales, de 1998, tal defensa es una cuestión de Derecho sustantivo, que no impide el proceso *a limine*, sino que tiene que ser decidida en la sentencia.

¹⁵⁶ LOUBSER, en van der Merwe/du Plessis, *Introduction to the Law of South Africa*, Kluwer Law International, The Hague (2004), p. 291.

¹⁵⁷ Cf. MÜNZBERG (n. 63), p. 262.

En segundo lugar, cuando estamos ante una acción, aquella opinión no se sostiene desde el punto de vista lógico. Si para que se produzca una consecuencia jurídica *C* son necesarios en el supuesto de hecho los requisitos *a*, *b* y *c*, el que se dé el requisito *a* no supone que se dé el *b*, porque, de lo contrario, *a* implicaría *b* ($a \rightarrow b$), con lo que *a* y *b* no necesitarían expresarse como requisitos distintos para que surja la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, cuando la doctrina señala que el daño o la tipicidad es indicio de la antijuridicidad no está queriendo decir que tal daño implica necesariamente la antijuridicidad. De ahí que, p. ej., la frase «Todo el que mate a otro dolosamente actúa antijurídicamente, a menos que exista una causa de justificación», no contenga ninguna declaración independiente, sino que, en el fondo, lo que hace es repetir la premisa (es decir, para actuar antijurídicamente, es necesario actuar antijurídicamente)¹⁵⁸.

Todavía se podría entender la frase discutida en un sentido estadístico, que llevaría a desplazar la carga de la prueba: cuando hay un daño, hay normalmente antijuridicidad de la conducta dañosa. Pero esto tampoco es siempre cierto. Pensemos en el tipo de detención ilegal de los artículos 163 y ss. CP. El artículo 163.1 dispone que «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años». El número de estos delitos al año en España es muy bajo, sin embargo, el número de internamientos psiquiátricos forzosos es de miles. Lo mismo en cuanto a la detención ilegal cometida por funcionario público (art. 167 CP); la mayoría de las detenciones de la policía son lícitas. El daño –estar encerrado– no indica, ni siquiera estadísticamente, la ilicitud de la conducta¹⁵⁹.

En realidad, la oscura frase a que nos hemos referido se debe a la idea general de la doctrina penal y civil de que el hecho típico o el daño causado es antijurídico a menos que exista una causa de justificación¹⁶⁰. Esta opinión no convence. En realidad, la norma

¹⁵⁸ En este sentido, OTTO, «Die Lehre vom Tatbestand und der Deliktsaufbau», *Jura* (1995), p. 472. También críticos con el carácter «indiciario» del tipo, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, t. I, vol. 2, 8. Auf., Müller, Heidelberg (2000), § 25, IV, núm. 1, p. 64; KÖTZ, *Deliktsrecht*, 7. Auf. Luchterhand, Berlin (1996), núms. 100 a 103, pp. 42 a 44; MÜNZBERG (n. 63), pp. 84, 93, 108 y 262.

¹⁵⁹ Similar, para el Derecho alemán, OTTO (n. 158), p. 469. Por ello, en el Derecho penal anglosajón se ha llegado a decir muy autorizadamente que «Está claro que la carga de eliminar las defensas basadas en causas de justificación públicas o privadas recae sobre la acusación» [OMEROD (n. 151), p. 434].

¹⁶⁰ En la doctrina penal anglosajona se considera también como requisito del delito la «absence of justification» [ASHWORTH (n. 151), p. 97].

En la civil se utiliza el término «privilege»; el *Restatement of the Law of Torts Second* dispone en su § 10: «Privilegio. (1) La palabra “privilegio” es usada a lo largo del *Restatement* dedicado a esta materia para denotar el hecho que conductas que, en circunstancias ordinarias, someterían al agente a responsabilidad, en circunstancias particulares no lo

que determina cuál ha de ser el comportamiento de una persona no resulta del texto de un artículo de cualquier ley, sino de un conjunto de disposiciones, incluyendo, en su caso, los principios generales del ordenamiento de que se trata¹⁶¹. P. ej., podríamos pensar que existe una norma según la que el propietario puede impedir el acceso de cualquiera a su finca (v. arts. 348 y 388 CC); sin embargo, si una persona es perseguida por un delincuente con una pistola, el perseguido puede, desde luego, invadir la finca del dueño con la finalidad de huir, y esta acción no es ilícita (contra lo que creía Jhering). Aún más, si el dueño percibe la situación, no puede impedir al fugitivo que entre en su finca, porque entonces sería él el que estaría actuando ilícitamente (v. arts. 195 y 450 CP). En realidad, la aparente antijuridicidad es, como ya se ha señalado, un momento más de la deliberación jurídica, pero sin contenido independiente propio.

En este sentido, cuando el artículo 20.5.º CP intenta describir el estado de necesidad permitiendo que el dañante «infrinja un deber», no se está expresando con mucha propiedad. El dañante no está infringiendo un deber porque el ordenamiento le autoriza para realizar tal actividad, y choca directamente con el principio lógico de no contradicción que una misma cosa sea simultáneamente debida y no debida. El «deber» al que se refiere el precepto no es más que un aparente deber.

Por tanto, determinar si una conducta es antijurídica o no requiere, desde el punto de vista dialéctico, justificar qué ha hecho la persona incorrectamente; cuestión completamente distinta de la de la carga de la prueba. El que haya existido un daño es simplemente un momento de la valoración jurídica, referida al resultado, pero no a la conducta que hace al acto antijurídico y, por tanto, responsable a su autor.

¿A qué se debe, pues, el tratamiento especial que hacen el Código penal y la doctrina penal y civil sobre las causas de justificación? En realidad, la circunstancia que llamó poderosamente la atención de los juristas desde antiguo es que en estos casos el daño se había producido intencionadamente, a pesar de lo cual el sujeto

sujetan a tal responsabilidad» [AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law of Torts Second*, vol. 1, American Law Institut Publishers, St. Paul, Minnesota (1965), p. 7]. V. también FLEMING (n. 94), p. 83; DOBBS (n. 133), pp. 155 y ss.

¹⁶¹ Señala DE CASTRO (n. 103), p. 47, que «en casi ningún artículo de una ley se encontrará una norma completa, generalmente se indican, en unos, los requisitos que ha de reunir un acto, se describe o define por sus caracteres y se dejan, para señalar en otros las consecuencias que puedan acarrear su existencia, su falta o su contradicción. Pocas veces coincidirán materialmente disposición y norma; mientras la disposición en general se verá inmediatamente, la norma será preciso reconstruirla, buscando todos los preceptos que resulten precisos, dentro del mismo cuerpo legal o fuera de él».

resultaba irresponsable. O sea, que se aprecia aquí una vez más la importancia que en la valoración de la conducta se concede a la intención dañosa.

Lo anterior queda aún más claro si pensamos en los daños causados por negligencia. Casi nadie habla aquí de «causas de justificación» porque lo que todos hacemos –igual que en el caso del dolo– es analizar de modo global si el sujeto ha actuado o no adecuadamente¹⁶².

En cualquier caso, estudiando la cuestión desde el punto de vista sustantivo, las causas de justificación funcionan de la siguiente manera: sean «X», «Y» y «Z» los factores que hacen una conducta antijurídica por negligencia. En cierto caso, uno de esos valores falta, pero por el contrario el valor «D» (dolo) está presente. Decimos entonces que el acto es antijurídico, excepto cuando hay una causa de justificación, p. ej., «E», «F», «G». Pero si consideramos el problema con cuidado, vemos que «E», «F», «G» tienen relevancia en orden a considerar el acto antijurídico si y solo si «D» está presente. En otro caso son irrelevantes. Por tanto, sean «D», «E», «F», «G» un grupo valorativo, como «X», «Y» y «Z» lo eran a propósito de la negligencia, hay antijuridicidad cuando hay intencionalidad o dolo y falta una causa de justificación en el caso dado.

En términos lógicos: $A \rightarrow D \neg E \neg F \neg G$

[«A» = antijuridicidad; « \rightarrow » = si... entonces; « \neg » = no]

Por esta razón, las causas de justificación deben ser consideradas dentro del estudio del dolo, y no como un requisito negativo independiente, aplicable tanto al dolo como a la negligencia. De ahí que hayan de considerarse incorrectos todos los tratados comunes de Derecho

¹⁶² En el mismo sentido, MÜNZBERG (n. 63), p. 108.

No obstante, es curiosa la sentencia del BGH alemán de 4 de marzo de 1957 (BGHZ, t. 24, pp. 21 y ss.) en la que el Tribunal considera como causa de justificación «el comportamiento adecuado en el tráfico». Tal pronunciamiento dio lugar a una cascada de publicaciones sobre el asunto, en su mayoría críticas con su fundamentación, pero no todas. Para WIEACKER, «Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht», *JZ* (1957) pp. 535 y ss., es de agradecer que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo incorpore conceptos provenientes de otras disciplinas, como el Derecho penal en este caso (se trataba de la teoría de Welzel sobre la adecuación social). Como explica NIPPERDEY, «Rechtswidrigkeit, Sozialadequanz, Fahrlässigkeit, Schuld in Zivilrecht», *NJW* (1957), II, p. 1777, según la mencionada teoría, «Todos los comportamientos son socialmente adecuados cuando se mueven en el marco histórico y social ético del ordenamiento de la sociedad y son abiertamente aceptados por ella. La causación (dolosa o no dolosa) de determinados resultados típicos (p. ej., muerte, lesiones, privación de libertad, daño a las cosas, provocación de un fuego) es normalmente antijurídica, salvo cuando excepcionalmente está justificada por causas de justificación (p. ej., legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, gestión de negocios ajenos sin mandato, etc.)». Este último autor también se congratula de la decisión del BGH. Sin embargo, la mayoría, con mejor sentido, la criticó: DUNZ, «Das verkehrsrichtige Verhalten», *NJW*, 1960, pp. 507 y ss. («el TS se ha metido en un callejón sin salida»); WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, C.F. Müller, Karlsruhe (1960), *passim*, y la doctrina que cita.

penal que consideran la antijuridicidad un elemento del delito completamente distinto de los demás y cuya única función es examinar si existe una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad.

La consecuencia de todo lo anterior es la siguiente: las causas de justificación no son un *totum revolutum*, sino sólo aquellos valores o circunstancias que impiden la antijuridicidad de la conducta intencional.

5. CONCLUSIÓN PARCIAL

Ahora estamos en condiciones de señalar la principal conclusión de este artículo. Hay dos modos de evaluar si un acto es acorde o no con el Derecho: negligencia o dolo (cuando todos los elementos de la negligencia no están presentes). Y necesitamos un concepto que comprenda la incorrección en ambos casos. Éste puede ser llamado culpa en sentido amplio, incorrección, antijuridicidad o como se quiera. Pero aquí se defiende el uso de la antijuridicidad porque evita la anfibología del término culpa (que puede referirse a la antijuridicidad, a la negligencia y a la situación de los inimputables) y facilita un lenguaje jurídico más preciso.

Al final, por tanto, $A \rightarrow (X Y Z) \vee (D \neg F \neg G \neg H)$

[«A» = antijuridicidad; « \rightarrow » si... entonces; « \vee » = disyunción; « \neg » = no]

Por otra parte, la fórmula $(X Y Z) \wedge (D \neg E \neg F \neg G)$ [$\wedge = y$] es irrelevante porque el grupo $(X Y Z)$ es ya suficiente para considerar la acción antijurídica y la intención de dañar (D) no añade nada a esa antijuridicidad (p. ej., disparar a alguien en una calle muy concurrida), excepto en aquellos países en que se admiten los daños punitivos.

En definitiva, ¿qué es la antijuridicidad? Una cualidad de la conducta, consistente en ser contraria a Derecho, en la medida en que causa (o puede causar) un daño, partiendo de una ponderación entre la libertad del agente (en la cual la intención de dañar es un factor básico) y el valor del bien que puede ser (o ha sido) dañado.

IV. CULPA EN SENTIDO SUBJETIVO

1. CONCEPTO, HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

Distinto del problema de si una conducta es correcta o no es el de si el sujeto agente posee las capacidades físicas y psíquicas neces-

rias para acomodarse al modelo de conducta establecido. Aparentemente, el Código civil no regula de modo directo este asunto.

En Derecho romano, D. 9,2,5,2 Ulp. dice expresamente que los que no están en su juicio no están sujetos a la acción de la ley Aquilia¹⁶³; y la P. 7,34,4 disponía que «*el ome que es fuera de su seso no face ningun fecho endereçadamente: e porende no se puede obligar, porque non sabe, nin entiende pro, nin daño*».

Por su parte, Pothier, que tanto influyó en el *Code* y, por tanto, mediatamente en nuestro Código, consideraba que «sólo las personas que tienen uso de razón son capaces de delitos y cuasidelitos: pues las que no son razonables, tales como los niños y los insensatos, no son capaces ni de maldad ni de imprudencia»¹⁶⁴.

Este modo de pensar fue el general en toda Europa en la Edad Moderna, pero el ABGB austriaco, de 1811, después de establecer la irresponsabilidad de los menores y enfermos mentales, previó en su § 1310 que «el juez... puede reconocer, en consideración al patrimonio del dañante y del dañado, una indemnización total o parcial».

Posteriormente, el § 829 BGB alemán dispuso que se puede establecer una indemnización por razones de equidad, según las circunstancias, en especial, las relaciones entre los partícipes en el acto dañoso, y en la medida en que dicha indemnización no afecte a los alimentos del dañante o a los que éste ha de prestar a un tercero.

Esta solución ha tenido cierto éxito y se ha incorporado a los Códigos civiles de otros países de Europa occidental. Así, Suiza, Bélgica, Italia o Portugal¹⁶⁵.

