

LECTURAS RECOMENDADAS

Pablo Salvador Coderch

- **Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999. 367 págs. 5.500 pesetas.**

Al mérito innegado de haber publicado el libro de derecho civil más importante del año se suma el de haberlo escrito más de cuarenta años después de que su primera monografía –“El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos”, Barcelona, Bosch cop., 1957- viera la luz: Luis Díez-Picazo y Ponce de León es el decano de los catedráticos españoles de derecho civil en activo y lo es tanto por antigüedad en el escalafón como por merecimientos. Sepa quien haya acudido a estas páginas de InDret por razones de estudio, investigación u oficio que, en el futuro, ya no va a poder prescindir de su *Derecho de daños* si no es a su riesgo. Veamos algunos de los ejes en torno a los cuales gira el pensamiento del autor.

1. *El acierto básico en la estructuración del libro*

Derecho de daños comienza con una primera parte destinada a tratar las cuestiones de fundamentos (Capítulos I a X); sigue el análisis de los problemas de delimitación –entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, así como entre esta última y la responsabilidad civil derivada de delito-; y finaliza con los problemas de aplicación (Capítulos XIII a XVI): esta tripartición sintetiza una tradición cultural que ahora Díez-Picazo saca del mundo académico y la pone a la disposición de los operadores jurídicos. Pero el éxito en la selección de los temas no es sólo positivo; también se manifiesta en los temas que el autor decide *no* tratar, como por ejemplo, la añosa distinción entre responsabilidad por acto propio y responsabilidad por los hechos ajenos. El libro es no uno sino varios pasos adelante en la cultura española del derecho privado y, en particular, en el tratamiento de bastantes de los temas clave del derecho de la responsabilidad civil.

2. *Introducción: crítica a la jurisprudencia y la distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva*

En la Introducción (páginas 19 a 38), el autor critica la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con la ferocidad esperada en quien la conoce demasiado bien: al primer párrafo del libro, que arranca justamente con la frase siguiente: “[e]l derecho de la responsabilidad civil ... se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición”, sigue un segundo párrafo que habla ya de las “vacilaciones de la jurisprudencia” e,

inmediatamente a continuación, un tercero que la apuntilla para en seguida negarla: “[l]as sentencias dictadas” sobre derecho de daños “son muy numerosas y de muy diferente pelaje ... [N]o existe entre ellas unidad de doctrina y ... muchas veces presentan muy claras contradicciones. No hay, en el sentido del artículo 1.9 CC (sic), jurisprudencia en el genuino significado de la palabra” (pág. 19).

La imputación resulta, desde luego, muy dura, pero los ejemplos tomados de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo que, a continuación, pone el autor no dejan lugar a dudas sobre su justificación. Éstos son las SSTs, 1ª, 22.1.1996 (accidente mortal en una mina indebidamente explotada); 31.12.1996 (con cita de las anteriores de 8.11.1990 y 8.2.1991, joven gravemente herido en un festival taurino, tras llamar la atención de la vaquilla que le embistió); 30.4.1984 (vecino muerto, al salir de su casa, por una res que corría retrasada por las calles de su pueblo en fiestas –una sentencia muy anterior al resto que se cita en el libro como contrapunto-); 3.4.1997 (actor herido en un encierro en el que había decidido participar activa y voluntariamente); 17.2.1997 (niños muertos al ser arrollados por un tren cuyas vías corren paralelas a una playa); 22.1.1996 (motociclista muerto al ser arrollado por un tren cuando cruzaba un paso a nivel sin barreras); 31.12.1996 (actor electrocutado al tropezar con el tendido de una línea eléctrica cuando se encontraba reparando el tejado de una casa). Y tras su narración, el autor casi confiesa su exasperación: “no sabemos nunca cuándo y con arreglo a qué criterios” se va a decidir ni si, por tanto, se va a resolver de acuerdo con un estándar de responsabilidad por culpa o con otro de responsabilidad objetiva –“por riesgo”, en la terminología del autor- (pág. 24); “en la jurisprudencia ... resulta imposible el hallazgo de criterios que permitan determinar qué suerte correrán, en el futuro, los casos que ante el Tribunal Supremo lleguen” (pág. 37).

