(CONFERENCIA INAUGURAL)

**SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA CULPA EN ACTUAL
DERECHO DE DAÑOS.(ESPECIAL CONSIDERACIÓN
DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA)**

JOSÉ MARÍA LEÓN GONZÁLEZ
Universidad de Salamanca

La conferencia que he tenido el honor de pronunciar durante la sesión de apertura del IV Congreso Internacional y VII Iberoamericano de Derecho Romano, fué concebida con el propósito de mostrar alguno de los rasgos más característicos que hoy presenta la culpa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Pero las lógicas limitaciones que impone un acto de esta naturaleza y sobre todo, por qué no decirlo, la excesiva amplitud del texto redactado para la ocasión sólo me permitieron desarrollar con cierta pausa la parte correspondiente a lo que denominé, según una expresión al uso, “retroceso” y “deformación” de la culpa.

En el aire y apenas sin esbozar quedó otro aspecto del problema que, sin embargo, merece destacarse entre los más significativos del momento de crisis e indefinición por el que atraviesa esta institución jurídica: me refiero al importante papel que tanto el legislador como la jurisprudencia conceden hoy a la culpa cuando quien incurre en ella es la propia víctima, demandante de la reparación.

Aprovecharé, pues, el espacio que ahora me brindan las Actas del Congreso para extenderme en algunos comentarios sobre el tema que, obvio es decirlo, desearía suscitara el mismo benévolo interés que mi intervención del pasado mes de febrero en la Universidad de Burgos.

Así las cosas, empezaré aclarando que esa creciente atención hacia la culpa de la víctima debe interpretarse, antes que nada, como uno de los síntomas más reveladores de la preocupación que hoy existe, en lo más diversos ambientes jurídicos, por reconducir dentro de límites razonables el hasta ahora imparable proceso de expansión de los daños indemnizables. Sabido es, en efecto, que desde hace más de un siglo –varios decenios si nos referimos a nuestro Derecho– la responsabilidad civil ha evolucionado en un sentido inequívocamente favorable a las víctimas al ampliar de forma incesante los instrumentos que garantizan la reparación del mayor número posible de daños: primero, a través de una abundante legislación especial tendente a la objetivación y, luego, forzando al máximo, en la vía judicial, las posibilidades interpretativas del régimen de la culpa que sancionan los Códigos civiles. Pero esa mayor protección que en su favor despliegan los ordenamientos actuales, lejos de ser absoluta e incondicionada depende ahora, en buena medida, de que el dañado observe, dentro de su propia esfera jurídica, un determinado estándar de diligencia dirigido a evitar o aminorar las consecuencias del daño. Caso contrario, es decir, si negligentemente descuida sus propios intereses, se colocará en situación de *autorresponsabilidad* con lo que ya no podrá pretender que la carga del daño se desplace, en todo o en parte, sobre otro patrimonio.

La aplicación de este principio no es, desde luego, un fenómeno exclusivo de nuestros días. Sin embargo y esto es lo que importa subrayar aquí, sus nuevas y cada vez más complejas manifestaciones, especialmente en el ámbito del “riesgo creado”, le confieren una dimensión y unas características muy especiales. Con razón advierte a este propósito la doctrina que mientras estuvo en plena vigencia el sistema tradicional y el demandante se veía obligado, como regla general, a probar la culpabili-

dad del causante del daño, los Tribunales se mostraban poco inclinados a admitir, una vez demostrada aquélla, que también la propia víctima se había conducido negligentemente. Era ésta una postura lógica encaminada a paliar de algún modo su desventajosa situación. Pero una vez que el principio *pro damnato* ha acabado imponiéndose por encima de cualquier otra consideración jurídica, se invierten los términos del problema. Esto es, se admite sin dificultad la existencia de una culpa concurrente que sirva como recurso moderador de la responsabilidad agravada del demandado.

Ambos aspectos, trato más favorable por un lado, y mayor rigor por otro, no son, aunque otra cosa se haya afirmado, inconciliables sino que se complementan armónicamente contribuyendo a la distribución más justa y racional del daño y, en definitiva, al mejor funcionamiento del sistema. Baste dejar apuntado que al imputar a las víctimas las consecuencias de su propia culpa se evita una ventaja injustificada a costa del patrimonio de quien sólo en parte ha causado el daño. Con mayor motivo cuando la participación del tercero haya sido puramente material (culpa exclusiva de la víctima). Sería absolutamente nefasto decía SAVATIER, tanto desde el punto de vista de la conciencia social como de la dignidad humana, que el autor de una culpa pudiese “rejeter sur la faute d’autrui” todo el daño que él se ha ocasionado, olvidando su propia responsabilidad.

Pero, más todavía, la amenaza de la privación o, por lo menos, de la reducción del resarcimiento, induce a las eventuales víctimas a conducirse más diligentemente. En este sentido parece incuestionable que la *autorresponsabilidad* cumple una función preventiva que complementa y al propio tiempo modera o atenúa la que a todos incumbe con el fin de no causar daño. Es decir, el ordenamiento no se preocupa, por regla general, del impedir que la persona se dañe a sí misma. Pero cuando la prevención se impone a los demás, parece justo y oportuno que también los titulares de los intereses amenazados, las eventuales víctimas, contribuyan al mismo fin, esto es, a impedir con su diligencia la producción del daño o su posterior agravación.

Hay que tener en cuenta, en fin, que si esas eventuales víctimas no se comportasen en la mayoría de los casos de un modo diligente, los demás sujetos se verían constreñidos –para no incurrir en responsabilidad– a la observancia de un estándar de diligencia muy superior al que normalmente exige la vida de relación. Y así, ciertas actividades que la conciencia social considera necesarias, útiles o al menos convenientes, pese al mayor o menor índice de peligrosidad que implican, se verían gravemente entorpecidas o incluso paralizadas bajo la amenaza de la responsabilidad. Por eso, al inducir a las eventuales víctimas, por medio de la *autorresponsabilidad*, a que se conduzcan con diligencia se atenúan de forma refleja los deberes de diligencia que gravan sobre los demás consociados y, consiguientemente, se amplía en beneficio de todos la esfera de la libertad.

He advertido anteriormente y tal vez sea este el momento de volver sobre la cuestión, que al destacar el relevante papel que hoy juega la culpa de la víctima no quiere decirse que nos encontremos ante un fenómeno nuevo, ni que los juristas de otras épocas, añadido ahora, se mostraran menos severos hacia quien actúa descuidadamente en perjuicio de sus propios intereses. La conclusión parece más bien la contraria, al menos si nos atenemos a lo ocurrido, primero, en Derecho romano y, después, en los países de *Common Law*.