¹⁶³ «*Et ideo querimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae non sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cassabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquiliae cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fuerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*» («Y por eso preguntamos, si un furioso hubiera causado un daño ¿no se le aplicaría la ley Aquilia? Y Pegaso lo rechazó, pues ¿qué culpa tendría si no estaba en su sano juicio? Esto es muy cierto; no se aplicará, por tanto, la ley Aquilia, como si un cuadrúpedo hubiera causado un daño o una teja se hubiera caído. Y si un infante causara un daño, se aplicará lo mismo. Pero si lo hubiera hecho un impúber, Labeo dice que puesto que se obliga por el hurto, se le aplica también la ley Aquilia. Y esto lo considero cierto si fuere ya capaz de injuria»); D. 50,17,5 PAULUS 2 *ad sab.*: «*In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellegent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest*»; Dig. *eod.*, 40, POMPONIUS 34 *ad sab.*: «*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*».

¹⁶⁴ (n. 19), pp. 63 y 64.

¹⁶⁵ Suiza (art. 54.1 OR): «El Juez puede condenar a una persona incapaz de discernir a una indemnización total o parcial, basándose en razones de equidad».

Bélgica (art. 1386-bis, incluido en 1935): «Cuando una persona se encuentre en un estado de demencia o en un estado grave de desequilibrio mental o de debilidad mental que le hace incapaz del control de sus acciones, y cause un daño a otro, el juez la puede condenar a todo o parte de la reparación a la que estaría sujeta si tuviera el control de sus actos. Decidirá según la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de las partes».

En otros ordenamientos se distingue entre la situación de los menores y la de los enfermos mentales. Así, el Código holandés o BW establece en su artículo 6:164 que los actos de un menor de 14 años no pueden considerarse como un acto antijurídico, mientras el artículo 6:165 dispone que los actos de una persona deficiente física o psíquicamente no dejan de considerarse como antijurídicos, así como los de los mayores de 14 años. No obstante, si existen personas con deberes de supervisión sobre ellas y no los han cumplido adecuadamente, pueden ser declaradas responsables por el todo. Además, por los actos de un menor siempre es responsable el guardador legal (art. 6:169). Por tanto, en el caso de un menor, alguien tiene que pagar el pato. Por debajo de 14 años son responsables los guardadores; entre 14 y 16 los guardadores son responsables si hubieran podido y debido evitar el daño; en otro caso, responde el propio menor.

Y la misma disparidad de criterios entre menores y perturbados mentales se encuentra en el Derecho anglosajón. Se dice, por una parte, que «El nivel de cuidado exigible a un adulto que sufre una incapacidad mental o una perturbación psicológica se mantiene en el nivel exigible a una persona prudente, razonable y de normal inteligencia»; y, por otra, «los niños no están sujetos al nivel de la persona razonable, sino sometidos a un nivel que es ampliamente subjetivo. A un menor, incluso a uno de cierta edad, se le exige comportarse sólo con el cuidado de un menor de su misma edad, inteligencia y experiencia en similares circunstancias»¹⁶⁶. Este enfoque ha sido admitido por algún reputado autor español, que llega a decir que «el cuidado exigible a un anciano impedido es el razonablemente exigible a los ancianos impedidos, no a los adultos sanos», para luego añadir que «respondería en la medida en que la equidad lo justificase, por ejemplo, el niño de 12 años de edad o el anciano de setenta que hubiera causado un evento dañoso imprevisible o inevitable para los niños de doce años o los ancianos de setenta prudentes y cuidadosos, pero previsible y evitable para un adulto de mediana edad prudente y cuidadoso»¹⁶⁷.

Italia (art. 2047.II): Después de establecer la irresponsabilidad de los inimputables y la posible responsabilidad de los cargos tutelares, dispone que «En el caso de que el daño no hubiera podido obtener el resarcimiento del encargado del cargo tutelar, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa».

Portugal (art. 489, que es el que más se parece al BGB): «1. Si el acto causante de los daños hubiera sido hecho por persona no imputable, puede ésta, por motivos de equidad, ser condenada a repararlos, total o parcialmente, cuando no sea posible obtener la debida reparación de las personas a quienes incumbe su vigilancia».

¹⁶⁶ DOBBS (n. 133), § 120, p. 284 y s. La misma opinión es mantenida por FLEMING (n. 94), p. 126; ROGERS (n. 151), par. 24-16; LUNNEY/OLIPHANT (n. 151), p. 196.

¹⁶⁷ PANTALEÓN (n. 147), pp. 1864 y 1865.

El Código francés, que tenía una redacción similar al nuestro (o, más bien, viceversa), señala desde 1968, ahora en su artículo 414-3 (antes en el 489-2), que «Aquél que causa un daño a otro bajo la influencia de una perturbación mental no está menos obligado a la reparación». La inclusión del precepto no estuvo exenta de polémica y dio lugar al rechazo de una parte de la doctrina¹⁶⁸. Pero luego la jurisprudencia de aquel país la ha extendido a los menores, incluso de corta edad¹⁶⁹.

Por último, no puede terminar este repaso a otros ordenamientos sin analizar el impacto que sobre ellos y el español pueda tener la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006 («BOE» de 21 de abril de 2008, entrada en vigor el 3 de mayo de 2008). A nuestro juicio, ninguno, pues el artículo 2 se refiere claramente al disfrute de derechos y libertades, no a la liberación de deberes: «Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo». Por otra parte, el discutido artículo 12.2, que señala que «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», no plantea problema alguno en su versión española, además de que son cosas distintas la imputabilidad en el Derecho de daños y la capacidad de obrar, como se verá en el apartado siguiente. Como dice la STS 29 de abril de 2009 (RJ 2901), que admite la concordancia del CC y la LEC a la mencionada Convención, al «enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión».

2. LA INCAPACITACIÓN Y LA MENOR EDAD, Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Toda la doctrina está conforme en que el hecho de que el imputable esté incapacitado no tiene relevancia en cuanto a su res-

¹⁶⁸ P. ej., SAVATIER, «Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil», *Chronique Dalloz*, 19 (1968), pp. 109 y ss.; VINEY, «Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil», *RTDC* (1970), p. 254: «Repugna instintivamente admitir que el enajenado pueda ser considerado como el autor de un hecho ilícito (*faute*)».

¹⁶⁹ V. VINEY/JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2e edn., LGDJ, Paris (1998), núm. 593, pp. 540-542.

ponsabilidad civil directa (sí, lógicamente, respecto de la de los guardadores). Sin embargo, esto se afirma de una forma más bien intuitiva, sin ulterior explicación.

El asunto requiere un somero examen de cuestiones de teoría general de las normas. Cierta corriente filosófica distingue hechos de la «cruda realidad» (*brute facts*) y hechos institucionales (*institutional facts*). Los primeros, a los que preferimos llamar materiales, se refieren a situaciones o actividades que se pueden definir independientemente de un sistema normativo (una montaña, una casa, correr, pegarle al vecino, etc.). Los segundos a aquéllas que sólo se producen en la medida en que previamente exista un sistema normativo del que son parte precisamente dichos hechos. Por ej., la moneda, el contrato, el testamento, el matrimonio; no hay testamento sin sistema normativo, sino sólo unos trazos en un papel, etc.¹⁷⁰

Sobre la base de lo anterior, se distinguen entonces normas regulativas y constitutivas. Las primeras regulan hechos materiales, las segundas, institucionales¹⁷¹.

Por otra parte, y desde otro punto de vista, la mayoría de los filósofos del Derecho modernos distinguen más bien entre normas imperativas o regulativas, normas de competencia y normas que conceden poderes. Las normas de competencia son las referidas a las autoridades u órganos que pueden dictar normas¹⁷². Aquí nos referiremos a las normas que conceden poderes, aunque a veces se diga que conceden una competencia.

Pues bien, las normas sobre incapacitación y tutela confieren al tutor o curador una competencia o poder sobre distintos ámbitos, conforme a la sentencia de incapacitación (art. 760 LEC):

– Por una parte, declara la competencia del tutor para realizar actos institucionales en nombre del pupilo, salvo que sean personalísimos. De acuerdo con ciertas posiciones doctrinales, se trataría, pues, de una cuestión de legitimación. A partir de ese momento, ya no es el pupilo la persona competente para realizar tales actos, sino el tutor (art. 267 CC). En el caso del sometido a curatela, no se

¹⁷⁰ Fundamental, SEARLE, *The construction of social reality*, The Free Press, New York (1995) *passim*, aunque pueden verse especialmente pp. 27 a 29; y, antes, *Speech acts*, Cambridge University Press, reimpr. 1977 de la ed. (1969), pp. 50 a 53.

¹⁷¹ SEARLE (n. previa, 1995), pp. 27 a 29; y (n. previa, 1969), pp. 33 a 42; especialmente en p. 34: «Las normas regulativas regulan una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las normas. Las normas constitutivas constituyen –y, por tanto, regulan– una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas».

¹⁷² V., por todos, FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – «BOE», Madrid (2000), *passim*.

priva totalmente de competencia al pupilo, pero se concede al curador la competencia para vetar la actuación de aquél (art. 289 CC). Esta privación de competencia, con consiguiente traslación a otro, es lo que podríamos llamar incapacidad de obrar en sentido estricto; y se manifiesta, no sólo en sentido activo, sino también pasivo; por ejemplo, requerimientos, demandas, etc., que ahora han de ser dirigidos al titular de la competencia.

– En segundo lugar, la sentencia afecta al incapacitado en cuanto a la realización de actos materiales o «brutos», pero no de la misma manera que en el caso anterior. Se concede al tutor la competencia para ordenar o prohibir al pupilo la realización de estos actos, pero, evidentemente, sobre ellos no hay cuestión de competencia, sino que, sencillamente, se hacen o no (se trata, pues, de una norma regulativa, no constitutiva); es decir, no se puede representar a otro en cuanto a ir a un concierto, hacer deporte o comer un helado. Por ello, si el pupilo desobedece las órdenes del tutor, podrá éste en último extremo «recabar el auxilio de la autoridad» (art. 268. II CC).

El concepto de acto material explica entonces la independencia de la responsabilidad extracontractual de la incapacitación del dañante. No existe aquí cuestión de competencia, sino una norma regulativa; no se autoriza a nadie a destruir una cosa en nombre de otro. Y la destrucción de la cosa de otro es algo que se produce independientemente de una incapacitación¹⁷³.

Y lo dicho respecto del incapacitado es aplicable igualmente respecto del menor de edad. Por eso, el artículo 61 de la Ley Penal del Menor hace al menor responsable civil de los daños que cause, lo que tiene sentido pues la Ley sólo se aplica a los mayores de 14 años, y a esta edad se tiene ya normalmente madurez suficiente para distinguir lo que es correcto de lo que no lo es.

3. EL CÓDIGO PENAL

A) Introducción

El artículo 118 CP establece:

«1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

¹⁷³ Sobre esta cuestión puede verse, más detenidamente, GARCÍA-RIPOLL, «Comentario a sentencia de 26 de julio de 1999», *CCJC* (2000), pp. 133 y ss.

1.^a En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.»

La regla trata la responsabilidad civil por los daños causados por los inimputables incluidos en los números 1.º y 3.º del artículo 20; a saber: «El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión»; y «El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

La redacción del precepto comentado es muy desafortunada y oscura y ha dado lugar a no pocas discrepancias en la doctrina. Así, ante todo, es discutible si estos inimputables penales responden civilmente. Se dispone que «en los casos de los números 1.º y 3.º (del art. 20) son *también* responsables» los guardadores; por tanto, si éstos son *también* responsables es porque se parte de que primeramente lo son los inimputables.

Sin embargo, el último inciso del primer párrafo de la regla primera dice que lo anterior se aplica «sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables». ¿Quiénes son estos «imputables»? Buena parte de la doctrina considera que se trata de un simple error material de transcripción y que en realidad se quiere decir los «inimputables». Si esta opinión fuera cierta, no quedaría claro si los penalmente inimputables responden siempre civilmente.

Además, el segundo párrafo de la regla dispone que «los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos». ¿A qué sujetos se está refiriendo? ¿A los imputables y los guardadores? ¿A los inimputables y a los guardadores? ¿A los inimputables, a los imputables y a los guardadores? Además, frente al perjudicado no queda claro si tal responsabilidad es mancomunada o bien solidaria, teniendo entonces relevancia esa «medida» sólo en la relación interna.

Por otra parte, del proceso parlamentario de elaboración del precepto poco se puede sacar en claro. El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno en 1992 decía en el correspondiente

artículo (el 120.1, regla 1.^a) que «en los casos de los números 1.º, 3.º y 4.º son responsables por los hechos que ejecuten el enajenado, el menor de dieciséis años (en un principio, éste era el límite de edad de la imputabilidad penal) y aquellas personas que sufran alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia. Cuando no quepa exigir la responsabilidad anterior o si el responsable fuere insolvente, podrán responder con sus bienes los mismos enajenados, menores o aquellas personas que sufran alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, en la medida en lo que (*sic*) considere equitativo los Jueces o Tribunales»¹⁷⁴.

Por tanto, el sistema se aproximaba bastante al del Código derogado; respondían en primer lugar los guardadores, y sólo subsidiariamente el inimputable penal. Aun así, se añadían algunas modificaciones respecto del texto refundido de 1973: de un lado, desaparecía la limitación de responsabilidad según las normas sobre embargo de bienes de las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal (antiguo art. 20, regla primera, párrafo 2.º); de otro, esta responsabilidad no era automática, sino que quedaba al buen arbitrio del Tribunal, según lo que considerara equitativo.

Parece, entonces, que se pretendía incorporar a nuestro Derecho la norma de otros ordenamientos de nuestra área cultural que, partiendo de la irresponsabilidad civil del inimputable, permite la imposición parcial o total de la obligación de resarcir en atención a la equidad.

Tras la disolución de las Cámaras en 1993, el Gobierno de la V Legislatura volvió a presentar un nuevo Proyecto de Ley de Código penal esencialmente igual al anterior, salvo ligeras modificaciones. Entre éstas se encuentra el cambio de redacción del artículo referido a la responsabilidad civil de los inimputables por falta de discernimiento o voluntad. Sin embargo, los preceptos sobre responsabilidad civil, como ya hablan sido discutidos en la legislatura anterior, no lo volvieron a ser en la nueva, sino que la Comisión de Justicia del Congreso continuó los debates del nuevo Proyecto por donde se había quedado anteriormente; o sea, justo al final del libro I. Con lo cual no podemos entresacar de la discusión parlamentaria el sentido de este oscuro artículo, ni el porqué del cambio de redacción¹⁷⁵.