A las gentes que hacemos InDret, las afirmaciones anteriores no nos asombran en lo más mínimo: tras coincidir hasta en los casos con que arranca el libro de Díez-Picazo ([Trenes](#) y [Encierros](#)), InDret ha expuesto ya hace algún tiempo la hipótesis de que, entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, hay muchas menos diferencias de las que autores, legisladores y jueces han querido ver durante el último medio siglo ([Causalidad y responsabilidad](#)): tan pronto como se cae en la cuenta de que, primero, la culpa civil es, por lo general, rigurosamente objetiva –es infracción de deberes de precaución exigibles en el sector del tráfico en que actuaba el demandado- y de que, segundo, muchos criterios de imputación objetiva restringen el ámbito de los posibles responsables del daño con criterios idénticos a la responsabilidad por culpa, no cabe duda alguna de que la distinción pierde sus perfiles: “no existe ningún criterio que permita separar unos casos de otros ni determinar de antemano cuáles quedarán regidos por un tipo o régimen de responsabilidad y cuáles por otro, de manera que las conclusiones continúan siendo imprevisibles” concluye Díez-Picazo al final de la Introducción (pág. 37).

Pero, ¿es lo anterior únicamente culpa de la jurisprudencia? InDret alberga serias dudas de que esto sea así: de hecho, no hace falta ser un partidario *enragé* del análisis económico del derecho, para comprobar que el análisis doctrinal clásico de la distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva ha cerrado los ojos ante la verdad básica de que nuestros tribunales siempre o casi siempre tienen en cuenta que no se puede exigir la adopción de precauciones infinitas –es decir, la realización de un gasto infinito- a ningún agente social cuya actividad se considere lícita y permisible. El propio Díez-Picazo, receptivo al análisis económico (véanse capítulos I y VIII), pero en definitiva crítico ante la amenaza imperial de la ciencia lúgubre, rinde en la Introducción a su magnífico Derecho de daños el mejor homenaje al análisis económico del derecho de daños que he leído en un texto español de dogmática jurídica.

En efecto, en las páginas 31 a 36, tras narrar los hechos de la STS, 1ª, 17.2.1997, un caso en el que, como sabemos, dos niños habían muerto arrollados por un tren cuyas vías circulaban paralelas a la playa donde jugaban, cita el fundamento de derecho tercero, según el cual “el riesgo no estriba en la peligrosidad que, para los arrollados por una máquina de tren, comporta el arrollamiento, sino en el favorecimiento que de tal trance puede comportar el vallado de la vía férrea en un lugar en que, aun no siendo legalmente obligatorio resultaba prudente” (pág. 33). Este dato, escribe luego Díez-Picazo (págs. 34), suscita algún comentario. “Ante todo, habría que preguntarse en qué extensión o en qué longitud hay que vallar las vías férreas y qué coste debe invertir una entidad siempre deficitaria como es Renfe. Se podría cuestionar también la altura que hubiera que dar al muro, porque, seguramente, si éste no hubiera sido muy alto, traviosos muchachos a quienes el ferrocarril seduce, hubieran podido saltarlo fácilmente ... Alguna observación adicional puede hacerse en punto a si las obras –el muro- que la sentencia parece imponer a la Red de Ferrocarriles no supone un costo que hubiera estado mejor dedicado en otro tipo de actividades de la propia empresa”. Al lector familiarizado con la *fórmula de Hand*, las cavilaciones anteriores le resultarán obvias. Y al jurista tradicionalmente crítico del *Law & Economics* cabrá recordarle que sigue habiendo mucha gente que escribe prosa sin saberlo.