La elegante casuística del título II, *ad legem aquiliam*, Libro 9, del Digesto, nos ofrece, por de pronto, un buen número de ejemplos que confirman el rigor de la solución romana con quien no observa el tipo de conducta ideal, esto es, en palabras BETTI, la de aquel hombre dotado “di un virile senso della autoresponsabilità”. Baste recordar entre los más significativos el contenido en D.9, 2, 9, 4 (Ulp. 18 *ad ed.*): un esclavo ha resultado muerto al cruzar el campo donde ciertas personas se ejercitaban en el lanzamiento de la jabalina. El jurista decide que no procede la *a.l. aquiliae* “*quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere*”. Es decir, la imprudencia del *servus* constituye una de las concausas del daño suficiente para excluir la responsabilidad de los lanzadores. Por el contrario, si éstos han lanzado deliberadamente la jabalina contra aquel (*data opera*), “*aquila tenebitur*”. Podría decirse, en este sentido, que “el dolo absorbe la culpa”. Y la cuestión es esta: ¿por qué los juristas romanos niegan todo recurso jurídico a la víctima negligente?

Según un punto de vista hoy prácticamente abandonado, pero que ha contado con no pocos partidarios, sobre todo entre los civilistas, ésta y otras decisiones se inspiran en el criterio en cuya virtud la culpa de una parte neutraliza o elimina la de la otra con plena eficacia extintiva en orden a la responsabilidad. Y se habla entonces de compensación de culpas para indicar el mecanismo jurídico por medio del cual se produce la exoneración del dañador y, consiguientemente, la pérdida total para la víctima del derecho a la reparación.

Es cierto, desde luego, que en diversos lugares de la Compilación pueden leerse afirmaciones o expresiones como éstas: “*ipso iure compensatione negligentiae facta*” (D. 2, 10, 3, 3); “*ab utraque parte dolo compensando*” (D. 24, 3, 10, 3, 3); “*paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*” (D. 24, 3, 39), etc. Pero como diremos después, basta acercarse a las fuentes desprovistos de todo prejuicio doctrinal para advertir que la compensación a que aluden esos textos nada o muy poco tiene que ver con el problema que ahora nos ocupa. Pero, ¿cuál es entonces la razón jurídica que lleva a exonerar de toda responsabilidad al autor del daño?

POMPONIO (D. 50, 17, 203) nos ha dado ya una respuesta concluyente que se explica por sí misma sin necesidad de una ulterior fundamentación: “*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*”. Es decir, el daño que alguien experimenta por su propia culpa debe considerarse como si no hubiera ocurrido a efectos de responsabilidad. Pero, bien entendido, no porque el agente quede liberado, por vía de compensación, del deber de reparación sino porque desde el punto de vista de la ley Aquilia no cabe considerar *iniuria datum* el daño imputable a uno mismo.

Culpa sua indica aquí, al igual que en otros muchos casos, el nexo de causalidad o de atribución jurídica que une un evento dañoso o lesivo en general a la acción u omisión de un sujeto determinado. La *culpa* es causa, por tanto, de un detrimento sufrido por el propio dañado. De aquí el doble significado con que se emplea el término *damnum*: la primera vez (*quod quis ex culpa sua damnum sentit*) como desventaja económica y la segunda (*non intellegitur damnum sentire*) como “elemento objetivo di un torto risacirbile o riparabile” (ARANGIO-RUIZ). Y así, mientras el primero subsiste este último desaparece debido precisamente a la culpa de la víctima.

El orden jurídico romano tutela, sí, al débil, al incapaz, al menor, pero exige del hombre normal un comportamiento diligente: ni el descuidado, ni el negligente, ni el *stultus* pueden invocar su protección (“*vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*”). Se trata del principio de *autorresponsabilidad* llevado a sus extremos más rigurosos, pues no sólo la culpa exclusiva, sino incluso la simple cooperación al daño determina la privación total del derecho a la reparación: *imputet sibi*.

No hará falta recordar, por otra parte, que esta solución ha pervivido durante siglos en los ordenamientos de tradición romano-germánica, sin ningún distingo que permitiese atenuar su excesivo rigor. Nuestro Derecho histórico la recoge en las *Partidas* (7, 34, 22): “*e aun dixeron que el daño que ome recibe por su culpa que a sí mismo debe culpar por ello*”. También el antiguo Derecho francés parece sumarse a este principio, como indican algunas decisiones citadas por BOURJON y el propio DOMAT. Al iniciarse el movimiento codificador todavía algún Código civil como el de Sajonia sigue estas mismas directrices: “Quien se causa un daño a sí mismo no puede exigir su reparación. Si otro ha contribuido a causarlo sólo responderá en caso de dolo” (par. 781).

Pero más interesante si cabe que lo dicho hasta ahora es el hecho de que también en los países de *Common law* se ha aplicado esa misma regla hasta fechas todavía muy cercanas a nosotros. Semejante coincidencia de criterios no es, desde luego, fruto de la casualidad sino que puede explicarse racionalmente si tenemos en cuenta la siguientes características comunes a ambos sistemas jurídicos: primero, su espíritu pragmático que lleva a evitar cualquier controversia causal buscando un único responsable; en segundo lugar, el sentido de la libertad y, consiguientemente, de la propia responsabilidad: también en el derecho inglés opera la regla “*vigilantibus non durmientibus...*”; en fin, su respeto a la justicia expresado en estas dos máximas equivalentes: “*nemo auditur suam turpitudinem allegans*” y “*he who comes to equity must come with clean hands*”.

Lo cierto es que según el tradicional criterio anglosajón existe “*contributory negligence*” y, en consecuencia, la demanda de indemnización debe ser desestimada siempre que el demandado demuestre que la causa inmediata (última) del daño es imputable a la víctima que pudo y debió evitarlo observando una diligencia normal. La espina dorsal del sistema está constituida por la teoría de la causa próxima: “*in iure non remota causa, sed proxima spectatur*”. Los Tribunales tratan de averiguar si, en efecto, la víctima demandante ha tenido la última oportunidad (*last opportunity*) de evitar el daño comportándose diligentemente. Si a ello se añade ese otro principio según el cual quien litiga ha de tener las “manos limpias” se comprenderá entonces la severidad de los jueces a la hora de indagar y valorar la concurrencia de culpa del dañado. El indudable rigor de esta solución se ha justificado con base a la idea de utilidad pública considerando, no sin cierto fundamento sus efectos beneficiosos en orden a la prevención del daño (POLLOCK).

Como *leading case* más característico todavía se cita el famoso *Butterfield vs. Forrester* (1809): un caballero que galopaba de noche cerrada a demasiada velocidad por un camino chocó, causándose lesiones, contra un madero que el demandado había dejado abandonado en aquel lugar. La demanda por daños no prosperó: se apreció culpa concurrente por parte de la víctima y el juez ELLENBOROUGH motivó la sentencia argumentando: “si una persona comete una falta, incurre en culpa, esto no dispensa a los demás de comportarse diligentemente”.