¹⁷⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Congreso de los Diputados», IV Legislatura, Serie A, núm. 102-1, 46.

¹⁷⁵ Respecto de la nueva redacción presentada en la V Legislatura, sólo hubo una enmienda presentada por el Grupo Vasco, que solicitó que se introdujera la palabra «directa» en el inciso que decía «sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera corresponder a los imputables». Se justificó la enmienda porque «no queda claro si en tales casos se está estableciendo una responsabilidad civil directa o subsidiaria, resultando perturba-

B) La responsabilidad civil del inimputable

De las distintas cuestiones que plantea el precepto, la primera que pretendemos aquí dilucidar es si los inimputables penales responden o no civilmente y si su responsabilidad es directa o subsidiaria. La duda se puede plantear sobre todo si partimos de que la última palabra de la regla primera, primer párrafo, es un error de transcripción y que donde se dice «imputables» se quiso decir «inimputables»¹⁷⁶. Si ello fuera así, se podría discutir que los inimputables hubieran de responder necesariamente de todo hecho dañoso por ellos causado, porque el precepto habla de la responsabilidad que les «pudiera corresponder», en subjuntivo, refiriéndose entonces a una posibilidad que puede suceder o no. En este sentido, se ha apuntado la interpretación de que el artículo quisiera distinguir un espacio entre la inimputabilidad penal y civil, de manera que hubiera casos en que el sujeto fuera inimputable penal pero no civil, y sería precisamente entonces, y sólo entonces, cuando respondería civilmente¹⁷⁷.

Sin negar esta posibilidad, es más probable que la intención del Código sea que el inimputable penal responda en todo caso civilmente (a salvo de lo dispuesto en el párrafo 2.º). En favor de ello militan otras razones de redacción que consideramos de más peso:

– En primer lugar, la regla comienza diciendo que «en los casos de los números 1.º y 3.º son también responsables» los guardadores. Este «también» sólo puede significar que se parte de la responsabilidad civil previa del causante del daño, aunque sea inimputable¹⁷⁸.

– En segundo lugar, la regla 2.ª dice que «son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado», y ese «igualmente» supone que responden civilmente como los perturbados mentales de los casos 1.º y 3.º del artículo 20; es decir, siempre.

– En tercer lugar, la mención de la graduación de la responsabilidad en el párrafo 2.º de la regla primera sólo puede entenderse

dora tal imprecisión» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Congreso de los Diputados», V Legislatura, serie A, núm. 77-6, 108). La enmienda se aceptó por la Ponencia sin más discusión (núm. 77-8, 457).

¹⁷⁶ Así opinan MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», *Poder Judicial*, 38 (1995), p. 140, nota 30; MONTÉS PENADÉS, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Tirant lo Blanch, Valencia (1996), sub art. 118, p. 631; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid (1997), p. 242.

¹⁷⁷ Cf. YZQUIERDO TOLSADA (n. previa), p. 243, aunque no considera probable que ésta fuera la voluntad del legislador. Le sigue DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 99. De la misma opinión, YAÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, Aranzadi, Cizur Menor (2009), pp. 186 y ss.

¹⁷⁸ Conforme, PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 345.

desde el punto de partida de que el inimputable responde civilmente¹⁷⁹.

– Desde el punto de vista de los antecedentes históricos, se corresponde mejor con la legislación anterior.

– Por último, en cuanto al término «imputables», éste tiene sentido si lo referimos a otros posibles copartícipes en el daño delictivo que no tengan la condición de inimputables¹⁸⁰. Y porque esto no ha de suceder necesariamente, se explica la utilización del subjuntivo en vez del indicativo. Asimismo, cabe alegar que, no habiéndose publicado una corrección de errores del texto, parece preferible interpretar que no hay tal yerro en su redacción¹⁸¹.

Por su parte, la jurisprudencia aplica la responsabilidad civil de los inimputables por los daños típicos causados sin plantearse ningún problema al respecto. En este sentido, la STS 22 de abril de 2004 (RJ 3992) señala *ratio decidendi* que «debe advertirse que, frente al sistema del anterior Código Penal (art. 20, 1ª ACP) que cargaba directamente la responsabilidad civil por hechos cometidos por los inimputables a aquéllas personas que los tuvieran bajo su potestad, tutela o guarda, salvo el caso de que esas personas no existieran o fueran insolventes, el nuevo Código hace recaer la responsabilidad civil directa siempre en el propio inimputable, y una vez establecida tal responsabilidad civil, admitiendo responsables civiles solidarios, junto a esos inimputables». V. también en línea similar, en la jurisprudencia menor, SS AP Madrid 21 de octubre de 2010 (ARP/1485), AP Álava 12 de noviembre de 2008 (ARP/2009/37), AP Madrid 1 de octubre de 2007 (ARP/621), AP Asturias 20 de octubre de 2005 (JUR/261376), AP Las Palmas 8 de junio de 2004 (JUR 206312), TSJ Navarra 16 de febrero de 2004 (JUR 11844), AP Valladolid 30 de octubre de 2002 (JUR 285693).

Admitida la responsabilidad civil del inimputable en todo caso, se puede discutir si ésta es principal o subsidiaria a la de los guardadores, de manera que sólo sería exigible cuando éstos no hayan

¹⁷⁹ PARRA LUCÁN (n. 82), p. 889. Para PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 351, «Esta tesis, en el mejor de los casos, atribuye al inciso final del artículo 118.1.1.ª C.P. un carácter totalmente reiterativo y superfluo»; cierto, pero, a pesar de ello, nos sigue pareciendo la interpretación más plausible.

¹⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, en *idem* (dir.) *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona (1996), p. 580; así lo insinúa también ALBÁCAR LÓPEZ, en Conde-Pumpido (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, I, Trivium, Madrid (1997), *sub* artículos 118 y 119, p. 1462. PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 345, considera que «Una solución interpretativa para este extremo sería entender que el hipotético “pudiera” se refiere a los casos en los que el inimputable no puede hacerse cargo de su parte de la indemnización por no poseer bienes que se le puedan embargar».

¹⁸¹ No obstante, la enmienda del Grupo Vasco que introdujo la palabra «directa» sigue sin tener mucho sentido, porque para el caso de coparticipación ya existe la regla del artículo 116 (v. n. 175).

incurrido en negligencia, no existan o sean insolventes¹⁸². Como señala la mencionada sentencia, se trata de una responsabilidad civil directa, porque el Código no hace ninguna reserva al respecto, así como por el intencionado cambio de redacción respecto del texto refundido de 1973 y el proyecto de 1992.

C) La distribución de la responsabilidad entre el causante y los guardadores

Pasando a otra cuestión, el párrafo segundo de la regla primera dispone que «los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos». Como ya hemos indicado al principio de este apartado, en otros ordenamientos se prevé la equidad en cuanto a la distribución del daño entre el causante y el perjudicado. Aquí, aunque la redacción no es del todo clara, no se menciona para nada al dañado, y, por tanto, hay que entender que para él la reparación ha de ser total.

Las personas a las que se refiere la graduación son, creemos, el causante del daño y los guardadores legales o de hecho. Si han intervenido en el delito dañoso personas distintas del inimputable como autores o cómplices, será de aplicación además el artículo 116.2 CP, respondiendo los guardadores en el mismo concepto participativo que el inimputable.

Problema añadido es si la distribución de la indemnización se ha de producir sólo en la relación interna entre el causante y el guardador (o sea, con carácter solidario) o bien con eficacia respecto al dañado, supuesto en que la responsabilidad sería mancomunada.

Aunque del texto de la norma no se deriva una solución clara, creemos que, respecto al dañado, se trata de una responsabilidad solidaria, porque ésta es la regla general respecto de los autores (art. 116.2 CP) y en el ámbito de la responsabilidad civil la ley atribuye el daño causado a la omisión de los guardadores, de manera que se considera que tanto éstos como el inimputable son causa eficiente de la producción del daño.

Se puede argüir también que el hecho de que el artículo 116 exija la fijación de cuotas no impide la solidaridad, y el artículo 118.1.1.^a.II habla de «medida», expresión que parece significar lo mismo que «cuota».

¹⁸² Así lo admite PEÑA LÓPEZ (n. 87), pp. 354 y 355. Cf. YZQUIERDO (n. 176), p. 243.

Por otra parte, éste es el criterio general de la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual (aunque contradiciendo los arts. 1137 y 1138 CC), especialmente cuando no se puede fijar con claridad la influencia de cada partícipe en la causación del daño; y en este caso, siendo la imputación fijada por la ley, y tratándose de una omisión, mal se puede determinar la contribución de cada cual al resultado producido¹⁸³.

Por tanto, los guardadores y el inimputable responden solidariamente frente a la víctima. Será en la relación interna donde se fije el alcance de la responsabilidad de cada uno. ¿Cómo fijará el Juez la cuantía? Las circunstancias a tener en cuenta pueden ser muy diversas: el patrimonio personal de unos y otros, la posibilidad de obtención o no de nuevos ingresos, la mayor o menor importancia de la omisión de los guardadores, etc.

También a propósito del antiguo artículo 20 CP se había planteado ante los tribunales si era necesario demandar al inimputable para reclamar a los guardadores. El TS lo negó (SS de lo Civil de 13 de septiembre de 1984 –RJ 4296– y 5 de marzo de 1997 –RJ 1650–) porque la responsabilidad de los guardadores era principal y la del enajenado subsidiaria. En la actualidad, si partimos de que la responsabilidad es solidaria, parece claro que no es necesario demandar a uno y otros conjuntamente, sino que el dañado podrá dirigirse contra uno solo de ellos (*cf.* art. 1144 CC); lo que, desde luego, no puede hacer el acreedor es dirigirse en ejecución de sentencia contra el no demandado (art. 542 LEC, a pesar del art. 1141.II CC).

Finalmente, por la parte de la deuda correspondiente al guardador, ¿tiene acción de regreso contra el inimputable? Creemos que en este caso no, porque el precepto señala con claridad que el Juez fijará en la sentencia «de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos».

4. EL CÓDIGO CIVIL

La doctrina se ha planteado si la responsabilidad civil del inimputable según el artículo 118 CP es también aplicable a los ilícitos meramente civiles, ya que el CC no hace referencia alguna al incul-

¹⁸³ Conformes con el carácter solidario de la responsabilidad, MONTÉS PENADÉS (n. 176), pp. 632 y 633; QUINTERO OLIVARES (n. 180), pp. 579 y 580; PEÑA LÓPEZ (n. 87), pp. 347 y 348.

Por el contrario, YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 243, no considera al artículo 116 decisivo a este respecto, y opina que será el juez el que decidirá en la sentencia si la responsabilidad es mancomunada o solidaria (pero, ¿según qué criterio?).V. también MOLINA BLÁZQUEZ (n. 176), p. 142.

pable, sino que tan sólo existe la cláusula general del artículo 1902, que exige culpa o negligencia.

La cuestión tiene especial relevancia práctica, pues el juez penal sólo podrá imponer la responsabilidad civil del inimputable si el proceso concluye con sentencia absolutoria (art. 119 CP). En muchas ocasiones la perturbación mental se apreciará fácilmente, con lo que no será necesario llegar al juicio oral, sino que el proceso terminará con auto de sobreseimiento libre conforme al artículo 637 LECrim. En tal caso, el dañado deberá acudir al orden jurisdiccional civil. Y entonces surge el problema de si en esta vía se puede condenar al inimputable a la reparación; una buena parte de la doctrina lo defiende, y veremos aquí con brevedad sus argumentos principales.

La analogía con el artículo 118.1.1.ª CP. La mayoría de los defensores de la responsabilidad civil del inimputable se basan en la analogía para defender esta obligación indemnizatoria¹⁸⁴. Más aún, se señala que esta responsabilidad «se deduce, no tanto de una extensión analógica del artículo 20-1.º [TR CP 1973] como del hecho de suministrar este precepto un criterio seguro para interpretar el artículo 1.902, por cuanto no hay razón para distinguir, en este aspecto, entre la indemnizabilidad del hecho dañoso cuyo tipo constituye delito o falta, y el que no; y menos para suponer que la regla del artículo 20 citado sea excepcional»¹⁸⁵.

La analogía es un argumento que, para ser aplicado, requiere que el ámbito de normas en que se encuentra cada uno de los supuestos (el regulado y el no regulado) se inspiren en los mismos principios¹⁸⁶. Y las normas del Código penal y las del Código civil sobre responsabilidad civil no se basan en los mismos principios en lo que a esta cuestión toca.

Para ello es necesario echar una ojeada a los antecedentes históricos de la elaboración de aquellas normas del Código penal. Dichas normas fueron tomadas básicamente del Código penal de Brasil de 1831¹⁸⁷, que también regulaba la responsabilidad civil

¹⁸⁴ DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC* (1987), pp. 876 y 877; GÓMEZ CALLE, «La responsabilidad civil del menor», *Derecho privado y Constitución*, 7 (1995), pp. 127 y 128; PANTALEÓN (n. 147), p. 1865; DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 302.

¹⁸⁵ LACRUZ (n. 76), p. 467; DE ÁNGEL (n. 154), p. 308.

¹⁸⁶ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auf., Springer, Berlin-Heidelberg-New York (1979), p. 366: «La integración de la laguna legal mediante el recurso a un principio establecido por la ley, se basa en que el hecho no regulado expresamente por la ley es precisamente aquél al que el principio (igualmente) se aplica, *sin que intervenga aquí un principio contrario*».