3. Análisis económico del derecho de daños y concepto de culpa

No es éste, desde luego, el caso de Díez-Picazo quien, como acabamos de decir, dedica el capítulo VIII de su libro al análisis económico (págs. 203 y ss.). Aunque con algún curioso error menor de cita –cuando se convierte al mismísimo gobierno de los Estados Unidos en la marina americana: U.S. v. Carroll Towing (159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)) se cita como U.S. Navy v. Carroll, pág. 210)-, el autor da razón de la literatura fundacional del análisis económico del derecho de daños, así como el de algunos de sus desarrollos más conocidos, una dirección de pensamiento, escribe, que “no debe, en modo alguno, perderse

de vista” (pág. 217), pero que, en definitiva, “en sistemas de base legalista como el Derecho español y prácticamente todos los que pertenecen al área del derecho Europeo continental codificado, la relación directa en que los jueces se encuentran con las normas jurídicas de origen legal, les impide llevar a cabo tareas que excedan de la interpretación de tales normas y, en su caso, de la integración de las lagunas que el sistema legal puede presentar. Por ello, no es extraño que el llamado análisis económico del derecho haya crecido y se haya desarrollado en los sistemas de Derecho anglosajón donde es fama que los jueces disponen de una mayor dosis de libertad de actuación”.

La idea de que el juez del *Civil Law* está más ceñido a la ley escrita que el juez del *Common Law*, aplicada al derecho español de daños, suscita alguna perplejidad: ¿Queda realmente algún civilista que crea sinceramente que el tenor literal de la cláusula general del art. 1902 CC constriñe efectivamente el arbitrio judicial de algún Juez o Magistrado? Si lo hay, no es Díez-Picazo, quien, al final del capítulo, afirma sin ambages: “los costos de prevención ... presentan una especial importancia a la hora de definir el concepto de culpa” (pág. 217). Learned Hand (1872-1961) ya lo había escrito en 1947.

Vayamos, pues, a la culpa (Capítulo XVI y último del libro, págs. 351 y ss.): “Me parece”, escribe Díez-Picazo, “un mérito del análisis económico del Derecho, la relación establecida entre diligencia y negligencia con los costos de prevención necesarios para la evitación de los daños. A nuestro juicio, es claro que al establecer los parámetros o estándares de diligencia deben tenerse en cuenta en los sacrificios exigibles a las personas a quienes la diligencia se impone y, al mismo tiempo, los límites de los mencionados sacrificios, punto de vista desde el cual los conceptos económicos tienen evidente efectividad. Sin embargo, el concepto de diligencia, desde nuestro punto de vista, más parece un concepto normativo que un concepto puramente económico” (pág. 359).

Mas acaso hay aquí un *non sequitur*: no hay dos mundos, el económico y el normativo, sino únicamente uno en el que vivimos todos. Ciertamente, el legislador puede establecer estos o aquellos cánones de responsabilidad, pero el estándar económico de la negligencia, una vez establecido, es tan normativo como pueda serlo cualquier otro que decidiera utilizar el legislador o aplicar el juez: por ejemplo, si mañana se resuelve que los profesionales de la medicina han de invertir en precauciones una cantidad igual a, pongamos por casos, el cuádruple de los daños probables que resultan de su actividad ($B = 4 \times P \times L$) el nuevo estándar no sería ni más ni menos normativo que otro –muy cercano a la realidad legal española- según el cual el centro público en el que trabaja el médico, funcionario público, responde de acuerdo con ese criterio, pero el médico mismo sólo responde por negligencia grave ($B = P \times L / 2$, vid. art. 145.2 Ley 30/1992) o conforme a otro según el cual el mismo médico, en su consultorio privado, responde con criterios de negligencia simple ($B = P \times L$). La idea de que hay un mundo de lo normativo y otro de lo económico resulta perturbadora para el análisis: lo decisivo es identificar en qué se diferencian los

distintos estándares normativos incluyendo, como otro cualquiera de ellos, al que resulta de aplicar la *fórmula de Hand*.