Junto a esta tendencia jurisprudencial, en términos generales excesivamente gravosa para la víctima, no han faltado decisiones de signo contrario: así, mientras que en el caso *Butterfield* la responsabilidad se hace recaer exclusivamente sobre el demandante perjudicado, en el no menos famoso *Davies vs. Mann* (1842) se llega al extremo opuesto y pese a la existencia probada de la culpa concurrente de la víctima, se reconoce a ésta el derecho a percibir íntegramente el resarcimiento. Los hechos pueden resumirse así: el demandante había dejado en la carretera un asno atado por una pata. El demandado, llegando a toda velocidad con un coche de caballos, aplastó y mató al animal. El Tribunal reconoció la *contributory negligence* del propietario al haberlo dejado de esta forma, sin custodiar. No obstante, consideró que el único responsable era el conductor del carruaje pues podía haber evitado el accidente obrando con mayor prudencia. Según la doctrina contenida en el *donkey's case*, aunque la víctima demandante haya contribuido con su negligencia al daño que padece, conserva, sin embargo, el derecho al pleno resarcimiento si logra probar que el autor del *tort* tuvo “la última oportunidad de evitarlo”. Con otras palabras, “será responsable aquel de los dos protagonistas que tuvo en sus manos la posibilidad final de impedir el daño”.

Fácilmente se comprende que estas dos soluciones extremas, en las que sólo uno de los causantes del daño ha de soportar sus consecuencias, normalmente la propia víctima, haya producido insatisfacción en la doctrina ya desde el siglo XIX y obligado a la jurisprudencia a servirse de muy variados e ingeniosos procedimientos de técnica jurídica para, como dice LINDEN, “cerrar un ojo” (hacer la vista gorda, diríamos los continentales) e ignorar la rígidas pautas del llamado *common law* oficial.

La *Contributory Negligence Act* de 1945 pondrá fin a esta situación al establecer el principio según el cual la culpa de la víctima no excluye, necesariamente, el derecho al resarcimiento sino que puede dar lugar a una reducción equitativa de su cuantía, proporcionada al grado de culpabilidad de las partes en litigio

La implantación a partir del modelo alemán (par. 254 BGB) de un nuevo sistema en el que la culpa concurrente sólo da lugar a la pérdida parcial del derecho al resarcimiento, constituye, qué duda cabe, una solución más justa y flexible que la que lleva, en cualquier caso, a adosar a la víctima toda la carga del daño. Pero ello no significa que desde el punto de vista dogmático y de la elaboración científica del Derecho nos encontremos ante una cuestión pacífica. Antes al contrario, el hecho de que la conducta del dañado determine, en todo o en parte, *la lesión de un interés propio* hace que este fenómeno se presente, en buena medida, como el “reverso de la medalla” de la responsabilidad civil y obligue, en consecuencia, a replantear desde esa perspectiva todos los grandes temas concernientes a la culpa, el daño, o el nexo de causalidad.

Por mi parte sólo me ocuparé, en esta ocasión, de poner algo de luz o, más modestamente, de puntualizar algunos aspectos relacionados con el debatido problema de su naturaleza y fundamento. Pero la imprecisión y el confusionismo terminológico reinantes en este campo hace necesario, como cuestión previa, distinguir los supuestos básicos que se engloban bajo la expresión “culpa de la víctima”.

Observemos ante todo que ésta puede presentarse tanto en el ámbito de la responsabilidad subjetiva o por culpa como en el de la responsabilidad objetiva o por riesgo. En el primer caso vienen a encontrarse, frente a frente, la culpa del tercero (culpa en sentido técnico y, por tanto, fuente de responsabilidad) y la culpa de la víctima (“culpa hacia sí mismo”, determinante de “*autorresponsabilidad*”), mientras que en el segundo ésta incide o se contrapone a la esfera del riesgo, por lo que no cabe hablar en rigor de concurrencia de culpas sino, todo lo más, de *concurrencia de culpa y riesgo*.

Mayor dificultad ofrecen las siguientes distinciones que me limito simplemente a esbozar:

a) *Culpa exclusiva*. El daño no tiene aquí más que *una sola causa*: el comportamiento culposo de la víctima. En consecuencia, el tercero quedará plenamente exonerado ya que su participación en el daño es tan sólo física, material, inadecuada, por tanto, para suscitar la “reacción” del ordenamiento. Es el caso que MESSINEO califica de *autorresponsabilidad total*. Bien se comprende, claro es, que el problema consiste, en determinar mediante la oportuna prueba liberatoria en qué circunstancias la acción u omisión de la víctima ha asumido este papel de causa única del daño.

b) *Culpa concurrente*. Existe cuando a la realización del daño ha contribuido como *concausa* jurídicamente relevante –junto al hecho del tercero llamado a responder por culpa o riesgo– el hecho culposo del propio dañado. El efecto que deriva de esta “aportación causal” imputable al mismo sujeto que padece el daño es la *autorresponsabilidad parcial*, es decir, la reducción o limitación del *quantum* de la responsabilidad.

c) *Agravación del daño por culpa de la víctima*. En este caso se presupone ya acaecido el evento dañoso por obra exclusiva del tercero pero, posteriormente, se agravan sus consecuencias como resultado de la “inercia” culposa de la víctima. No se trata, como en el supuesto anterior, de un problema de concausalidad sino de *causalidad sucesiva* en el sentido de que cada una de las series causales produce sus propios efectos lesivos. Es decir, la serie causal iniciada por el dañador determina la producción del llamado “daño base”, por el que éste habrá de responder íntegramente; la segunda, imputable únicamente a la víctima, da origen a un “mayor daño” o “daño agravado”, que será irresarcible por quedar sometido a los efectos propios de la *autorresponsabilidad total*. La diferencia, no siempre fácil de establecer en la práctica, entre el verdadero caso de concurrencia de culpa (b) y la agravación del daño (c) puede expresarse diciendo que, en el primer caso se imputa al dañado haber contribuido por cuenta propia a “pisar el acelerador” mientras que en el segundo se le reprocha “no haber frenado a tiempo” (BARBERO).

d) *Culpa recíproca*. En los tres supuestos anteriores el hecho culposo de la víctima determina, en todo o en parte, el propio daño con la consiguiente exoneración o limitación de responsabilidad. Distinto es el caso de la llamada “culpa recíproca” en que dos (o más) personas se ocasionan “daños recíprocos” de forma que cada uno puede considerarse, al mismo tiempo, como dañado y dañador. Es decir, existen dos (o más) daños distintos que tienen por

objeto intereses comprendidos en esferas jurídicas también diversas; daños producidos por el concurso de los mismos hechos, cada uno de los cuales, según la esfera jurídica sobre la que incide el daño, puede considerarse como “hecho por el que se debe responder” (culpa o riesgo determinante de responsabilidad) o bien como “hecho del dañado” (culpa hacia sí mismo origen de *autorresponsabilidad*). Caso de aceptar la terminología clásica podría decirse, con COPPA-ZUCCARI, que se trata de una “doble (o múltiple) compensación de culpas”

Aclarado lo que antecede, estamos ya en condiciones no diré que de resolver pero sí, desde luego, de replantear con cierto rigor y precisión el controvertido problema del cómo (naturaleza) y el por qué (fundamento) de los efectos liberatorios de la culpa del dañado.