¹⁸⁷ Los autores españoles utilizaron una traducción francesa, realizada por FOUCHER, autor francés que se dedicó a traducir a su lengua algunos de los Códigos penales de la época: *Code Criminel de l'empire du Brésil*, L'Imprimerie Royale, Paris, 1834.

derivada del daño constitutivo de delito. Su artículo 10 establecía que «No serán considerados como criminales: 1.º Los menores de catorce años. 2.º Los locos de toda clase, salvo cuando tuvieran intervalos lúcidos, y que, durante este tiempo, cometieran un delito. 3.º Aquellos que cometieron los crímenes constreñidos por la fuerza o por un miedo irresistible. 4.º Aquellos que cometieron accidentalmente los crímenes en el ejercicio o la práctica de cualquier acto lícito, hecho con la atención ordinaria». A continuación, el artículo 11 disponía que «Aunque las personas mencionadas en el artículo precedente no pueden ser castigadas, deberán reparar con sus bienes el perjuicio causado». Y el artículo 22 aclaraba que «La satisfacción será siempre tan completa como sea posible; los casos de duda serán decididos a favor del ofendido».

Si se observa, se trata de normas que no tienen parangón en ningún otro ordenamiento. Incluso en el caso del daño causado por fuerza irresistible, accidentalmente, o en el ejercicio de un acto lícito, aquél había de ser reparado. Nuestro legislador no llegó a tanto, pero ganas no le faltaron a alguno de la comisión codificadora. Así, Pacheco hacía notar que «Hemos visto que en el caso de la exención 8.^a del artículo 8, es decir, cuando el mal o el daño han sido causados por accidente, no sólo no se exige responsabilidad alguna criminal, sino que tampoco hay concedida la civil, a fin de que se reintegre de sus perjuicios el dañado o perjudicado. 8. Después de haber visto con detención lo que el artículo dispone en otros supuestos, en los cuales tampoco hay delito, y en particular en los casos de los dementes, de los menores y de los que obraron por miedo, confesamos que no podemos aprobar aquella exención absoluta, y que si estos han de estar sujetos a responsabilidad civil, los que por accidente dañaron, no pueden menos, en justicia, de estar también sujetos a ella. 9. No se nos arguya con que cuando hay acaso, no hay delito; porque delito no hay nunca en las hipótesis del artículo 8.º, si hubiere moralmente delito, aquel artículo sería injusto. Pero cuando a un menor de nueve años, cuando a un delirante, los hacemos responsables de sus obras para la indemnización del daño causado, ¿cómo no han de tener la misma responsabilidad los que dañaron o perjudicaron por accidente? ¿Dejaron de hacer estos el mal por una acción propia? ¿Dejará de aplicárseles la regla de derecho que al loco y al menor aplicábamos más arriba? Y si es así, ¿cómo no han de tener la responsabilidad que el loco y el menor tienen? 10. Ya lo digamos (*sic*) antes. Para que de un daño que hemos causado, no se nos siga ni responsabilidad criminal ni responsabilidad civil, es necesario que no sólo nos hayamos conducido con inocencia, sino también con derecho. Cuando

esto no sucede, no habrá delito, no llevaremos pena; pero indemnizaremos el mal que hayamos producido con nuestras obras. Si por accidente hemos matado a un trabajador ¿qué ley nos ha de eximir de indemnizar a sus hijos desvalidos y huérfanos? 11. Nos parece, pues, que hay este defecto en el artículo. Donde este dice que no está comprendida la exención de responsabilidad civil en la de responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 7 y 10 del artículo 8.º, nosotros hubiéramos añadido uno más, diciendo que tampoco estaba comprendida la del número 8 del mismo artículo. La lógica y el buen sentido lo reclamaban igualmente en nuestro concepto»¹⁸⁸.

Por otra parte, en la doctrina penal es corriente hacer una división tajante entre la antijuridicidad y la culpabilidad, de manera que las conductas lícitas (ej., legítima defensa) no sólo eximen de responsabilidad criminal, sino de cualquier otro tipo de medidas penales. Sin embargo, los actos de los inimputables sí son antijurídicos y, por tanto, pueden dar lugar a la adopción de ciertas medidas, como el internamiento en centros de rehabilitación (*cfr.* arts. 101 a 104 CP). Partiendo de estas premisas, se suele considerar la responsabilidad civil como una consecuencia más, automática, de la conducta antijurídica no culpable¹⁸⁹.

En efecto, todo el artículo 118 CP se basa en esta idea, que, aplicada con todo su rigor, lleva a consecuencias difícilmente aceptables. Veamos un ejemplo: «A» fallece aparentemente sin testamento, y su sobrino «B» es declarado heredero *ab intestato* conforme a las normas de la Lec. El heredero putativo decide arreglar la casa de su tío y tira unos cuantos cachivaches para él aparentemente sin valor. A continuación, «C», antigua amante de «A» se presenta con un testamento ológrafo del causante por el que se la nombra heredera universal de sus bienes. Toma posesión de ellos y percibe que «B» destruyó unas cuantas cartas de amor a las que

¹⁸⁸ *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, Viuda de Perinat (1856), sub artículo 16.4.ª, pp. 286 y 287.

¹⁸⁹ Dos botones de muestra:

– STS 9 de diciembre de 1993 (2.ª, RJ 9761): «La absolución es una instrumentación procesal que puede provenir de dos fuentes distintas: 1.ª La inexistencia de delito o falta al concurrir una causa de justificación (legítima defensa, ejercicio de un derecho), en cuyo supuesto sí que no nace responsabilidad civil al no existir la fuente, que es el delito o falta. 2.ª La existencia de infracción penal aunque sin responsabilidad de tal orden, como ocurre con las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (enajenación mental, etc.) o de inexigibilidad de otra conducta (por ejemplo, miedo insuperable); en cuyos casos sí surge la responsabilidad civil».

– QUINTERO OLIVARES (n. 180), pp. 578 y 579: «Lo que da lugar al nacimiento de la obligación *ex delicto* de indemnizar daños y perjuicios no es el “delito”... sino exclusivamente la realización de un acto injusto y típico, con independencia de que además sea atribuible a un sujeto imputable y de que el responsable pueda ser tenido o no como culpable en sentido técnico» (el subrayado es del autor).

tenía gran afecto. Ahora «C» demanda a «B» por el daño moral causado (error en el tipo; *cf.* arts. 14 y 118.2 CP).

Otro: «A» trabaja en un banco, donde entra «B» armado con una pistola y exige al primero que le entregue la llave de la caja fuerte, de la que sustrae 10.000 euros. Ahora el banco, ante la imposibilidad de encontrar a «B» demanda a «A» la restitución del dinero (miedo insuperable; *cf.* arts. 20.6.º y 118.1.4.ª CP).

En el sistema del Código civil, para que surja la obligación de indemnizar, no sólo es necesario que la conducta sea ilícita, sino también culpable. En el Código penal no es así; por eso, sus preceptos referidos a esta cuestión ni son aplicables por analogía ni constituyen un criterio seguro para interpretar aquél. Como ha señalado alguna doctrina, se trata, en definitiva, de normas excepcionales (*cf.* art. 4.2 CC)¹⁹⁰.

Pero es que aún hay más: En los casos anteriormente citados es hasta discutible que esas conductas sean antijurídicas, porque el ordenamiento no puede exigir al hombre que se comporte más allá de lo razonable en atención a las circunstancias, o, de lo contrario, se está imponiendo una responsabilidad objetiva, que prescinde de la antijuridicidad. Y, desde luego, ni al heredero putativo ni al cajero del banco les es exigible otra conducta.

El antiguo artículo 32.II CC. La redacción original del artículo 32.II CC, después de enumerar las restricciones de la capacidad, señalaba que «los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero». El artículo fue derogado por la Ley de reforma de la incapacitación de 1983, pero la doctrina, antes y después, se ha apoyado en su mención literal de los «hechos» del incapacitado para sostener la responsabilidad civil del inimputable¹⁹¹.

Frente a lo anterior, hay que decir que la finalidad fundamental del precepto era aclarar que ya no existía la muerte civil en nuestro Derecho, y que las situaciones allí enumeradas no impedían la titularidad de derechos y obligaciones, pero nada más¹⁹².

¹⁹⁰ El primero que insistió en este argumento fue ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, 997 y 998, nota 2 [ahora en n. 75 (2002), pp. 960 y 961]. Luego, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid (1988), p. 191; PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 357; e YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 240.

¹⁹¹ DE ÁNGEL (n. 154), p. 309; CONDE PUMPIDO, «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», *Estudios Castán*, II, Aranzadi, Pamplona (1969), p. 83; DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 303; YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 241. LATOUR BROTONS, «Responsabilidad civil de los incapaces», *Homenaje a Roca Sastre*, III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid (1976), pp. 148 y 149, matiza: «cuando en ellos concurre una cierta capacidad de entender y querer el acto».

¹⁹² Muestra de ello es que los primeros comentaristas del Código, al referirse a este artículo, lo primero que indicaban era la desaparición de la muerte civil. Así, MANRESA,

La equidad. También se ha defendido la responsabilidad civil del inimputable acudiendo a la idea de equidad, porque no parece justo que un menor de poca edad o un loco con gran patrimonio no haya de indemnizar un daño por él producido¹⁹³. Tal opinión creemos que no está respaldada por la ley porque el artículo 3.2 CC dispone que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Y en este caso, de condenarse al inimputable, la decisión se basaría exclusivamente en la equidad, porque no hay artículo alguno en el Código civil que permita sustentarla, y porque principio general de nuestro ordenamiento es la responsabilidad por culpa¹⁹⁴.

Por otra parte, en el caso de enfermos mentales crónicos, la equidad más bien impone la solución de la irresponsabilidad¹⁹⁵, porque normalmente son personas con poco patrimonio y, sobre todo, con pocas posibilidades de incrementarlo mediante su trabajo, de manera que los pocos bienes de que disponen serán la única fuente para procurarse un tratamiento médico y asistencial adecuado¹⁹⁶.

La aplicación de las normas sobre enriquecimiento. Pacheco, al que ya se ha citado, alegaba una razón añadida a la responsabilidad civil del inimputable: «no hay aquí pena, no hay aquí castigo, no hay expiación, como no los hay cuando se satisface una deuda que se contrajo. Razonable y justo es que respondamos de las consecuencias de nuestros hechos; y de esto no puede eximirnos el triste estado de nuestra inteligencia. Así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. Sus semejantes no han de sufrir, porque él sea loco, más de lo necesari-

Comentarios al Código civil español, I, 4.ª ed., Hijos de Reus, Madrid (1914), p. 220, y SCAEVOLA, *Código civil*, I, 4.ª ed., Sociedad Editorial Española, Madrid (1902), p. 464.

¹⁹³ YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 239; DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 306; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5.ª edn., Montecorvo, Madrid (1989), p. 54.

¹⁹⁴ En esta línea, la STS 1.ª 29 de diciembre de 1998, fund. 3.º, 4 (RJ 9980), donde se rechaza expresamente la reducción de la indemnización en atención exclusiva a la equidad.

¹⁹⁵ De la misma opinión VINEY (n. 168), p. 261.

¹⁹⁶ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Preámbulo, t) señala que «Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza...»

Y todavía se puede añadir que la responsabilidad civil del enfermo mental se adecua muy mal a determinados tipos delictivos. Pensemos en la omisión del deber de socorro (art. 195 CP); ¿debe responder civilmente un enfermo mental por no haber prestado la asistencia de un hombre medio en sus mismas circunstancias? Lo mismo podría decirse del delito de abandono de familia (art. 226), de las calumnias e injurias (arts. 205 y ss.), de la comisión por omisión (art. 11), etc.

rio, los desastrosos efectos de sus obras»¹⁹⁷. La alegación no merece mucho comentario. Baste observar que la comida le reporta una utilidad, y es por ello por lo que debe pagarla, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto. Consecuentemente, el artículo 1304 CC obliga al incapacitado, en caso de nulidad del contrato, a restituir en la medida en que se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.

La apreciación objetiva de la culpa. Un amplio sector de la doctrina opina que la culpa en materia de responsabilidad extracontractual ha de apreciarse de un modo puramente objetivo. La defensa de la irresponsabilidad del enajenado «es uno de los casos más flagrantes en que la introducción de las ideas morales en el campo de la responsabilidad, la confusión constante entre el delito civil y el delito penal ha alterado las soluciones racionales de la ley civil. El enajenado no tiene culpa de su acto, pero sí tiene culpa de ser enajenado, como se tiene culpa de ser torpe o deshonesto. Nada ha hecho para merecer su suerte, pero, ¿en qué es responsable el torpe de su torpeza?... Lo que crea la responsabilidad de una persona es el hecho de no ser como todo el mundo»¹⁹⁸. Y se añade que «el estudio del fundamento de la responsabilidad conduce, en efecto, a pensar que está en culpa (*faute*) aquel que no se conduce de una manera social... La culpa civil es una noción puramente social y no moral», de manera que «el carácter social de la culpa postula una apreciación objetiva de las conductas»¹⁹⁹.

Esta postura tiene coherencia interna y se la da también a la distinción que se hace en este trabajo entre antijuridicidad y culpa. Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho español, se puede sostener que el Código civil no exime expresamente de responsabilidad a los que actúan sin culpa, y que la palabra «culpa» empleada en el artículo 1902 está unida por la conjunción copulativa «o» al término negligencia, que, ciertamente, no parece referirse a los inimputables, sino a los que no se comportan de acuerdo con cierto modelo de conducta.

¹⁹⁷ (n. 188), p. 281.

¹⁹⁸ RIPERT, citado por MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. TUNC, 1957, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, 5e edn., Montchrestien, Sirey, París, núm. 461, p. 437.

¹⁹⁹ MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC, *ibidem*. En sentido parecido, opina ATAZ (n. 92), p. 271, que «porque la responsabilidad civil no es una pena, se puede condenar a un demente a que repare un daño que ha causado por no actuar como un hombre normal, aunque no estuviera en su mano actuar de otra forma, aunque fuera imposible que el demente en cuestión se comportara como un hombre diligente. La condena a reparar los daños y perjuicios tan sólo supone que es el patrimonio del demente el que corre con el riesgo de su actuación objetivamente imprudente» (las cursivas son del original). Similar, YAÑEZ VIVERO (n. 177), pp. 39 y ss.

Sin embargo, creemos que la solución más plausible en nuestro Código civil es que los llamados inimputables están en principio exentos de responsabilidad (no, p. ej., si se debe a una embriaguez: *actio libera in causa*). Y ello, por diversas razones.