4. La historia y funciones del derecho de daños

En los capítulos históricos de *Derecho de daños*, la muy bien escrita exposición – rasgo habitual de la pluma del autor, uno de los mejores escritores jurídicos del siglo que acaba de concluir- sigue las líneas tradicionales de la historia de los dogmas –más literatura jurídica que derecho realmente aplicado- al menos hasta la Ilustración, donde, tras una leve referencia al Código General Territorial Prusiano de 1794 (pág. 81)-, Luis Díez-Picazo se refiere a los códigos civiles francés de 1804, y alemán de 1900, así como al derecho inglés.

Mucho más carnosos resulta el Capítulo IV (págs. 93 y ss.) dedicado a la evolución del sistema codificado: en él, el autor pasa cuidadosa revista a los factores de distorsión del sistema que los codificadores creyeron dejar bien establecido: la equiparación entre acciones y omisiones, la aparición de responsabilidad por daño moral, la pérdida del lugar central que ocupó la responsabilidad por negligencia aparentemente desplazada por la responsabilidad objetiva o por riesgo. Las páginas destinadas a la recepción cultural en España de esta última doctrina (págs. 110 y ss.) –obra de juristas como Ángel Ossorio y Gallardo, Emilio Miñana, Agustín Herrán, Adolfo de Miguel y Garcilópez y José Castán Tobeñas- constituyen algunas de las más logradas de los capítulos del libro comentado dedicados a la historia del derecho de daños.

Con igual acierto resalta el autor la influencia fundamental de la obra de Pietro Trimarchi (*Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè 1961), acaso el más lúcido analista europeo de su generación en esta materia y alguien que, de haber trabajado y publicado en los Estados Unidos de América, sería sin duda citado junto a su casi compatriota Guido Calabresi como uno de los precursores del moderno derecho de la responsabilidad civil.

Parecidamente, analiza Díez-Picazo la evolución objetivista de la jurisprudencia española que, en su opinión, se produce desde finales de los años cincuenta de este siglo, aunque sólo para llegar de nuevo a la desazonada conclusión de que las racionalizaciones doctrinales que envuelven los fallos no ofrecen guía jurisprudencial alguna, sino que son simples justificaciones *ad hoc* de su sentido finalmente condenatorio o absolutorio: “los Tribunales juegan con dos barajas intercambiables sin que uno termine de saber cuándo y por qué se elige un tipo de juego o el otro. Cuando hay que favorecer la indemnización, se tenderá la cuerda objetivista y cuando hay que denegarla, se recogerá” (pág. 122). Con todo, la elevación del canon de la diligencia, la inversión de la carga de su prueba, la adopción en algunos casos poco definidos del canon de la responsabilidad objetiva (“teoría del riesgo”), la regla de que las víctimas de un

daño han de ser indemnizadas y la de que quien obtiene beneficios derivados del desarrollo de una actividad ha de cargar con los costes que genera se convierten en los tópicos doctrinales dominantes del derecho de daños de los últimos cuarenta años.

Los tópicos mencionados sugieren una evolución que apunta a un predominio de la llamada función compensatoria de la responsabilidad civil. El capítulo I de *Derecho de daños* recoge el estado actual de la discusión sobre las funciones del derecho de daños y como, con acierto, parte de que habitamos en un mundo físicamente limitado y, por tanto, caracterizado por la inevitabilidad de innumerables contactos y roces sociales, hay que empezar por afirmar la necesaria función de demarcación del derecho de daños (págs. 41 y ss.): dejar de un lado los daños no resarcibles –la mayoría– y, del otro, aquéllos cuya producción da lugar a una pretensión resarcitoria es la más básica de las funciones de todo derecho de daños: uno ha de saber si el dolor causado por la ruptura de una relación amorosa o simplemente de amistad da lugar o no a una pretensión indemnizatoria (STS 16.12.1996, Ar. 9020); si las revistas electrónicas como InDret arruinarán impunes a las publicadas en soporte papel; si lo propio puede sostenerse en el caso de una inevitable infección hospitalaria contraída por quien fue contagiado de un virus trece o catorce años antes de que la ciencia médica identificara su existencia (STS 9.3.1999, Ar. 1368) o, más sencillamente, si surge o no una pretensión resarcitoria por las infecciones que, hoy por hoy, están irremediabilmente asociadas al ingreso en una unidad de cuidados intensivos de cualquier hospital español.