Dejando al margen otros ensayos menos elaborados, la teoría clásica por excelencia en esta materia es, como sabemos, la de la “compensación de culpas”. Todavía hoy el Tribunal Supremo y la doctrina suelen utilizar con cierta frecuencia esta expresión, induciendo a creer que nos encontramos ante una figura de naturaleza análoga a la compensación que regula el Código civil como modo extintivo de las obligaciones (arts. 1195 y ss.). Pero, vayamos por partes.

Compensar culpas equivale en las primeras formulaciones de la doctrina a declarar exento de toda responsabilidad al autor del daño cuando las de una y otra parte son “de igual grado e idéntica virtualidad jurídica” (*compensación total*). Muy pronto se advertirá, sin embargo, que al igual que ocurre en el ámbito de la compensación ordinaria también aquí puede hablarse de una *compensación parcial*, referida precisamente a aquellos casos en los que las culpas de dañado y dañador revisten distinta gravedad.

Cabría pensar, en efecto, que al igual que el acreedor no puede reclamar el cumplimiento a su deudor (concurriendo todos los demás elementos necesarios para la compensación) sino una vez deducida la suma que él mismo debe, extinguiéndose entonces las respectivas deudas hasta la cantidad concurrente, de idéntico modo la víctima negligente no puede exigir al tercero dañador sino aquella parte de crédito resultante después de detraer la porción de responsabilidad debida a su propia culpa.

Ahora bien, la equiparación entre ambas situaciones es insostenible en buena doctrina, pues para que se verifique la compensación es preciso, según dispone el art. 1195 del Código civil, que “dos personas, por derecho propio, sean *recíprocamente* acreedoras y deudoras la una de la otra”, lo que por hipótesis queda descartado en nuestro caso; la víctima dañándose a sí misma ni lesiona la esfera jurídica del tercero ni, por consiguiente, determina el nacimiento de un crédito recíproco por daños y perjuicios oponible al propio hasta la cantidad concurrente. Es decir, la compensación de culpas podría asimilarse a la compensación verdadera y propia en el caso en que dos personas fueran deudoras recíprocas de una indemnización cuyo origen se encuentra en la comisión de dos hechos ilícitos contrapuestos (caso de “culpa recíproca”). Pero en modo alguno cuando falta precisamente esa dualidad de débitos y la única pretensión de resarcimiento lógicamente atendible es la de la propia víctima.

Es cierto, desde luego, que la mayoría de los defensores de esta teoría, entienden que la compensación tiene lugar no ya entre dos créditos recíprocamente exigibles (que se extinguen satisfaciendo total o parcialmente el interés del acreedor) sino entre las mismas culpas consideradas en su propia entidad intrínseca, es decir, como fuente u origen de la obligación (*causae obligandi*). Fácilmente se comprende, sin embargo, que aplicando este criterio uno de los causantes del daño (el tercero) se sustrae a toda sanción jurídica, mientras que el otro (la víctima) ha de soportarlo en su totalidad. En último análisis se llega a esta absurda consecuencia: lo mismo da que el tercero haya obrado irreprochablemente que, por el contrario, haya participado con la “mitad de la culpa” en la producción del evento dañoso, ya que de cualquier forma se verá libre de responsabilidad, salvo el caso en que su culpa fuese mayor que la del dañado. Y es que la idea de que las culpas son compensables entre sí *quoad cocurrentem quantitatem* resulta totalmente ilógica, además de antijurídica.

El Derecho positivo no conoce otra compensación que la de créditos recíprocos regulada en los artículos 1195 y siguientes del Código civil. Por otra parte, insistido, este procedimiento extintivo presupone necesariamente una dualidad de relaciones jurídicas inexistente en nuestro caso. Pero más aún, ni siquiera puede decirse que la culpas de uno y otro sean dos entidades homogéneas susceptibles de ponderación. Primero, porque la culpa no es sino la característica psicológica que integra el hecho dañoso antijurídico y como tal escapa a toda posibilidad de graduación cuantitativa. En segundo lugar, porque se trata de dos culpas cuya naturaleza es profundamente diversa: así, mientras que la de la víctima opera únicamente en el ámbito de la *autoresponsabilidad* (“culpa hacia sí mismo” o en sentido impropio), la del tercero es una culpa en sentido técnico jurídico (fuente de responsabilidad). Después, porque entre el grado de culpabilidad y el resultado dañoso no existe, necesariamente, una relación de proporcionalidad: una culpa leve puede dar origen a un grave perjuicio, mientras que una actitud dolosa ocasionar tan sólo unos daños de muy escasa entidad. Finalmente, porque la responsabilidad civil no puede medirse en razón del mayor o menor grado de culpabilidad pues su función no es reprimir o castigar un comportamiento ilícito, sino, sencillamente, reparar el daño que de manera injusta se infiere a los demás.

Y si esto es así, ¿cómo seguir hablando de compensación de culpas, sobre todo en aquellos supuestos, cada vez más frecuentes, en los que el tercero, causante del daño, está llamado a responder de forma objetiva y, por tanto, con independencia de cualquier valoración sobre la culpabilidad de su conducta?

Por otra parte, si la idea de que las culpas son compensables entre sí resulta dogmáticamente inaceptable ¿qué sentido tiene, entonces, esa *compensatio* de la que se habla, entre otros, en los textos que citábamos hace un rato: D. 2, 10, 3, 3; D. 24, 3, 10, 33; D. 24, 3, 39?

No me corresponde a mí, desde luego, ni tampoco es este el momento más adecuado para abordar con algún detenimiento una cuestión de tal naturaleza. Se me permitirá, sin embargo –y no, ciertamente, por el “agridulce placer de cazar en vedado” – que, al amparo de la opinión de los especialistas, me detenga unos instantes en este punto, siquiera sea para llamar la atención acerca de la sustancial diferencia que media entre lo que la ciencia jurídica moderna entiende por compensación de culpas y la que se menciona en la fuentes romanas.

Por de pronto, no parece que exista un solo texto donde se afirme que la culpa del que daña deba compensarse con la que eventualmente haya podido cometer la propia víctima. Y lo que es más importante, tampoco cabe fundamentar esta regla en ninguna de las decisiones antes citadas ya que la única compensación de culpas que admite el Derecho romano es la relativa a los casos que hoy denominaríamos de “culpa recíproca” o, mejor aún, hecho ilícito recíproco determinante de un daño también recíproco (BIONDI).