Desde un punto de vista filosófico, se puede defender, desde luego, que el torpe no tiene culpa de su torpeza, y por la misma regla habría de responder civilmente el inimputable. El planteamiento en estos términos conduce, en última instancia, a una cuestión filosófica –libertad o determinismo en el actuar humano–, que no cabe aquí tratar. Pero baste señalar que tales opiniones parten, consciente o inconscientemente, de un determinismo moral, según el que nadie, sano o loco, puede actuar de modo distinto a como lo hace. Esto lleva al fatalismo y a la destrucción de la conciencia de la propia responsabilidad. Una sociedad que cree en el hombre, en su mejora y perfección a través de distintos instrumentos –incluido el Derecho–, tiene que partir de la libertad moral de los miembros que la componen. Y como ha señalado alguna doctrina, la responsabilidad por culpa entraña una elevada concesión a la libertad y a la significación moral del hombre²⁰⁰.

Por otra parte, en el propio Derecho de la responsabilidad civil se admite, como ya hemos visto antes, que el dolo convierta en antijurídico un acto que no lo sería sin la intención de perjudicar (así, ciertos casos de abuso del derecho). Y eso es, desde luego, una valoración moral.

Desde un punto de vista más técnico, en las opiniones defensoras de la responsabilidad civil de los inimputables subyace la idea de que se ha producido un daño y que, a la hora de decidir quién ha de sufrirlo, el causante material, aunque sea un demente, o el dañado, es preferible que lo padezca aquél. Este enfoque nos parece discutible por dos razones:

Se parte de la idea de que el ordenamiento se encuentra indiferenciadamente ante dos patrimonios y que debe decidir en contra de uno de ellos. Sin embargo, esto no es exactamente así. En realidad, cuando se plantea el caso ante los tribunales ya se ha producido un daño en uno de los patrimonios, y el Derecho debe tener una razón muy poderosa para trasladar ese daño artificialmente empleando los medios materiales y personales de la administración de justicia²⁰¹, del patrimonio del dañado al de otra persona. Y una de

²⁰⁰ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid (1983), p. 257. En la misma línea señala FERRINI (n. 8), núm. 21, p. 738, que «la valoración del momento psicológico extendida a todas las relaciones de Derecho privado constituye un gran título de gloria, quizá el más grande, para la jurisprudencia romana».

²⁰¹ Es decir, añadiendo lo que los economistas llaman costes terciarios.

esas poderosas razones en nuestro sistema es la culpa del causante del daño (salvo, lógicamente, los casos especiales).

En segundo lugar, el requisito de la antijuridicidad supone una valoración jurídica de las circunstancias que han producido el daño. Por eso, no siempre que existe una relación causal según las leyes físicas ésta tiene relevancia para el Derecho, sino que se discriminan causas relevantes e irrelevantes. De manera que hay muchos supuestos en que entre el mero causante material del daño y el dañado, el ordenamiento decide que sufra este último el perjuicio (más bien, que no se traslade del patrimonio del dañado al de otra persona).

En el sistema de valores predominante en nuestra sociedad está claro que el loco o el menor de corta edad no saben lo que hacen y, en cambio, el torpe sí puede actuar diligentemente (*cf.* art. 20.1.º CP, que exime de responsabilidad penal cuando «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión»). Por ello es lógico hacerles responder en distinta medida.

Desde el punto de vista histórico (art. 3.1 CC), existe una tradición de 2.000 años que hace irresponsable a los inimputables, y para entender que el legislador cambió de opinión habría hecho falta una afirmación concluyente. En este sentido, todos los Códigos que establecen la responsabilidad civil de los enfermos mentales y menores le dedican un precepto específico²⁰².

Aparte de lo dicho, la solución que opta por la responsabilidad del enfermo mental o del menor es incoherente desde otros puntos de vista. Para ser lógicos, sus contratos deberían ser válidos; el cocontratante no tendría por qué sufrir las consecuencias de su falta de discernimiento.

Algunos autores²⁰³, sin embargo, consideran que la diferencia entre el consentimiento contractual y la responsabilidad extracontractual «radica en que para contraer obligaciones voluntariamente se requiere una madurez mental que no se necesita para discernir entre la conducta lícita e ilícita». Ciertamente, como principio, contratar requiere mayor discernimiento que determinar lo que es o no lícito; por ello, la llamada Ley Penal del Menor se aplica a los mayores de 14 años. Es decir, que un sujeto puede tener discernimiento para saber que un acto es delictivo, pero no para contratar

²⁰² DE SALAS MURILLO (n. 75), pp. 305 y 306, aceptando la responsabilidad del inimputable, llega a decir que se trata de un caso de responsabilidad objetiva. Hay aquí una clara confusión conceptual. Se puede decir que el inimputable responde porque la negligencia se aprecia de modo objetivo, pero eso no es una responsabilidad objetiva, que es aquella en la que se prescinde de la antijuridicidad de la conducta del sujeto.

²⁰³ SANTOS BRIZ (n. 193), que, a su vez, recoge la opinión de García-Valdecasas.

válidamente. Ahora bien, una vez establecido por el tribunal que el sujeto no distingue lo lícito de lo ilícito, no hay razón para distinguir en cuanto a sus efectos la limitación de facultades intelectivas y volitivas en el campo contractual y en el extracontractual.

Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, se podría llegar al absurdo de que, declarada la nulidad de un contrato por falta de discernimiento de uno de los contratantes, o incluso por estar incapacitado o ser menor de edad, pudiera el otro reclamar por vía extracontractual la indemnización de los daños y perjuicios que tal anulación le ha causado. Sin embargo, ello se opone a lo dispuesto en el artículo 1304, que sólo obliga a restituir en cuanto la prestación resultó en utilidad del incapaz.

La divergencia entre la disciplina del consentimiento contractual y la responsabilidad civil extracontractual de los actos del menor o el enfermo mental podría dar lugar a otras inconsecuencias, como, p. ej., que se declarara por un tribunal penal la responsabilidad civil del incapaz por la realización de un contrato nulo civilmente (si es menor de edad, por la vía del artículo 61 de la Ley Penal del Menor). Aun cuando el supuesto no sea fácil, ya en la STS (Penal) de 16 de junio de 1961 (RJ 2196) se apreció la atenuante de enajenación mental en la comisión de varios delitos de malversación, falsedad en documento público y apropiación indebida. Si en vez de atenuante, el Tribunal hubiera apreciado eximente, resultaría que las operaciones de malversación serían nulas civilmente por falta de discernimiento del contratante, pero darían lugar a responsabilidad civil extracontractual derivada de los preceptos del Código penal.

Por otra parte, en los países en que no se admite la exención de responsabilidad por falta de aptitudes mentales, se plantean graves problemas, tanto teóricos como prácticos.

Así sucede en aquéllos que establecen la responsabilidad civil de los enfermos mentales y la irresponsabilidad de los menores si se acomodan a la conducta de un menor de su edad.

No convence tal opinión. Los menores han de desarrollarse afectiva e intelectualmente conforme a las pautas que le son necesarias, así que pueden jugar al escondite, al fútbol, a las canicas, o lo que sea. Pero en el desempeño de sus actividades han de respetar a los demás exactamente igual que la persona modelo. Por eso, no pueden coger el jarrón chino en la casa donde están invitados, jugar al balón en un parque lleno de personas, al «pillao» atropellando a los circundantes, patinar por las calzadas de las calles, ni molestar a los demás en un restaurante, etc. De ahí que los guardadores legales hayan de estar pendientes de que no realicen tales actividades,

pudiendo y debiendo corregirles «razonable y moderadamente» (antigua redacción del art. 154 CC).

Tampoco convence la opinión que defiende que un anciano ha de comportarse con la diligencia media de un anciano de su misma edad. Así, p. ej., no puede un señor impedido tardar cinco minutos en cruzar una calle cuando el semáforo está ya verde para los automóviles. En este sentido, en la STS de 4 de octubre de 2002 (RJ 9254) se narra «Que sobre las 21,04 horas del día 17 de febrero de 1995 se estacionó en la estación de ferrocarril de Ribadavia el tren 2704 –Vigo/Ourense–, haciéndolo en la vía III andén segundo, realizando la parada reglamentariamente prevista en un minuto, en cuyo espacio de tiempo se apeó la viajera, doña María del Carmen A. M., de 66 años de edad, portando una bolsa de viaje, iniciando el tren la marcha, en cuyo instante le empezaron a temblarle a aquélla las piernas, tambaleándose y perdiendo el equilibrio, recayó hacia la vía, siendo alcanzada por el último vagón, sufriendo lesiones de tal gravedad que le determinaron la muerte»; RENFE fue absuelta. O sea, el tiempo para bajarse era de un minuto: para todos.

Con respecto a los derechos de los demás, las personas de limitadas capacidades físicas o intelectuales han de comportarse como cualquiera (v., otra vez, sobre este asunto, lo que se dice sobre la «culpa» de la víctima en el apartado VI, «Utilidad de la distinción entre antijuridicidad y culpa»). Con todo, en ocasiones, se puede dar una relevancia superior a la norma de valoración de manera que los demás deban tener en cuenta la existencia en las cercanías de personas irresponsables o limitadas (p. ej., la señal de tráfico que indica la presencia de un colegio). Pero tales limitaciones no pueden establecerse indiscriminadamente porque paralizarían la vida social.

Desde el punto de vista práctico, la responsabilidad de los inimputables puede dar lugar a resultados chocantes. En Francia, tras la reforma que impuso la responsabilidad civil del enfermo mental, se planteó ante los tribunales este caso: un hombre y una mujer estaban uno junto a otro en un mercado; el hombre sufrió un infarto, perdió el conocimiento y cayó con tan mala fortuna que arrastró a la señora en su caída, ocasionándole graves heridas. La perjudicada demandó al causante por los daños sufridos, y éste alegó que no había existido culpa por su parte, corroborándolo además el dato de que poco antes se había sometido a un reconocimiento médico con resultado negativo. En primera instancia fue absuelto, pero el tribunal de segunda instancia lo condenó; finalmente, la Corte de Casación, Sentencia de 4 de febrero de 1981, confirmó la decisión

de primera instancia, por considerar que la pérdida de consciencia como consecuencia de un infarto no es una perturbación mental²⁰⁴.

En el fondo, el problema de la culpa en sentido estricto es más bien una cuestión de causas de disculpa. El ordenamiento parte de la base de que los ciudadanos pueden comportarse conforme a los criterios más arriba señalados. Pero hay casos en que ciertas personas, por razones de carácter físico o psíquico (no sólo por una enfermedad, sino por, por ejemplo, falta de formación) no pueden actuar así, y entonces se les exonera de responsabilidad²⁰⁵.

No obstante, hay que tener en cuenta que la mayoría de las personas que se encuentran menos facultadas que el hombre modelo para actuar correctamente pueden reflexionar previamente sobre su minusvalía y tomar las medidas necesarias para comportarse conforme a la norma. Si no lo hacen, no están disculpadas, porque pudieron comportarse de acuerdo a lo exigido. Evidentemente, hay aquí una cierta injusticia porque unas personas tienen más facilidad que otras para acomodarse a la norma, pero eso no cuenta en Derecho.

Sin embargo, existen seres humanos que carecen de conciencia o voluntad suficiente para adecuarse a la norma. En tal caso, a nuestro juicio, no hay responsabilidad civil.

Antes de terminar este apartado, es importante poner de manifiesto que la dificultad de acomodarse al modelo de conducta no sólo puede venir propiamente de deficiencias mentales o físicas. Todos los años un número importante de extranjeros de África llegan en barcas a España de modo ilegal. Es evidente que estos sujetos desconocerán en muchos casos hasta lo que significa un paso de cebra²⁰⁶ (en el fondo, error o desconocimiento sobre el contenido de la norma).

Con todo, no se niega que distinguir entre las circunstancias que exoneran y no lo hacen es tremendamente difícil. Frente al caso que acabamos de poner, es evidente que el automovilista novel o el médico primerizo no pueden exculparse porque tienen menos experiencia que los demás.

²⁰⁴ Los hechos aparecen recogidos en *RTDC* (1979), pp. 386 y 387, con un comentario de DURRY.

Por otra parte, la inconsciencia es sin duda un estado mental y una perturbación mental. V. FINKELSTEIN, «On the distinction between conscious and unconscious states of mind», *American Philosophical Quarterly*, 36 (1999), pp. 79 y ss.

²⁰⁵ Muchos penalistas [en España, MIR PUIG (n. 61), p. 541, y MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 355, p. ej.] hablan de la culpabilidad como capacidad de ser motivado por la norma. A veces los civilistas reconocen esta idea sin ser conscientes de que tal expresión parte de una concepción filosófica determinista.

²⁰⁶ FLEMING (n. 94), p. 120, nota 21, recoge un caso americano de 1970 en que se excusó a una chica alemana por no usar el cinturón de seguridad de un automóvil porque nunca antes había visto uno.

La doctrina penal suele hablar, a propósito de la culpa, de «culpabilidad» como elemento del delito²⁰⁷. Aquí se evita ese sustantivo porque supone una cualidad que pertenece a la persona; esto tiene sentido en Derecho penal respecto de los menores de 18 años, porque, por decisión legal, no son imputables. Sin embargo, en materia de responsabilidad civil, no existen personas culpables o no, sino actos culpables o no; no se libera de responsabilidad al loco en cuanto loco, sino en cuanto que en un acto concreto no pudo ser dueño de sí.

V. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

La contrapartida de la antijuridicidad y la culpa es el caso fortuito o fuerza mayor. No se refiere a ellas el Código a propósito de la responsabilidad extracontractual, pero sí aparecen definidas en el artículo 1105, en materia de responsabilidad contractual, porque en Derecho romano tales expresiones surgieron a propósito de los contratos de custodia (depósito, comodato, prenda; también arrendamiento). Por esa misma razón, normalmente se habla de caso fortuito como suceso extraordinario, extraño al agente, etc.; la expresión surge para referirse a casos en que el deudor tiene la cosa en su poder y a pesar de eso no responde, por lo que, entonces, algo muy extraordinario, extraño al deudor, ha tenido que suceder para exonerarle de responsabilidad (terremoto, rayo, etc.).