En esta misma sede, el autor se pregunta si el derecho de daños cumple algún tipo de función punitiva (págs. 44 y ss.), cuestión que responde negativamente al hilo de su posición sobre la institución de los *punitive damages*, una figura que Díez-Picazo considera ajena a la cultura del *Civil Law*. InDret mantiene al respecto posiciones distintas, aunque no contrarias a las expuestas por el autor del libro recensionado: es posible, conceptualmente hablando, construir los *punitive damages* al margen de toda idea de sanción, pero no es probable que ningún ordenamiento jurídico llegue a hacer eso nunca ([Punitive Damages](#)). Más allá de la discusión sobre esta figura, el autor rechaza, con razón, que el derecho civil de daños pueda alinearse con el derecho sancionador, penal o administrativo: ni la exigencia de tipicidad, ni de antijuricidad, ni el principio de culpabilidad, ni la proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y la de la consecuencia de derecho, ni en definitiva casi ninguna de las características básicas del derecho sancionador caracterizan formalmente al derecho civil de daños. Díez-Picazo sigue, en éste como en otros temas (imputación objetiva, antijuricidad), la larga senda que abrió en la década de los años ochenta su discípulo el profesor Fernando Pantaleón, acaso el más fino analista del derecho español de la responsabilidad civil de los últimos veinte años: la obra de un gran maestro se beneficia también de la de sus mejores discípulos, en una sinergia académica que estos dos profesores de la Universidad Autónoma de Madrid –el maestro y el discípulo– manifiestan de modo ejemplar.

También con todo acierto, separa Díez-Picazo la cuestión de la función preventiva del derecho de daños de la punitiva (págs. 47 y ss.): como hemos señalado en otra ocasión (Salvador/Castiñeira, (1997)) y el autor constata, si castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto -la valla que nos separa y protege del abismo previene accidentes, mas no castiga a nadie-. Mas Díez-Picazo no lleva esta constatación hasta las últimas consecuencias y se resiste a reconocer que el derecho de daños compensa bien tan sólo cuando previene correctamente -pues sólo resulta razonable compensar accidentes que resultaba socialmente menos costoso prevenir que causar- y tras una disquisición sobre la prevención general y la prevención especial, se remite al tratamiento que la cuestión le merece desde el punto de vista del análisis económico del derecho y que ya hemos comentado con anterioridad (apartado 3). Como ya entonces señalamos, no hay dos mundos, uno físico y otro normativo, sino sólo uno en el que las normas jurídicas y sociales ejercen una u otra función de mejor o peor manera.

Las mejores páginas de este Capítulo I se destinan a la diferenciación entre derecho de daños y enriquecimiento injustificado, un tema que el profesor Díez-Picazo ya había tratado magistralmente con anterioridad en su discurso de ingreso en la Academia *El enriquecimiento injustificado en el Derecho español* (1988) y cuyas conclusiones recoge ahora. El problema, con todo, es que las pretensiones de enriquecimiento son el instrumento típico de tutela de los derechos absolutos -a diferencia de la pretensión indemnizatoria propia de la responsabilidad civil, que únicamente se dirige a obtener el resarcimiento de un daño-, y, en ocasiones, la discusión de fondo no es tanto sobre si debería haber o no una pretensión de aquel primer tipo o si, más fundamentalmente, el objeto de la tutela es o no es un derecho absoluto, como sucede, notoriamente, en el caso del derecho fundamental al honor (art. 18 CE). La obra de Díez-Picazo -legendariamente influyente en el mundo legal y jurisprudencial- contribuirá, sin duda, a llevar a la palestra de la vida jurídica cotidiana una cuestión cuyo tratamiento hasta ahora había quedado poco menos que reservado a los círculos académicos (Basozabal Arrue (1998) y Pantaleón Prieto (1996)). Lo mismo, letra por letra, cabe decir de su tratamiento de las diferencias entre la indemnización de daños y perjuicios y el justiprecio en la expropiación forzosa, un tema oscurecido por una antigua y respetada tradición legal y doctrinal que construye la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a partir de las reglas del art. 121 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (BOE núm. 351, de 17 de diciembre de 1954).