De ahí que al pretender explicar los efectos liberatorios de la culpa concurrente mediante el mecanismo de la *compensatio* romana, no sólo se falsea el verdadero significado de ésta sino que, además, se está operando con un instrumento de técnica jurídica imposible de adaptar al fenómeno en examen. (Esta discordancia entre la realidad fáctica y la fórmula de calificación jurídica empleada se manifiesta, incluso, desde el punto de vista terminológico, es decir, a través de las constantes críticas de que es objeto la expresión “compensación de culpas”).

Todo el desarrollo de la teoría está lastrado, precisamente, desde sus mismos comienzos por esta arbitraria identificación entre dos situaciones jurídicas (“concur-rencia de culpa” y “culpa recíproca”) cuyo único punto de coincidencia es la exclusión de aquellos efectos que normalmente derivan de la comisión de un hecho dañoso (COPPA-ZUCCARI).

Aunque resulta difícil precisar con exactitud cuándo se produce esta confusión, si puede decirse que está ya latente entre los comentaristas e intérpretes del Derecho común, pues no siempre supieron diferenciar con claridad –como hicieran BARTOLO y BALDO– el caso de verdadera compensación en las prestaciones pecuniarias debidas por determinados actos ilícitos recíprocamente causados, de aquel otro en que, *in eadem causa*, el actor ha originado o cuando menos ha agravado el daño por el que pretende ser indemnizado (CUTURI).

En todo caso, repito, una cosa sí parece cierta o, al menos, generalmente aceptada por la doctrina: la única compensación de culpas genuinamente romana es la que se refiere a determinados hechos ilícitos, *delicta*, para ser más precisos, contrapuestos y autónomos cometidos de forma recíproca entre las mismas personas. De ahí que, dada la reciprocidad de las responsabilidades dimanantes de esta especial situación no sea ningún despropósito jurídico hablar de *compensatio*, sobre todo, si como cree la doctrina se trata tan sólo de una fórmula teórica, añadida por los compiladores, a manera de motivación de la decisión clásica.

Concretando algo más recordaré que la *exceptio proprii delicti* sólo juega respecto del *delictum* en sentido estricto pero no respecto de los *crimina*. El *ius puniendi* del Estado romano no queda afectado por la circunstancia de que un mismo hecho, sancionado con penas de carácter público, haya sido cometido recíprocamente entre dos, o más, personas. Es decir, la *compensatio* se limita al orden civil o, mejor aún, a los efectos patrimoniales del delito: es decir, “*si de ea pecuniariae agitur*” (BIONDI, SOLAZZI).

No hará falta advertir, por otra parte, que las dificultades que implicaba para los clásicos la admisibilidad de la compensación en materia de delitos desaparecen en el Derecho justinianeo. *Actio ex delicto* ya no es sinónimo de *actio poenalis*. Casi todas las acciones *ex delicto* se han transformado en reipersecutorias. Si Justiniano

habla de *acciones poenales* es tan sólo en el sentido de acciones que tienen por objeto un múltiplo de la *res*. La función penal ha sido asumida, exclusivamente, por la *poena publica*. Las *acciones ex delicto* se encuentran, en fin, en el sistema de las acciones patrimoniales. Y así, cuando la *compensatio* se convierte en una institución de carácter general nada impide su aplicación en el ámbito de los *delicta*.

Para completar estas breves anotaciones cabría preguntarse, por último, cuál es la razón por la que en Derecho romano no se conceden *acciones* por el *pretor*, o se declaran compensadas por el *iudex*, cuando el *actor* y el *reus* son recíprocamente culpables del mismo delito. Pero, como es bien sabido, no existe una sola respuesta ya que, en realidad, son varios los criterios jurídicos que directa o indirectamente conducen a dicha neutralización o compensación del hecho ilícito recíproco:

a) La idea, a la que ya me he referido antes, de que nadie puede obtener ventaja de la propia malicia (*nemo auditur suam turpitudinem allegans*). A ella pueden reconducirse, por cierto, los artículos 1305 y 1306 del Código civil y, en buena medida, también el 1270, referido, precisamente, al dolo recíproco como vicio de la voluntad negocial.

b) Un elemental principio de economía procesal, pues es inútil e ilógico obligar a dos pagos, conceder dos acciones o proceder a dos condenas iguales y contrarias.

c) El sentido de la propia responsabilidad: el ordenamiento romano niega su tutela, también he tenido ocasión de recordarlo, a quien no se comporta de acuerdo con el tipo ideal de *vir*.

d) El principio de autodefensa en cuya virtud y, son palabras de IHERING, “el Derecho permite oponer acto ilícito frente a acto ilícito, así, *vis, metus, damnum, iniura...*”. La legítima defensa, la compensación del daño, de las injurias... no son, todavía hoy sino aplicaciones específicas del mismo (CARCATERRA).

Rechazada la teoría de la compensación de culpas y “puesto al descubierto”, por ende, el error interpretativo que subyace en su fundamentación histórica, no creo que sea ya necesario insistir demasiado en lo que desde el principio de esta exposición he venido apuntando: la razón última que explica y justifica los efectos liberatorios de la culpa de la víctima no es otra que el principio de *autorresponsabilidad*.

Pero dado que las referencias de nuestra doctrina sobre este concepto son más bien escasas —especialmente en el Derecho de daños— sí me parece oportuno, en cambio, hacer lo que en otras circunstancias resultaría ocioso y hasta impertinente: precisar, aunque sea en pocas palabras, su significado y alcance.

Para ello es necesario tomar como punto de partida una elemental distinción, puesta de relieve por BETTI cuando constata, en orden al daño, la existencia de “dos tipos de situaciones diversas que caracterizan, respectivamente, dos tipos de *riesgos*, según que la verificación del peligro de lugar o no a la reparación del daño”.

Hay, en efecto, un “riesgo” cuya realización debe preverse y evitarse en interés de otras personas hacia las que estamos obligados por un vínculo de *cooperación* o por una exigencia de *respeto* y *conservación*. La falta de tal cooperación (es decir,

el incumplimiento de una obligación previamente establecida) o la violación de esa exigencia de respeto y conservación originan un resultado antijurídico que el ordenamiento sanciona por medio de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Existe otro “riesgo” que si ha de evitarse y prevenirse es tan sólo en interés propio y a nuestro cargo; su verificación no origina, como en el caso anterior, un derecho a la reparación. No se produce el desplazamiento de la carga del daño ya que sus consecuencias desfavorables no pueden recaer sobre otras personas, no comprometen su responsabilidad. Se dice entonces, concluye BETTI, “que el daño que debe ser imputado a nosotros mismos no se puede calificar como daño en el sentido antijurídico de la palabra, es decir, como daño sujeto a reparación (*quod quis ex culpa sua damnum sentit...*); y se habla de *autorresponsabilidad* entendiendo por tal la necesidad que nos incumbe de soportar la carga de un daño que debe ser imputado a nosotros mismo”.