Aunque algunos autores y alguna sentencia aislada pretenden distinguir entre una y otra expresión –caso fortuito y fuerza mayor– en general el Código las utiliza en sentido equivalente²⁰⁸. Suponen que el daño, aun estando en la esfera de actuación del agente, se produce por un hecho imprevisible, o si previsible, inevitable. En realidad, lo anterior no aclara mucho, porque casi todo es previsible y evitable; el Código se está refiriendo a la imprevisible o inevitable de acuerdo con el esfuerzo o diligencia que es exigible al que actúa.

Por tanto, licitud y caso fortuito son dos caras de la misma moneda (daño + licitud = caso fortuito). De hecho, lo más lógico sería que la ley no mencionara siquiera el caso, como hace el actual Código penal.

²⁰⁷ Y también algún sector de la doctrina civil. Así, PEÑA LÓPEZ (n. 87), *passim*.

²⁰⁸ D'ORS (n. 14), § 407, señala que ya en los textos romanos los términos *vis maior* y *casus maior* o *fortuitus* son sinónimos. No obstante, durante la época del Derecho Común hubo algunos esfuerzos doctrinales por distinguirlos.

Pero, a pesar del origen de la expresión «caso fortuito» y del tenor del artículo 1105, hay que afinar lo anteriormente dicho, porque hoy día más bien lo que se debe tener por caso fortuito es cualquier supuesto en que el dueño del bien ha de soportar el daño, bien porque la conducta del causante no sea antijurídica, bien porque no sea culpable²⁰⁹.

No obstante, el Código (arts. 1905 y 1908.3.º, 1784) y, sobre todo, algunas leyes modernas extracodiciales (como la LRJAP y la reguladora de los accidentes automovilísticos) exoneran sólo en el caso de fuerza mayor, como un supuesto que pretende ser más excepcional aún que el caso fortuito. Pero dónde radique la diferencia es un auténtico misterio; las distinciones al respecto de la doctrina y jurisprudencia administrativas son poco convincentes. Así, se suele decir que hay fuerza mayor cuando el hecho es exterior al servicio, y en los demás casos se responde; pero, p. ej., en la actividad médica el hecho es interior al servicio, y el criterio para la responsabilidad no puede ser otro que el de la licitud.

VI. UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y CULPA

Puesto que se ha defendido aquí que el que no incurre en culpa no responde, podría plantearse la cuestión de para qué la distinción si al final el resultado alcanzado es el mismo que con el antiguo concepto amplio de culpa.

Por otro lado, también se ha dicho que la confrontación entre la más antigua doctrina que centra la antijuridicidad en el resultado y la más moderna que lo hace en la conducta «no tiene apenas una significación práctica digna de mención en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Pues normalmente da igual si la responsabilidad del causante del daño que ha observado las normas de cuidado está excluida por falta de antijuridicidad o por falta de culpa. Con otras palabras: apenas es concebible un caso que los partidarios de la antigua y la nueva doctrina resolvieran de modo diferente»²¹⁰.

Existen autores que opinan que la distinción entre antijuridicidad y culpa no tiene sentido porque, en el fondo, el hombre no

²⁰⁹ Dice CARRASCO (n. 87), p. 631, que «el Código civil contiene en el artículo 1.105 la descripción del supuesto en que el deudor no responde. Cuando las normas particulares utilicen el concepto de *caso fortuito* habrá que entender que incorporan esta descripción». Y más adelante señala más rotundamente que «hay *caso fortuito siempre que el deudor no esté en culpa*» (p. 637). En el mismo sentido, para el Derecho italiano, CIAN (n. 50), p. 14.

²¹⁰ KÖTZ (n. 158), núm. 99, p. 42.

puede comportarse mejor de lo que puede hacerlo conforme a sus concretas capacidades: debe implicar puede²¹¹. «No tener en cuenta las dotes individuales en la valoración de la diligencia crea sustancialmente una forma de responsabilidad objetiva, porque evidentemente no se puede reprochar al individuo no haber hecho lo que no estaba en condiciones de realizar»²¹².

Por otro lado, desde la teoría general de la norma, se afirma que la ley solo puede ordenar actos de voluntad, de manera que, donde no hay voluntad, no hay antijuridicidad²¹³.

Se añade, además, que, si se distinguen grados de negligencia según grupos de personas –como suele hacer buena parte de la doctrina–, se puede naturalmente acabar por individualizar la negligencia (ej., el grupo de los que viven en Murcia, tienen 49 años y son profesores titulares de Derecho civil, a fin de delimitar la diligencia del profesor en las explicaciones de clase)²¹⁴.

Además, toda norma requiere su conocimiento por el destinatario, en la medida en que va dirigida a la psique de éste. En los menores y enfermos mentales no hay tal conocimiento, ni posibilidad de él, de manera que la distinción entre antijuridicidad y culpa cae por su propio peso²¹⁵.

A lo anterior se podría oponer que el Derecho (penal) reconoce actividades antijurídicas frente a las que cabe la legítima defensa. Ante ello, los autores negadores de la distinción señalan que el que una conducta previa no sea antijurídica no impide necesariamente que el sujeto se pueda oponer o defender de ella, si no tiene el

²¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 524 y ss., 574 y ss. Para OTTO (n. 61), § 12, 4, «aunque deber, capacidad de comprensión y capacidad de seguir esa comprensión constituyen, por tanto, una unidad *objetiva* (cursiva del original) en una doctrina personal del ilícito, sin embargo es posible y adecuado distinguir entre ilicitud y culpa por razones sistémicas y de pedagogía social».

Por su parte, MÜNZBERG (n. 63), pp. 195 y 205 y ss. no niega expresamente la distinción pero la deja en una penumbra que, en el fondo, supone su rechazo.

²¹² CIAN (n. 50), pp. 205 y 209.

²¹³ CIAN (n. 50), pp. 212 y 215; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 521 y 522.

²¹⁴ Cf. MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 658 y 701.

²¹⁵ CIAN (n. 50), *passim*, pero especialmente pp. 351 y ss., y p. 388.

Igualmente, MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), *passim*, si bien de una manera mucho más pormenorizada y analítica que el anterior, basándose en una teoría comunicativa de la norma, que sigue las modernas aportaciones de la filosofía del lenguaje. V., con todo, pp. 478 y ss., 580 y 581. En estas últimas llega a defender la existencia intermitente de las normas: «las situaciones de plena inconsciencia, y en general de ausencia de acción, hacen desaparecer el deber jurídico. Ello supone que respecto de cualquier persona el deber jurídico es intermitente –no le obliga mientras duerme, por ejemplo–, sin que ello entrañe problema alguno».

En p. 600 señala que «si la antijuridicidad se concibe como un juicio por el que se establece que un comportamiento es contrario a una obligación jurídica legalmente impuesta (a un deber jurídico), no cabe hablar de injusto no culpable. Entre los elementos esenciales que determinan la infracción de un deber jurídico se encuentran las circunstancias subjetivas de la culpabilidad: capacidad del destinatario de la norma, identificación de las circunstancias de cumplimiento y recepción del mandato emitido».

deber jurídico de sufrirla²¹⁶. Esto último es cierto; si dos desalmados me cogen en volandas y me arrojan sobre un tercero, éste puede repeler mi caída sobre él, desviándome hacia el suelo.

En la doctrina de los autores últimamente citados hay implícita o explícitamente una consideración del Derecho como fenómeno puramente lingüístico comunicativo, equiparable a la orden o mandato tal como se estudia en filosofía del lenguaje, y que ha de tener las mismas condiciones de éxito.

Determinar si el Derecho presupone un acto de comunicación lingüística, en el que el receptor debe tener conocimiento de la orden, es un complejísimo problema de filosofía del Derecho en el que apenas vamos a entrar, y simplemente porque no hace falta a nuestro propósito.

Con todo, no podemos evitar la observación de que la concepción puramente comunicativa tiene que explicar muchas cosas²¹⁷. Para empezar, desde el punto de vista del emisor, la norma desaparecería cuando muriera el que la promulgó²¹⁸. Frente a ello se dice que si la norma se emite por una autoridad normativa, su desaparición no supone la de la norma, porque otra persona toma el papel institucional de la primera²¹⁹. Sin embargo, esto supone aceptar ya que la norma jurídica no tiene la misma naturaleza que una orden o mandato corriente. Y esto lo confirma el hecho de que, cuando muere el tutor, y se le nombra otro al incapacitado, las órdenes que le había impuesto el primero (p. ej., levantarse a las siete de la mañana todos los días) ya no tienen vigencia alguna. Y ello a pesar de una persona ocupa aquí el papel institucional de otra, pero es que, como hemos dicho, el tutor emite órdenes, no normas jurídicas.

Además, la postura discutida no puede dar razón de la existencia de las normas consuetudinarias, porque toda norma necesitaría ser promulgada como acto formal comunicativo. Para salvar esta objeción se dice que «Si la costumbre se convierte en regla jurídica, es necesario que en algún momento *entre* (cursiva del original) en el sistema a través de los cauces que el propio sistema reconoce, y es ese momento cuando comienza su existencia como regla jurídica, que termina cuando es expulsada del sistema... el paso de la práctica –del ser– a la norma social –el deber ser social– requiere que en algún momento un grupo de personas, normalmente los propios integrantes del grupo en que se produce la práctica reitera-

²¹⁶ CIAN (n. 50), p. 389; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 645 y 646, 678, 705, etc.

²¹⁷ Se contemplan aquí fundamentalmente los argumentos de MOLINA (n. 61), sin negar el carácter magnífico de su obra.

²¹⁸ Igual crítica en LA TORRE, «Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm», *Ratio iuris* (1997) p. 317.

²¹⁹ MOLINA (n. 61), pp. 542 y 543.

da, comiencen a realizar juicios de rechazo de las posibles desviaciones de la práctica, con lo que adquiere existencia la regla social. Son estos integrantes del grupo quienes ocupan el papel del emisor/valedor de la norma social, y es luego el legislador quien se convierte en emisor/valedor de la norma jurídica al aceptarla en el ordenamiento»²²⁰.

Tal concepción se acerca a la que considera que la costumbre existe como fenómeno lingüístico desde el momento en que es aceptada por los órganos correspondientes, es decir, por los jueces. Sin embargo, si se considera la norma como directriz de conducta, ésta ha de ser, desde el punto de vista lógico, previa a su aplicación por los tribunales, o de lo contrario se fijaría el modo de comportamiento *a posteriori*.

Menos aún puede explicar el carácter de norma de los principios generales del Derecho, a los que son muy reluctantes muchos filósofos, pero que, desde luego, están reconocidos en nuestro Derecho y se aplican continuamente por los tribunales. Por otra parte, los principios generales no sólo son fuente independiente, sino que sirven para interpretar y aplicar las normas. Esto es manifiesto especialmente hoy día en España, donde los cambios sociales en los últimos treinta años producen vértigo; ¿en qué momento dejaron de ser ilícitas ciertas bromas sobre la Semana Santa que tanto se prodigan en los programas televisivos de humor?²²¹ Y, sin ir más lejos, la postura combatida no da cuenta de los cambios producidos en la apreciación de qué es negligencia desde que se promulgó el Código civil (p. ej., en el siglo XIX la producción de un incendio en un sembrado como consecuencia de la chispa producida por la circulación del tren se consideraba caso fortuito, y ahora no, pero no hay norma escrita especial al respecto y la solución se sigue basando en el mismo tenor literal del art. 1902 CC).

Lo dicho vale también para el Derecho penal. Así, el artículo 208.II CP señala que «Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el *concepto público* por graves». Este «concepto público» no puede ser sino los valores de la sociedad en un momento dado, que se expresan por medio de sus principios generales. El

²²⁰ MOLINA (n. 61), pp. 542 y 543.

²²¹ El artículo 525.1 CP sanciona a quienes hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, para ofender los sentimientos de sus miembros. La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid de 8 de junio de 2012 (La Ley, 70576/2012) se tuvo que enfrentar a un caso en que se emitió por televisión un cortometraje «en el que, mediante el símil de una receta de cocina, se manipula un crucifijo y se introduce en el horno afirmando que a los tres días “salía sólo en su punto”». Los acusados fueron absueltos.

artículo 426 CP dispone que «La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses». Pero no parece que cometa delito el maestro que recibe unas naranjas de un alumno, o el médico de un hospital público que recibe un jamón de un enfermo al que ha operado; para rechazar la antijuridicidad de la conducta habrá que acudir a principios generales como la adecuación social o la intervención mínima, principios nunca formulados legalmente.

Desde el punto de vista del receptor, la teoría lingüística de la orden o *command* supone la voluntad de aquél de cumplir ésta. Pero es evidente que respecto de la norma jurídica no es necesaria tal voluntad: otra diferencia clara entre norma y mandato en sentido lingüístico. Como se ha señalado acertadamente, «Reconocer la vinculatoriedad del derecho en el sentimiento de obligación de los particulares implicaría reducirlo a un fenómeno empírico no normativo, porque “estar vinculados” equivaldría a “sentirse vinculados”; significaría... una “inhibición psíquica que nos preserva de realizar determinadas acciones (prohibidas) o un impulso interior que nos empuja a realizar otras determinadas acciones (ordenadas)”, con lo que se llegaría al absurdo de que quien fuera moral o jurídica insensible no estaría obligado a cumplir las normas»²²².