5. Seguro, distribución y socialización del derecho de daños

El Capítulo VII de *Derecho de daños* (págs. 187 y ss.) aborda el tema de seguros y derecho de daños. Como Luis Díez-Picazo no es partidario de analizar el sistema en cuestión desde el punto de vista de su contribución a la reducción de los costes

de los accidentes, es decir, de la prevención de accidentes, el Capítulo que comentamos hace gracia al lector del núcleo central de la teoría del seguro y prefiere comenzar su análisis con una consideración sobre lo que un sector de la doctrina latina de hará una generación llamó -un tanto confusamente- “socialización del derecho de daños”. Es, desde luego, una opción que tiene un interés histórico indudable y que ofrece al lector una síntesis atractiva de toda una tradición doctrinal, pero también es una opción ajena al programa de InDret.

Desde el punto de vista individual, un seguro es un instrumento económico que permite a un individuo -persona física o jurídica- sustituir un coste incierto y elevado (el riesgo o contingencia que se asegura) por un coste cierto y reducido (la prima). Por así decirlo, un seguro transfiere riesgos. Socialmente, un seguro reduce o elimina riesgos por el procedimiento de poner en común un número suficientemente grande de unidades de riesgo (*pooling*) de forma tal que las pérdidas resulten predecibles y se puedan compartir.

Nótese que la primera definición pone el acento en la transferencia de riesgos y que la segunda lo hace en su puesta en común: en ninguna de las dos se afirma que el seguro reduzca costes o pérdidas económicas. De hecho, todo seguro debe gestionarse, una actividad siempre costosa (típicamente, el 10% de las primas se va en costes de gestión); además, un seguro puede incrementar claramente los (costes de los) accidentes, pues, como consecuencia del seguro, la gente puede empezar a comportarse de manera menos precavida (si algún lector de InDret lo duda, que piense por un instante cómo conduciría su automóvil si hubiera de afrontar personalmente los daños materiales o personales derivados de su estilo de conducción).

Sin embargo, hay una razón por la cual los seguros son ventajosos para la mayoría de los humanos (véanse Schäfer/Ott (1995), 106 y ss. y Gary Schwartz (1998), 335 y ss.).

La primera es que la utilidad marginal crece menos que proporcionalmente la renta o, visto del revés, que perder las últimas unidades de renta duele menos que quedarse sin las primeras: es menos malo perder cada día del próximo verano el cuarto litro de agua que nos gustará beber cotidianamente que perder los cuatro de golpe y un día de cada cuatro. Normalmente, estaríamos dispuestos a pagar diariamente una prima de un litro de agua a cambio de disponer de tres litros seguros cada día.

Dicho todavía de otro modo, los humanos solemos manifestar un grado positivo de aversión al riesgo: en el ejemplo anterior, ello explica que, en realidad, estemos dispuestos a pagar un poco más de un litro de agua cada día a cambio de no tener que soportar la pérdida de los cuatro cada cuatro días.

En sede de responsabilidad civil, el seguro puede, a su vez, analizarse desde el punto de vista del causante potencial de los daños o desde el de sus víctimas también potenciales.

Para el causante de daños, el seguro es atractivo por las razones dichas: una ginecóloga –profesión sujeta a muchos riesgos de pleitos por mala práctica de la medicina- suele preferir pagar una parte importante de su renta anual en forma de primas que arriesgarse a perder, una o dos veces a lo largo de su vida profesional, la renta de varios años en un pleito desfavorable.