Si bien este concepto se ha elaborado en consideración al campo del negocio jurídico tiene, sin embargo, un ámbito de aplicación, como instrumento de técnica jurídica, mucho más dilatado que el puramente negocial. Puede, en efecto, extenderse a todas aquellas situaciones en las que el sujeto, desatendiendo sus propios intereses personales o patrimoniales de forma negligente se causa (o bien contribuye a causarse) un daño que no podrá desplazar sobre el patrimonio del agente, responsable hipotético. Concretamente, cabe hablar de *autorresponsabilidad* o, con más exactitud, de *autorresponsabilidad parcial* (MESSINEO) en el caso de concurrencia de culpa del perjudicado en el cual, como dice PUGLIATTI “vienen a encontrarse frente a frente la responsabilidad (por ilícito) del dañador y la *autorresponsabilidad* del dañado”.

La distinción entre ambas esferas (responsabilidad-*autorresponsabilidad*) radica fundamentalmente en esto: mientras que la primera implica una culpa en sentido técnico, o, lo que es lo mismo, como ya he recordado, la vulneración de un deber jurídico impuesto por el ordenamiento *en interés de otras personas*, la llamada *autorresponsabilidad* sólo presupone una “culpa hacia sí mismo”, una conducta no indiferente para el Derecho pero que no por ello debe calificarse como antijurídica. (Excepcionalmente, sin embargo, la culpa del dañado puede llegar a ser constitutiva de un hecho ilícito cuando la lesión de un interés propio implique también la transgresión de un deber jurídico).

En efecto, junto al deber jurídico propiamente dicho, que el ordenamiento impone y sanciona por medio de la responsabilidad, existen otros “deberes” de intensidad menor (*obliegenheiten*) establecidos a cargo y en interés del propio agente u omitente, como presupuesto o condición para la adquisición, conservación o ejercicio de un derecho o ventaja jurídica.

Su vulneración –precisamente por haber sido establecidos en atención al mismo interesado– sólo produce como consecuencia determinadas desventajas o inconvenientes, en el orden económico-jurídico, para aquél que no los observa; y así, o no se produce la adquisición, o bien se pierde el derecho que no puede ser ya ejercitado.

El sujeto es libre de comportarse de una u otra forma sin incurrir por ello en responsabilidad, puesto que se trata de deberes –como ya advertía FERRARA, de “deberes finales”, dependientes no de un imperativo sino de una norma técnica que

expresa únicamente la necesidad práctica de observar o no cierto comportamiento si se quiere alcanzar determinado resultado. Todo lo más puede decirse que quien incumple tales “deberes” o, mejor aún, *cargas*, se hace responsable frente a sí mismo, esto es incurre en *autorresponsabilidad*.

También aquí la ley prescribe un determinado comportamiento pero a diferencia de lo que ocurre con la obligación, con el deber, no es exigible ni coercible mediante el mecanismo de la responsabilidad pues no constituye un comportamiento debido. Esta diferenciación en cuanto a la diversidad de las consecuencias jurídicas que en uno y otro caso derivan del incumplimiento se explica satisfactoriamente y aparece con mayor nitidez si observamos el fenómeno desde el punto de vista del interés tutelado por la norma. Así, mientras que el deber jurídico implica la subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno (individual o colectivo), la carga, el “mandato en interés propio”, como tal está dirigido a tutelar la persona o los bienes del destinatario. Por ello –y circunscribiéndonos al campo del derecho de obligaciones– cabe decir que la trasgresión del deber determina la reacción del ordenamiento para restablecer la primacía del interés preponderante por medio de la ejecución forzosa y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados; incumpliendo un “mandato en interés propio” la única forma posible de reacción es impedir o paralizar la obtención del efecto favorable dependiente del mismo.

Diremos, siguiendo a CARNELUTTI, que en el primer caso el comportamiento que para tutela del interés ajeno impone la norma se califica de *acto debido*, en el sentido de que es jurídicamente exigible. El obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa queda sometido entonces a la responsabilidad en su doble función de garantía (*Haftung*) (art. 1911) y de resarcimiento (arts. 1101 y 1902).

En el segundo, por el contrario, sólo puede hablarse de *acto necesario* para expresar así que el sujeto encuentra en la *necessitas*, práctica y no jurídica, de obrar conforme a la norma si quiere alcanzar el efecto favorable o evitar el desfavorable. El único interés que aquí está en juego es el de aquel sobre quien se impone la carga, establecida, precisamente en función y como presupuesto de ese efecto útil. Si de forma “irrazonable y antieconómica” (LEHMANN) el sujeto desatiende sus propios intereses, no comete por ello acto ilícito, pues no viola un deber jurídico que sólo existe frente a los demás, individual o colectivamente considerados, y no frente a uno mismo. En suma, no incurre en responsabilidad y sólo se verá en la necesidad de asumir, como ya expresaba CHIRONI, “las consecuencias (riesgo y no verdadera responsabilidad) de sus propios actos”.

Ahora bien, aunque en la idea de la *autorresponsabilidad* –verdadero principio general del Derecho– hayamos encontrado la razón última que justifica los efectos liberatorios de la culpa de la víctima, todavía queda por determinar la naturaleza jurídica del fenómeno. En este sentido me limitaré a sugerir que si queremos hallar la fórmula que explique suficientemente esos efectos y sea, al mismo tiempo, la “expresión abreviada de su estructura y eficacia” es preciso abandonar el enfoque tradicional del problema y ensayar su examen desde otras perspectivas. Y digo desde otras perspectivas, en plural, porque en mi opinión la construcción técnico jurídica de la culpa de la víctima debe llevarse a cabo teniendo en cuenta esta doble faceta: de una parte, su carácter de “criterio de imputación” y, de otra, su condición de “causa de exoneración total o parcial” de la responsabilidad civil.