Se dice que la norma, para ser tal, ha de ser conocida por al destinatario, pero:

²²² PÉREZ-LUÑO, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid (1997), p. 185, con cita de Pattaro. Como dice LA TORRE (n. 218), p. 317, «El Derecho no es una suma de mandatos o imperativos. Un mandato o un imperativo actúa interpersonalmente y su validez depende del (físico y/o psicológico) poder del sujeto que lo emite. El Derecho y las normas legales son, sin embargo, fenómenos eminentemente impersonales (cosa que ya había señalado Olivecrona, añadimos nosotros). Las normas legales continúan siendo válidas incluso cuando los sujetos que las emitieron están muertos. A veces son válidas y en vigor incluso aunque los sujetos que son sus destinatarios no han percibido su existencia, esto es, no conocen que alguien ha emitido aquellas normas. Como Habermas, no estoy convencido de esta tesis central del llamado “prescriptivismo”, a saber, que “en la estructura lógica del discurso los imperativos deben tener primacía sobre las reglas de conducta”. “El significado de la exigencia de validez universal”, continúa el filósofo de Francfort, “la exigencia de validez normativa asociada con normas de acción puede ser analizada sólo en términos de reconocimiento intersubjetivo y no en términos de mandatos generalizados”. “Una orden o un mandato” escribe Nino, “son actos de formulación de juicios normativos con la intención de que esta formulación sea relevante por razones que el destinatario tiene con anterioridad”. Para que una orden, un mandato, una prescripción, un imperativo sea efectivo, el destinatario ha de tener razones que preceden a la formulación de la orden, lo que lógicamente no puede ser fundado en la propia orden. El hecho de que yo sea un destinatario de una prescripción no puede, bajo peligro de caer en la falacia naturalística (se refiere a la conocida teoría de Hume, según la que del ser no puede obtenerse el deber ser), justificar mi decisión de obedecer la prescripción en sí misma».

– Esto supondría que el extranjero que viene a España y no conoce ninguno de nuestros idiomas no está sujeto a nuestro Derecho. Igualmente, el que no sabe leer no estaría vinculado por las normas.

– No hay nadie que domine el ordenamiento jurídico, porque no hay nadie que, ni aun empleando las 24 horas del día, pueda conocer todas las normas promulgadas por los boletines oficiales correspondientes (de manera que tampoco vale el subterfugio de recurrir a la «posibilidad de conocer la norma»)²²³. De ahí la afirmación del artículo 6.3 CC, según el que «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», sin perjuicio de que esta regla general tenga muchas excepciones. Regla que no implica un deber o posibilidad de conocer el Derecho sino que éste se aplicará inexorablemente.

Por otra parte, ya hemos señalado a propósito de la culpa que la doctrina iusfilosófica moderna distingue entre normas regulativas y normas constitutivas. Las primeras regulan actividades que se pueden definir con independencia de un sistema normativo, mientras que las segundas se refieren a actividades que crea precisamente el sistema normativo. Pues bien, respecto al aspecto constitutivo del Derecho, es evidente que éste existe independientemente de que lo conozca o no el ciudadano; hay Registro de la Propiedad o letra de cambio se conozca o no. Evidentemente, el enfermo mental o el menor no pueden participar en esas actividades porque no conocen las reglas de la institución (de ahí que, p. ej., sus contratos sean inválidos, pero no antijurídicos en sentido estricto).

Con todo, el menor o el loco pueden participar en esa realidad constituida a pesar de su desconocimiento. Así, la incapacitación y la tutela o la patria potestad se producen a pesar del desconocimiento del sometido. Igualmente, si un bebé rompe un billete de cinco euros, ha afectado a la realidad institucional, lo sepa o no.

Por otra parte, las normas regulativas configuran de un modo nuevo la realidad preexistente a la que se refieren, estableciendo ciertos límites a las relaciones entre los ciudadanos. Como se ha observado repetidamente por la doctrina, la responsabilidad extracontractual presupone el establecimiento de espacios de libertad. Por eso, el que conduce un automóvil por la parte izquierda de la calzada en España está infringiendo la norma, la conozca o no.

El Derecho, como distribuidor y delimitador de ámbitos de libertad, tiene también un aspecto de juego (en el sentido en que lo emplea la filosofía jurídica moderna), del juego de la realidad

²²³ De hecho, hasta los abogados suelen tener un asesor fiscal.

social. De ahí que si un loco empezara a dar patadas sin sentido en un partido de fútbol, tal vez lo apartaríamos del juego, pero ningún ser humano puede ser apartado del juego de la vida social, ni siquiera el anacoreta. Y entonces no hay más remedio que decir que el loco puede actuar en contra de la norma.

Abundando en el asunto de la recepción de la norma, hay que tener en cuenta que hay enfermedades mentales que no afectan a la capacidad intelectual, sino a la volitiva, pero nadie duda en considerar del mismo modo ambos problemas.

Por último, no hay que olvidar que, en materia de patria potestad, el artículo 155 CC dispone que «Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad...». Y el artículo 268 CC señala en similar sentido que «Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor». Como se ve, el Código establece un «deber» de obediencia con indiferencia del discernimiento del sometido, y ello a pesar de que la orden que dicta el cargo tutelar no es en sentido estricto una norma jurídica.

Por otra parte, como ya se ha indicado, hay Derechos, como el francés y los del *Common Law* en que los enfermos mentales no están exentos de responsabilidad civil. La razón no es arbitraria, aunque nos hayamos declarado contrarios a ella; el sujeto es responsable por no haberse comportado conforme al modelo de conducta establecido por el ordenamiento. El no tener ciertas cualidades para acomodarse a ese modelo no es algo valorado positivamente por el ordenamiento. En el fondo, la disculpa de los inimputables se basa en una razón especial, que es el carácter moral del ser humano.

En fin, volvemos a insistir en que creemos que una norma jurídica es algo bastante distinto a una orden o mandato en un contexto comunicativo ordinario. Quizá convendría a este respecto un estudio semántico y pragmático más profundo sobre qué significa «deber» en un contexto jurídico.

En cualquier caso, el Derecho es una ciencia valorativa, y aquí lo único que se defiende es que hay dos momentos distintos de valoración en la conducta del sujeto: uno, si se ha comportado conforme a las exigencias de la norma según el modelo establecido; dos, si está capacitado para comportarse de acuerdo a ese modelo.

La existencia de distintos presupuestos de la responsabilidad civil se justifica solamente si de ellos se pueden derivar consecuencias jurídicas distintas. Y, a nuestro juicio, la distinción entre antijuridicidad y culpa sí que da lugar a consecuencias diferenciables.

Actitud de un tercero. La norma no sólo tiene como función dirigir la conducta de una persona determinada, sino también

impone el deber de colaborar a su logro a los funcionarios públicos y a todos los ciudadanos en general; delimita, a su vez, la existencia de situaciones de favor o desfavor por parte del Derecho como conjunto²²⁴.

Por ello, la antijuridicidad de una conducta, independientemente de la culpa, determina cuál es la actitud que tiene que adoptar un tercero objetivo en una situación de conflicto determinado, cuando puede intervenir para ayudar a alguno de los afectados: se tendrá que poner de parte del que actúa lícitamente²²⁵. Si un enfermo mental agrede sin causa justificada a un transeúnte, se habrá de ayudar ante todo a este último, no al primero (*ceteris paribus*; es decir, si las posibilidades de lesión son equivalentes tanto respecto del transeúnte como del enfermo).

Contra lo anterior se ha argumentado que si la valoración de la antijuridicidad depende de las capacidades del hombre medio en las circunstancias del caso, puede suceder que ante un mismo hecho con dos o más partícipes o dos o más observadores lo que a uno le parezca correcto a otro le parezca lo contrario; «pero ello lo que en realidad vendría a demostrar es que el concepto de antijuridicidad no culpable no puede cumplir la función práctica que se le atribuye de servir como condición de aplicación de normas para terceros»²²⁶. Así, en el Derecho americano es famoso el caso que tuvo que resolver el TS del Estado de Nueva York, en que un transeúnte vio a dos policías vestidos de paisano peleándose y golpeando a un joven delincuente que no se dejaba detener, ante lo cual el transeúnte arremetió contra uno de los policías. Fue condenado por *assault*²²⁷, a pesar de que creía que el joven estaba siendo asaltado por dos hombres sin derecho a ello, y, por tanto, ejercitando una ayuda en legítima defensa.

²²⁴ DE CASTRO (n. 103), p. 522.

De hecho, MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), p. 605, considera que «sólo hay un argumento que ha resultado verdaderamente decisivo» para admitir la distinción entre antijuridicidad y culpa, «que es la necesidad sentida de contar con un *nivel de evaluación jurídica del hecho que pueda actuar como regla intersubjetiva* [cursiva del original]. La evaluación jurídica del hecho de una persona no sólo tiene importancia desde la perspectiva de lo que podemos esperar de ella... la presencia de terceros que pueden verse lesionados en sus bienes y a los que se atribuye un derecho de defensa, o que pueden intervenir en hechos ajenos, o que simplemente tienen determinadas obligaciones de responder frente a hechos que resultan lesivos, obliga a establecer un nivel de valoración jurídica del hecho que tenga en cuenta ante todo su lesividad desde la perspectiva de los bienes jurídicos».

²²⁵ Cf. ROXIN (n. 50), § 7, núm 66; STRATENWERTH/KUHLEN (n. 61), § 7, núm. 23. En la doctrina anglosajona, FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, reimpr. 2000, Oxford University Press, New York (1978), § 10.1, pp. 759 a 762; GREENAWALT, «The perplexing borders of justification and excuse», *Columbia Law Review*, vol. 84 (1984), p. 1900.

²²⁶ MOLINA (n. 61), p. 705; GREENAWALT (n. precedente), p. 1919.

²²⁷ *People v. Young*, 11 N.Y.2d 274 (1962).

La objeción es parcialmente cierta. En el ejemplo anteriormente expuesto el policía que se encuentra a dos personas acometiéndose mutuamente puede no saber quién ha comenzado la agresión y que ha sido por la locura de uno de ellos, en cuyo caso lo único que le está permitido hacer es intentar que cese el acometimiento mutuo. Ahora bien, esto sólo pone de manifiesto la limitación de las capacidades del hombre, que no es omnipotente ni omnisciente, por lo que a veces se producen accidentes o daños inevitables. Sin embargo, a nadie se le oculta que si el policía conoce las circunstancias del enfrentamiento, la decisión correcta es ponerse de parte del transeúnte y no del loco que le agrede. Y, de hecho, a pesar de las limitaciones señaladas, las capacidades del hombre le permiten normalmente distinguir con claridad hasta dónde llega el ámbito de su libertad o su deber de actuación.

Igualmente, desde el punto de vista del Derecho penal, la distinción entre antijuridicidad y culpa explica que se establezcan medidas de seguridad frente al que ha realizado un hecho antijurídico no culpable (*cf.* arts. 95 y ss. CP).

La «culpa» de la víctima. La distinción defendida aclara los problemas que crea la llamada culpa de la víctima, y permite explicar que la víctima siempre ha contribuido al resultado dañoso, y que su famosa culpa es solamente un problema valorativo. Y la valoración de la conducta de la víctima es exactamente igual que lo que hemos llamado antijuridicidad de la conducta, sin que se tengan en cuenta sus aptitudes personales para acomodarse a la norma.

Es muy corriente en la práctica que se considere que a la producción de un daño concurren un reproche a la actuación del dañante y de la víctima. A esta situación la jurisprudencia la ha solido llamar tradicionalmente «compensación del culpables» (*Mitverantwortlichkeit, contributory negligence* o, en Estados Unidos, *comparative negligence*).

Por su parte, las más recientes normas sobre la cuestión son ambiguas. Así, a título de ejemplo, el artículo 114 CP establece que «Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización».

El artículo 1.1.II TR LRCSCVM señala que «En caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado...». Y el pf. IV establece que «Si concurrieren la negligencia del conductor y la perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento en la cuantía de la indemnización, atendida la enti-

dad respectiva de las culpas concurrentes». En el Anexo del mismo TR, 1.º 2, se dice que «Se equiparará a culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo».

Por su parte, el artículo 145 del TR LGDCU establece: «Culpa del perjudicado. La responsabilidad del fabricante o importador podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente»²²⁸.

Como se ve, en unos casos se habla de «conducta» y en otros de «culpa» o «negligencia» de la víctima.

Sin embargo, la doctrina critica la denominación señalando que el problema no es que haya culpa de dos, sino que hay una concurrencia de causas. Y así se afirma que «La denominación “conurrencia de causas” hace referencia a la concurrencia de varias causas que dan origen a un mismo y único hecho dañoso. Sin duda, desde el primer momento, se decanta este término como el más apropiado, pues son precisamente las *causas* las que nos permiten apreciar el origen del daño y “clarificar al máximo la significación jurídica de esa coadyuvancia creadora que apreciamos en la actitud del perjudicado” que será la base de la reducción de la cuantía de la indemnización. Actualmente, la mayoría de la doctrina advierte que el término “conurrencia de causas” es la expresión correcta, ya que no se trata de compensar culpas sino (de), partiendo de la objetivación de la obligación, distribuir el nexo causal»²²⁹.

A nuestro juicio, las leyes y la jurisprudencia tradicional mayoritaria están mucho más cercanas que esta doctrina a la raíz del problema. En todo suceso dañoso intervienen siempre necesariamente el dañante y el dañado; incluso, desde el punto de vista ontológico, puede que el dañante no haya hecho nada en relación con el daño – omisión–, pero el daño se ha producido porque estaba el dañado o

²²⁸ Una exposición exhaustiva de las normas que se refieren a este problema en MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid (2003), pp. 276 y ss.

²²⁹ MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad Civil por Accidentes de Circulación. La Concurrencia de Causas*, Aranzadi, Cizur Menor (2001), p. 53, con cita de O’Callaghan. Asimismo, afirma MEDINA ALCOZ (n. previa), p. 140, que «Cuando la culpa exclusiva de la víctima se erige en la única causa adecuada del daño se convierte en una circunstancia exoneradora de la responsabilidad del supuesto agente dañoso, ya que rompe el nexo causal entre el comportamiento de éste y el resultado producido».

Otros autores van en la línea de considerar que lo que existe es una cuestión de causalidad jurídica o imputación objetiva [PANTALEÓN (n. 44), p. 1997; SOLÉ FELIU, «La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *ADC*, 50 (1997), pp. 882 y ss.; MONTÉS PENADÉS (n. 82), especialmente pp. 2617 y ss.], lo que tiene de correcto que el juicio sobre la conducta del dañado es también normativo, pero aquí se rechaza la teoría de la llamada imputación objetiva, que confunde más que otra cosa.

sus bienes. Si el dañado no hubiera estado ahí, el daño no se habría producido; o, dicho más precisamente desde el punto de vista filosófico, el daño requiere la existencia de lo dañado. Es decir, acudiendo a la teoría del cambio aristotélica, todo ser es algo en acto y está en potencia de ser de otra manera, por lo que la posibilidad de cambio es algo ínsito en el propio ser. De forma que el dañado o sus bienes también son causalmente parte del daño; parte de la serie de circunstancias necesarias y suficientes para que se produzca.