Hay problemas, con todo: la responsabilidad civil es un sistema legal pensado, entre otras cosas, para desincentivar comportamientos imprudentes, pero como ya habrán respondido ustedes a mi pregunta introspectiva sobre la calidad de su conducción, la existencia de un seguro puede producir el efecto perverso de reducir las precauciones que adopta el causante potencial de daños: ya pagará el seguro. Éste es el denominado problema del riesgo moral (*moral hazard*) que constituye una plaga para la economía y el derecho tanto del seguro y, consiguientemente, de la responsabilidad civil. El problema puede paliarse: en primer lugar, prohibiendo la asegurabilidad del dolo o causación intencional de daños; y, en segundo término, permitiendo que la compañía de seguros use la información disponible sobre el comportamiento del asegurado y pueda ejercer un cierto control sobre el mismo.

Otro problema clásico del seguro voluntario deriva del hecho de que, en prácticamente todos los ámbitos de la actividad humana, los agentes sociales no son igualmente diestros: la destreza de unos es inferior a la media y la habilidad de otros superior. Ello provoca el fenómeno conocido como selección adversa (*adverse selection*): los más diestros rehuyen el seguro, pero los más torpes lo persiguen, la sociedad se polariza y la compañía de seguros se arruina. La ley puede tratar de combatir el fenómeno e InDret dedicará en el futuro una página a algunos de los intentos más logrados, así como a ilustrar fracasos históricos: baste con señalar aquí que un seguro obligatorio acompañado de medidas públicas de control más o menos severas puede paliar el problema.

En teoría, si el derecho de daños garantiza a la víctima una compensación perfecta, es decir, una tal que a la víctima le resulte indiferente sufrir el daño y obtener la compensación o no sufrirlo –es decir: quedar indemne o no ser dañada-, entonces la existencia del seguro de responsabilidad civil es, económicamente hablando, ideal, pues deja indiferente a la víctima al tiempo que beneficia al causante (Shavell, (1987), 210 y ss.).

Mas las cosas no son así:

- a) Sabemos que el derecho español de la responsabilidad civil, tal como es aplicado en la práctica, resulta claramente infracompensatorio: no todas las víctimas con derecho a una indemnización litigan; no todas las que litigan ganan; no todas las que ganan son compensadas por todos los daños que sufrieron.

- b) Hay daños incompensables como, por ejemplo, los que causaron a la víctima su muerte. Algo parecido sucede con los daños corporales muy graves cuando reducen claramente la *joie de vivre* de la víctima ([Daños morales](#)).
- c) El derecho de daños es de gestión muy costosa. Típicamente, por cada euro que cuesta mover la máquina de la justicia sólo medio llega a la víctima.

En cualquier caso, (el seguro de) la responsabilidad civil es un *third party insurance*, pero la cuestión puede también analizarse desde la perspectiva de la víctima potencial, quien, a su vez y con absoluta independencia del derecho de daños y de los seguros contratados por el causante de daños, puede contratar o disponer de un seguro de daños o de accidentes (*first party insurance*).

En tal caso, el analista del derecho de daños ha de tener en cuenta los efectos de semejantes seguros privados o públicos: éstos se encuentran, desde luego y en primer lugar, sujetos a los mismos problemas de riesgo moral que los seguros a cargo del causante de daños, pues las víctimas potenciales aseguradas tenderán a ser menos prudentes de lo que resultaría más correcto sobre todo si el daño afecta a bienes que pueden sustituirse fácilmente en el mercado. El problema es mucho menor, obviamente, si los bienes afectados son uno mismo o su salud e integridad física y mental.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que algunos o muchos de los beneficios derivados de los sistemas de seguro de que disponga la víctima pueden constituir derechos independientes de la indemnización a que ésta tenga también derecho conforme a la regulación sobre responsabilidad civil: si ello es así, se podrá producir una sobrecompensación de daños, que podrá incrementar el riesgo moral ([Collateral Source Rule](#)).