En efecto, su modo de ser jurídico puede definirse, antes que nada, como un criterio de imputación. Todavía más concretamente, como aquel criterio que justifica la atribución del daño al propio sujeto que lo sufre. En los supuestos “normales” de responsabilidad civil la imputación del daño determina su carácter de antijuridicidad y, consiguientemente, la puesta en marcha del mecanismo de la reparación por medio de la obligación de indemnizar. Es decir, la “culpa”, el “dolo”, la “creación del riesgo”, la “exposición al peligro”, la “titularidad sobre la cosa”, la “relación de dependencia”, etc., no son sino el cauce, la razón jurídica, que permite desplazar la carga del daño desde quien injustamente lo padece hasta el sujeto reputado como responsable (téngase en cuenta, claro, que éste puede ser una persona distinta a la que ha realizado la acción u omisión materialmente dañosa). En nuestro caso, sin embargo, se trata de un criterio que opera no en función de responsabilidad sino como causa determinante de *autorresponsabilidad*: esto es, constituye la justificación necesaria y suficiente para la atribución de aquellos daños que el propio sujeto se causa –o contribuye a causarse– a sí mismo. Pero esta circunstancia no impide que pueda hablarse de imputación en sentido técnico, a menos, claro es, que restrinjamos el concepto al campo del daño injusto o daño antijurídico. Basta observar que al igual que ocurre con los demás criterios preestablecidos en el ordenamiento, también la culpa de la víctima cumple la función de “sustituir la distribución automática del daño por una atribución jurídica” es decir, que así como el daño calificado de injusto solamente puede ser atribuido a una persona distinta de la que lo sufre en el caso de que exista un criterio previsto directamente por la norma, en virtud del cual aquella persona y no otra debe proceder a la reparación del daño causado, de igual forma tampoco la víctima incurrirá en *autorresponsabilidad* o, lo que es lo mismo, no se verá imposibilitada jurídicamente para desplazar la carga del daño sobre el patrimonio del tercero sino a condición de haber observado un comportamiento negligente.

Pero la culpa de la víctima no puede configurarse únicamente como uno de los criterios que el ordenamiento establece con el fin de poner en conexión determinados eventos lesivos con la persona que habrá de soportar definitivamente sus consecuencias desfavorables. Es preciso tener en cuenta, además, los efectos que produce desde el punto de vista del agente u omitente. Resulta obvio, en este sentido, que la situación de *autorresponsabilidad* implica para el demandado la exclusión o, al menos, la atenuación o reducción del deber de indemnizar. Cabe decir, por tanto, que la culpa de la víctima asume también el papel de una causa de exoneración, total o parcial, de la responsabilidad civil. Precizando más todavía, ha de encuadrarse sistemáticamente en aquel grupo de circunstancias que operan en el plano de la causalidad jurídica y que la doctrina francesa suele designar como “causas ajenas” (fuerza mayor, hecho del tercero y culpa del dañado).

He dejado para el final y sólo por razones de claridad expositiva, algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión en el Derecho español. Y lo primero a tener en cuenta es que hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995 no había en el ordenamiento ninguna norma de carácter general que se ocupara directa y expresamente del problema.

Aclararé, entre paréntesis, para quien no esté familiarizado con nuestro llamémosle “peculiar” sistema de daños, que en dicho cuerpo legal se regula la llamada y mal llamada, por cierto, “responsabilidad civil derivada del delito” (la respon-

sabilidad nace, obviamente, del daño). Ello explica, formalmente al menos, que en su articulado nos encontremos entre otras normas de estricto carácter civil la del siguiente tenor: “si la víctima hubiese 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” (art. 114).

Lo que ya no tiene sentido ni justificación alguna –pero esta es otra cuestión en la que no podemos entrar ahora– es la existencia en nuestro ordenamiento de un doble régimen de reparación, el del Código civil (arts. 1902 y ss.) y el del Código penal (arts. 109 y ss.), como si la naturaleza de los daños fuera distinta según que la acción u omisión que los origina esté o no penada en la ley.

Volviendo, pues, a nuestro tema, ese vacío legal –del que constituye una significativa excepción, no lo olvidemos, siquiera sea en atención a su vieja raigambre romana, el supuesto de culpa de la víctima que contempla el art. 1905 C.civ. a propósito del daño causado por los animales– no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia, sobre todo a partir de los años sesenta, admita que la concurrencia de culpa es un factor de reducción del *quantum* de la indemnización y no, necesariamente, de su exclusión.

Ocurre, sin embargo, que para fundamentar esta solución suele utilizarse, coincido en ello con nuestra mejor doctrina, un cauce normativo inadecuado, el art. 1103 del Código civil: “la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; *pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*”. Y no se trata, claro es, de que los Jueces no puedan al amparo de esta u otras normas especiales dispersas en el ordenamiento (así, art. 1726 C. civ; arts. 112 y 118 CP; art. 61.3 LORPM, etc.) reducir equitativamente la cuantía de un resarcimiento debido atendidas las circunstancias del caso, por ejemplo, la existencia de un seguro o la situación personal y económica del obligado. Lo que quiero decir es que cuando el juzgador limita o reduce el *quantum* de la obligación de indemnizar, en atención a la culpa concurrente de víctima, en realidad no está moderando la responsabilidad sino “repartiéndola” entre quienes han contribuido a causar el daño: sencillamente, está dando “a cada uno lo suyo”.

Vistas las cosas bajo esta perspectiva bastaría, desde luego, invocar el art. 1902 del Código civil y esto por decisiva razón de que “daño causado” no es, a efectos de las norma, sino el que se infiere *non iure* o *contra ius* pero nunca el que se atribuye como propio al sujeto que lo sufre. No se me oculta y enseguida volveré sobre este punto, que la dificultad radica, precisamente, en determinar en función de qué criterio o criterios (¿la gravedad de las culpas?, ¿el nexo de causalidad?, ¿ambos, combinadamente?) debe separarse o distinguirse la parte del daño resarcible de la que, por el contrario, queda sometida a los efectos de la *autorresponsabilidad*.

Dentro de este mismo orden de consideraciones no quiero desaprovechar la oportunidad para llamar la atención sobre un aspecto que, en lo que me consta, suele pasar desapercibido a la doctrina: me estoy refiriendo a que si bien es verdad, ya lo hemos dicho, que el Código civil no se ocupa expresa y directamente de la culpa de la víctima sí lo hace, en cambio, de manera implícita en uno de sus artículos sin duda más crípticos y difíciles de interpretar, el 1107.

En efecto, cuando este precepto establece la regla en cuya virtud el deudor de buena fe (entiéndase por tal el no doloso) y, por extensión, el autor del ilícito extracontractual sólo quedan obligados a resarcir los daños que (además de previstos o previsibles) sean “*consecuencia necesaria*” del hecho que fundamenta su responsabilidad, nos está diciendo, entre otras cosas, algo tan significativo para nuestro tema como lo siguiente: el nexo causal entre el evento dañoso y sus ulteriores consecuencias se interrumpe en razón de la evitabilidad de las mismas; es decir, un daño deja de ser consecuencia necesaria y, por tanto, pierde su condición de resarcible cuando quien lo sufre pudo haberlo evitado o aminorado mediante la debida diligencia. Si culpable o negligentemente no lo hace *sibi imputet*, habrá incurrido en *autorresponsabilidad*. El paralelismo entre este principio y la regla de POMPONIO es tan evidente que nos ahorra cualquier comentario al respecto.