Por tanto, si queremos conservar la causalidad como una realidad previa al Derecho, el dañado siempre ha contribuido al daño. De hecho, en muchas ocasiones, hablar de «causante» y «víctima» ya es un juicio de valor. Si un tren atropella a un peatón, normalmente se producen daños para ambos; el peatón quizá pierde la vida, pero el tren ha de detenerse, no llegará a tiempo a su destino, los pasajeros han de sufrir la parada, tal vez se estropee la carrocería o el tren descarrile, etc. Solo analizando el comportamiento del maquinista del tren y del peatón podemos saber quién es, jurídicamente, el responsable del daño.

Ciertamente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, no siempre se puede decir que la víctima tuviera un deber de comportarse de determinada forma, pero sí al menos la carga²³⁰. Es decir, no se tratará de imperativo incondicionado, pero sí un imperativo hipotético o norma técnica: si quieres tener derecho a una indemnización por el daño sufrido, compórtate de cierta manera.

Los criterios para fijar cómo se ha de comportarse la víctima son exactamente los mismos que hemos visto a propósito del dañante. Por eso, si el sujeto no sabe leer un cartel que dice prohibido el paso, o es ciego, etc., el daño producido lo soportará quien no respetó el cartel (salvo que estemos junto a un colegio de niños, una residencia de enfermos mentales, etc., debidamente señalizados o fácilmente reconocibles); en esta línea, la SAP Tarragona 5 de enero de 2004 (Ar. C. 267) considera que hay culpa exclusiva de la víctima en el atropello en una autopista de un anciano de 81 años que, según declaración de sus familiares, «tenía problemas de visión y oído».

Sólo desde este punto de vista se puede entender el artículo 1.2 del anexo al TR LRCSCVM, que dispone que «Se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo»²³¹. Ya antes de la actual redacción había establecido el TS que

²³⁰ En este sentido, LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen (1999), *passim*; SOLÉ FELIU (n. previa), p. 869.

²³¹ Aunque el legislador bien podría haber optado por otro criterio en este caso especial, como se ha hecho en otros países.

la invasión de la calzada por un niño de seis años suponía culpa exclusiva de la víctima (Sentencia de 31 de enero de 1992, RJ 540).

Y la Sentencia de 2 de diciembre de 2002 (RJ 10405) fija como hechos probados que «el niño Marcos V. C., hijo de los demandantes y con quince meses de edad en la fecha del accidente, se dirigió al paso a nivel, tras su hermano mayor, el cual iba a probar el ciclomotor que arreglaba junto a la puerta de su casa, distante unos 70 metros de la vía férrea, y se encontraba sin vigilancia alguna cuando fue golpeado por la locomotora, y, también, que el maquinista conducía con estricto cumplimiento de las normas de “RENFE”, uso adecuado del silbato y del freno de emergencia, y a velocidad moderada». Se rechaza la demanda porque «nos encontramos ante un supuesto de culpa exclusiva (causa) del menor de edad lesionado».

Al igual que respecto del dañante, la actitud psicológica del dañado es también aquí fundamental. Si un coche circula por una autopista a más velocidad de la permitida y choca contra otro que circula en dirección contraria por una apuesta, el primero no responderá por los daños producidos, porque, al tratarse de una cuestión valorativa, todos vemos que «pesa» mucho más la conducta del conductor suicida que la del que conducía a excesiva velocidad.

A lo anterior se podría oponer que es incongruente que el que causa un daño no responde si no hay culpa, y, sin embargo, sí se aprecie como elemento valorativo cuando sufre el daño. Así, se ha dicho muy autorizadamente que esta solución no es deseable *de lege ferenda*, poniéndose además como ejemplo la responsabilidad civil de los hospitales por los suicidios de los enfermos psíquicos²³². Con todos los respetos, en cuanto al ejemplo, se puede responder que se trata de casos especiales en que la norma de valoración (protección de la vida humana) adquiere especial relevancia en función de las circunstancias, aparte de que la jurisprudencia del TS es en muchos de estos casos disparatada porque, por una parte, la modernas tendencias psiquiátricas tienden a conceder un más amplio ámbito de libertad a los enfermos, pero, por otra, la concesión del ámbito de libertad conlleva lógicamente unos riesgos²³³. Esta jurisprudencia lo que va a producir es una medicina «defensiva» que, a la larga, va a perjudicar a los propios enfermos mentales.

²³² MARTÍN CASALS, «“A través del espejo”: concurrencia de “culpa” de la víctima y culpa del causante del daño», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson-Civitas, Madrid (2003), pp. 2484 a 2486.

²³³ V., crítica y acertada, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995)», *ADC*, vol. 49 (1996), pp. 101 y ss.

En cuanto a la consideración *de lege ferenda*, lo que no puede exigirse a una sociedad es que establezca modelos de comportamiento en todos los ámbitos atendiendo a que repentinamente pueda aparecer un loco o un niño; paralizaría la vida social. Así, se puede establecer en ocasiones un cartel en las carreteras que advierta sobre la posible existencia de niños en la calzada, pero lo que no se puede, si se quiere ser práctico, es conformar la conducción de automóviles en todo el territorio nacional a que repentinamente aparezca un niño.

En fin, dicho de un modo un poco rudo, que una cosa es que los demás tengan que soportar los daños causados por un loco o un niño, y otra que, además, tengan que indemnizar al loco por sus locuras, o al niño por sus niñerías.

A pesar de lo dicho, la opinión de alguna doctrina está confundiendo también al TS. Buena prueba de ello es la Sentencia de 26 de marzo de 2004 (RJ 1952). En ella se ventila una «acción de responsabilidad civil extracontractual por muerte del niño Ricardo, de ocho años de edad, que el día 10 de abril de 1994, en la estación de Orense-Empalme, sobre las 20 horas, mientras su madre doña Alicia, demandante en la instancia y parte recurrente en casación, creía que estaba jugando en el portal de su casa, desde después de comer, entró en las instalaciones de la estación de RENFE, que estaban abiertas y sin vigilancia, se encaminó a una máquina-grúa estacionada en vía muerta, se subió a la misma, encima de la cual se hallaba un cable electrificado; el niño murió por electrocución».

De los 10.000.000 de pesetas solicitados, la sentencia de instancia condenó solamente a pagar 1.100.000, considerando la concurrencia de la culpa del menor hasta un 75%, y la de la madre hasta un 15%²³⁴.

En el recurso de casación de la madre se impugna la sentencia alegando –según cuenta la STS– «infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil por la concurrencia de culpas (rectius: de causas) que se le hace recaer a la misma. Tal concurrencia supone... que el resultado dañoso se ha producido por causa –nexo causal– del causante del daño y del propio perjudicado...

En el presente caso, esta Sala considera, como la sentencia de instancia, que hay actuación causal de la madre que, respecto de un hijo de ocho años, no lo mantiene bajo un mínimo de control desde la hora de la comida hasta la caída de la tarde; y considera, en contra de la misma sentencia, que no se puede computar su relación de causalidad más allá de un simple diez por ciento.

Respecto del niño... alega la infracción del artículo 1902 por la concurrencia de la culpa del menor: es claro que no puede pensarse

²³⁴ Los porcentajes y la condena no cuadran, pero así es la narración de la sentencia del Supremo.

en culpa de un niño de ocho años, por lo que es también claro que no se trata de concurrencia de culpas, sino de causas...

Esta Sala, partiendo de los hechos probados, estima que no hay nexo causal entre la conducta del niño y el daño causado (en él mismo). Tal conducta es la natural y correcta en un niño de corta edad, que juega con lo que encuentra, se sube a lo que ve y obedece a su corto raciocinio; por ello, el que se encarama a una máquina-grúa obedece a la natural reacción del niño, cayendo en responsabilidad la entidad que deja aquélla al alcance de cualquier persona –niño incluido– que puede penetrar en el recinto en que se halla sin traba alguna. No se aprecia, pues, concurrencia de causa en la conducta del niño, víctima del suceso».

El resultado de la sentencia, condena a 9.000.000 de pesetas, es comprensible en atención al hecho de que existía un seguro de responsabilidad civil. También se puede defender que los objetos peligrosos al alcance de cualquiera han de estar adecuadamente vigilados, aunque no en toda actividad humana se puede actuar como si, de pronto, fuera a aparecer un niño, porque, como ya se ha dicho, sería un lastre insoportable para el dinamismo de la vida social.

Pero la confusión conceptual de la sentencia es de campeonato. ¿Cómo se puede decir que el niño no ha sido causa del accidente? Ya se ha señalado anteriormente que todo daño requiere ontológicamente la existencia de lo dañado, que, por tanto, es causa (al menos desde el punto de vista –probablemente erróneo– de la teoría de la equivalencia de condiciones). Pero es que, además, fue el niño el que se acercó a la máquina-grúa y no al revés.

Por otra parte, denegar la disminución de responsabilidad porque el niño actúa conforme a su corto raciocinio significa confundir los planos que antes hemos señalado de antijuridicidad y culpa o, al menos, de carga de comportamiento y culpa. En el sentido más arriba defendido, es evidente que el niño no ha actuado culpablemente, con lo que no recae sobre el patrimonio de sus herederos la obligación de indemnizar el posible daño causado a la máquina. Ahora bien, el niño no se ha comportado conforme al modelo de conducta del hombre responsable, que no se sube a una máquina-grúa que no es suya y cuyo manejo no conoce. Desde este punto de vista, era mucho más consistente la sentencia de instancia que imputaba a la conducta del menor el 75% del valor del daño.

Entrando en otro asunto, la reflexión sobre la víctima pone en cuestión la idea de acción que sostiene la mayoría de la doctrina penal, cuando considera ciertos actos del hombre como no acción, en tanto no existe voluntad en absoluto. Así, se dice que no hay acción en la fuerza irresistible, los movimientos reflejos y la

inconsciencia (como hipnotismo o sonambulismo)²³⁵. Este modo de pensar hunde sus raíces en la escolástica medieval, que distinguía entre *actus hominis* (acto del hombre) y *actus humanus* (acto humano); los primeros eran actos moralmente irrelevantes. Esta diferenciación tal vez tenga sentido en ética, pero no parece que sea así en Derecho. Por una parte, porque el daño causado en una de estas situaciones puede justificar la reacción defensiva de otro (problema de estado de necesidad o de legítima defensa), y, por otro, porque si una persona sufre un daño en unos de estos estados es muy probable que sea ella la que tenga que soportarlo.

Finalmente, dentro de este punto, queremos aclarar una cosa que a veces se confunde. Cuando hay «compensación de culpas», la conducta del «dañante» no deja de ser antijurídica, porque lo que hace la susodicha «compensación» no es disminuir la antijuridicidad, sino *la responsabilidad*²³⁶.

La responsabilidad vicaria. La tesis aquí defendida aclara un punto importante de la responsabilidad vicaria o por hecho de otro. El padre responderá por el hijo, o el empresario por el empleado cuando éstos últimos se hayan comportado antijurídicamente en el sentido aquí utilizado, siendo indiferente si ha habido o no culpa por su parte.

Por eso, cuanto menor es el hijo –cuanto menor es su culpa– tanto mayor debe ser el control ejercido por los padres, y la falta de culpa del menor es un indicio más claro de la responsabilidad de los cargos protectores.

Igualmente, en materia del empleador y dependiente, la culpa del empleado puede suponer un claro indicio de la ilicitud de la conducta de su patrono. Buen ejemplo de esto es la STS de 22 de noviembre de 1976 (Penal, RJ 4869), en la que se declara probado: «a) que el procesado era mozo-repartidor de la empresa “Almacenes E.”; b) que el día de autos, por orden, encargo y al servicio de dicha empresa llevó a la droguería propiedad de la recurrente un pedido de 5 litros de acetona, mercancía que portaba en una garrafa, y como entrara fumando en el establecimiento le fue llamada la atención por el peligro que esto suponía al existir allí material inflamable, por lo que después de dejar la garrafa en el mostrador, salió a la calle, en donde arrojó el cigarro que fumaba; c) que entrando de nuevo en el local, cuando ya había sido trasladada la acetona a unas botellas y para tratar de demostrar que no existía peligro alguno encendió su mechero y lo acercó a unas gotas de acetona, que, al efectuar el trasvase, se habían vertido en el mostra-

²³⁵ Por todos, ROXIN (n. 50), § 8, núms. 65-72.

²³⁶ MÜNZBERG (n. 63), p. 81, nota 161.

dor y a las que se había pretendido secar con una bayeta, las cuales se inflamaron, propagándose el fuego y produciéndose grandes destrozos en el local y en las existencias que contenía;... e) que el procesado es un sujeto que padece oligofrenia próxima a la imbecilidad, no pudiendo prever las consecuencias de sus actos como consecuencia de una psicopatía alcohólica... siendo inexplicable que su empresa patronal encomendara a un cuasi insano mental la manipulación, transporte y entrega de mercancías tan peligrosas por ser fácilmente inflamables, suponiendo esta encomienda una notoria *culpa in eligendo*».

Desde un punto de vista más teórico, la distinción entre antijuridicidad y culpa también ayuda en Derecho civil en algunos aspectos:

– Permite reducir la anfibología del término culpa. Así, permite evitar el análisis de la conducta de los enfermos mentales o los menores acudiendo a la repetida frase «acto que sería culposo si lo hubiera realizado un hombre cabal o un adulto». El acto es antijurídico, incorrecto, aunque lo haya realizado un menor o un loco.

– La doctrina ha llegado en muchas ocasiones a defender la responsabilidad civil de los locos y menores, porque el concepto objetivo de culpa le impedía admitir esta excepción. Pero si aceptamos que culpa se emplea en dos sentidos distintos, entonces no parece tan problemática tal excepcionalidad.