Lo que sí merecería la pena es intentar establecer el nexo racional e histórico que seguramente media entre la norma del art. 1107 del Código civil y el famoso y discutido texto de PAULO recogido en D. 19, 1, 21, 3.

Se trata, como nadie ignora, de un fragmento en materia de compraventa en el que el jurista, ante un supuesto de falta de entrega de la cosa prometida, imputable al vendedor, decide que en la estimación del daño ha de tenerse en cuenta todo el interés del comprador siempre que éste se refiera a la cosa misma objeto del contrato: “*utilitas... quae modo circa ipsam rem consistit*”. Aplicando este criterio resuelve el primero de los casos en el sentido de que el comprador, accionando *ex empto*, conseguirá el valor del vino pero no así el de las posibles ganancias que podría haber obtenido comerciando con el mismo. De igual modo, si el vendedor no ha entregado una partida de trigo que el comprador pensaba destinar a la alimentación de sus esclavos y estos mueren de hambre, tampoco logrará más que el valor de la prestación incumplida, esto es, “*pretium tritici, non servorum fame necatorum*”.

Resulta arriesgado, sobre todo para el no especialista, y cuando tan variadas interpretaciones ha suscitado este texto entre los cultivadores del Derecho romano, aventurar cualquier juicio sobre los verdaderos motivos que inducen a PAULO a tomar una decisión que parece, incluso, contradecir el criterio sentando en otros muchos pasajes de las fuentes respecto del resarcimiento del lucro cesante. Ello no obstante y si hemos de creer en la opiniones de WINDSCHEID, DERNBURG, GLÜCK, MAYNZ, BONFANTE, POLACCO o BETTI, por citar alguna de las más autorizada, es muy probable que esa negativa a incluir en la estimación del daño tanto las ganancias frustradas del comerciante en vinos, como las pérdidas sufridas por el dueño de los esclavos tenga su explicación en la culpa concurrente de ambos compradores. Es decir, el resarcimiento quedaría excluido respecto de tales perjuicios porque no dependen, en realidad, del incumplimiento o, si se prefiere, porque no son una consecuencia necesaria (normal o directa) del mismo y pudieron haberse evitado con la debida diligencia procurándose oportunamente otro trigo y otro vino en sustitución del no entregado a su debido tiempo por el vendedor.

Pero por muy interesante que sea todo ello, es tiempo ya de pasar a los dos últimos comentarios que me gustaría hacer antes de concluir.

Se refiere el primero a la controvertida cuestión que apuntábamos hace unos momentos acerca del modo de “dividir” la responsabilidad entre el tercero deman-

dado y la víctima demandante. Basta, en efecto, una simple ojeada al Derecho comparado para advertir de inmediato, ante la variedad de soluciones propuestas, que el problema dista mucho de tener una solución fácil y segura.

Ciñéndonos a la jurisprudencia española, lo primero que se aprecia es una notable imprecisión terminológica, consecuencia, no me cabe la menor duda, de las deficiencias que, a su vez, presenta en este campo la doctrina científica. No seré yo, desde luego, quien censure al Tribunal Supremo por haber estado más atento a resolver en justicia los casos litigiosos que a teorizar sobre el tema. Pero, ¿qué quiere decir, por ejemplo, la expresión “concurrencia compensatoria”?, o, más aún, ¿qué sentido tiene calificar de “gravemente dolosa” la conducta de un niño de cinco años que al cruzar la calle de forma intempestiva resulta atropellado?

Pero lo que más llama la atención es la falta de un criterio constante (sobre todo en la Sala 1^a) acerca de si para fijar la proporción en que debe reducirse la cuantía indemnizatoria ha de atenderse a la respectiva entidad de las culpas concurrentes o, por el contrario, a su contribución causal en la producción del evento dañoso. Téngase en cuenta, además, que hasta época todavía reciente la jurisprudencia de la Sala 4^a exigía, para poder afirmar la responsabilidad de la Administración, la existencia de un nexo causal exclusivo, sin interferencias de terceros o del propio perjudicado. Es decir, o se consideraba que la culpa concurrente era bastante, por sí sola, para interrumpir la relación causal, negándose entonces toda indemnización a la víctima o, contrariamente, si bien en casos excepcionales, se estimaba irrelevante con lo que el resarcimiento no experimentaba ninguna merma en su cuantía.

Con todo y aunque es verdad que estando así las cosas resulta difícil hablar de una verdadera doctrina jurisprudencial, en el sentido del art. 1^o del Código civil, tampoco debemos fiarnos demasiado de las apariencias. Quiero decir, que a pesar de que en numerosas sentencias siga hablándose de “sopesar”, “comparar”, “compensar” culpas, de ahí no se infiere que esa delicada tarea –“dividir la responsabilidad”– sólo se lleve a cabo en función de la gravedad de las mismas ya que, en muchas ocasiones, el examen de la culpabilidad encubre, en realidad, la valoración de su eficacia en orden a la producción del daño, es decir, su fuerza causal.

En cualquier caso entiendo que lo acertado es combinar ambos criterios en el sentido de que si la culpa de la víctima “pone en marcha” el mecanismo de la *autorresponsabilidad* es, sin embargo, a través del nexo causal como se determina el momento de su “parada” y, por tanto, el límite que separa los daños resarcibles de los irresarcibles.

Advertía al principio y este es el segundo aspecto que quería comentar brevísimamente, que la culpa de la víctima se ha convertido en nuestro Derecho, al igual que en la mayoría de los ordenamientos, en uno de los instrumentos de técnica jurídica más profusamente utilizados con el fin de contrarrestar o, por lo menos, equilibrar los excesos que ha traído consigo a lo largo del último siglo la expansión de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia, acabamos de verlo, lo invoca constantemente como recurso moderador. Pero es, sobre todo, a través de la abundante legislación especial concerniente a la materia donde se manifiesta, con mayor claridad si cabe, esa preocupación de la que hablábamos antes por reajustar el resarcimiento al daño efectiva-

mente causado. Que el legislador haya acertado siempre a la hora de formular los criterios que permitan distribuir con justicia la parte que corresponde a cada uno, dañado y dañador, es ya otra cuestión imposible de abordar en estos momentos, cuando ya ha llegado el final de esta exposición.

Lo único que me atrevería a añadir, a la vista de ciertos preceptos tan desafortunados técnicamente, como el art. 1 de la ley sobre Circulación de Vehículos de Motor, es que sería mucho más razonable abandonar tan complicada vía y volver a la sencillez de las soluciones que aún pueden extraerse del Código civil.

Pero ya sé que en el momento de la *des* o *postcodificación* se trata de una propuesta ingenua condenada de antemano al más rotundo de los fracasos.