En España, la cultura jurídica académica se divide artificiosamente en gremios y, lo que aquí me interesa recalcar, la responsabilidad civil cae dentro del círculo de actividades propias de los civilistas, pero el derecho de los seguros privados lo estudian primariamente los mercantilistas: el resultado suele ser que pocos civilistas tratan sobre seguros y escasos mercantilistas analizan el derecho de daños, algo así como si unos cardiólogos se especializaran en aurículas y otros en ventrículos. Mas como acabamos de ver, la conexión entre responsabilidad civil y seguro es obvia. InDret pretende entonces no tanto cambiar las agendas de trabajo de los privatistas españoles como juntarlas: del estudio conjunto del derecho de daños, del seguro y de otros sistemas de compensación no cabe esperar más que ventajas, pero, tal y como están las cosas en nuestra universidad, habrá que esperar todavía un poco más, confiemos que no demasiado. Mientras tanto, el lector de InDret deberá acudir a los tratamientos estándar del análisis económico del derecho de daños (Schäfer/Ott (1995) 178 y ss.; Cooter/Ulen (1996), 297 y ss., Posner (1998), 115 y ss). Dos buenas introducciones a los problemas de la gestión de riesgos son Vaughan / Vaughan (1999) y Redja (1997). Un *link* interesante en esta materia es <http://www.ambest.com/review/lh/index.html>.

6. Antijuricidad e imputación objetiva

Parte de la doctrina y, desde luego, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, han sostenido la exigencia de antijuricidad para poder calificar un acto u omisión como fuente de responsabilidad civil. Para Díez-Picazo (Capítulo XIII, págs. 287 y ss.) ello implica una confusión entre la conducta ilícita que supone siempre la violación de un derecho subjetivo y la mera causación de un daño: la responsabilidad civil se asocia a esto último y, en su caso, a la concurrencia del requisito adicional de la negligencia en el que estaría embebido el juicio sobre la antijuricidad (pág. 298).

Ciertamente, la jurisprudencia, para justificar la exigencia de antijuricidad alude a la infracción de una hipotética norma primaria y muy general –el principio *Neminem Laedere*– del que sería manifestación la norma –secundaria– del art. 1902 CC. Pero esta justificación resulta acaso muy insuficiente: el art. 1902 del CC es una norma tan genérica, que no hay manera humana de concebir nada parecido a la tipicidad en la regla básica sobre responsabilidad civil del derecho español. La cláusula general del art. 1902 es la antítesis de un tipo y en ausencia de tipos no cabe hablar de antijuricidad. Hasta aquí, la tesis que comentamos es simplemente impecable.

Sin embargo, la añosa discusión sobre la antijuricidad suele quebrar a la hora de tratar de las causas de justificación, pues incluso los autores que, como el propio Díez-Picazo, rechazan la necesidad de concurrencia del mencionado requisito, se refieren luego extensamente al tema propugnando la aplicación de la regulación de, al menos, algunas causas de justificación de los arts. 14 y 20 Código Penal de 1995 a la responsabilidad civil, como es el caso y por sólo citar un ejemplo, de la legítima defensa (art. 20, nº 4 CP) (págs. 299 y ss.). Lo mismo cabría decir de la actuación en ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber (art. 20, nº 7 CP). De derecho además, el art. 118.1 CP no incluye la legítima defensa como uno de los casos en que la exención de responsabilidad penal “no comprende la de la responsabilidad civil”: la mujer que acuchilló y mató a quien la estaba estrangulando no deberá indemnizar a la viuda de este último. De nuevo, lo mismo cabrá afirmar de la otra causa de justificación de pacífica admisión por la mejor doctrina, esto es, de la actuación en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber. En cambio, la discusión doctrinal sobre cuándo el estado de necesidad funciona como una causa de exclusión de la antijuricidad (actuación defensiva o en protección de bienes jurídicos de igual o superior valor a los destruidos o dañados) y cuándo como una de exclusión de la culpabilidad (actuación agresiva o en protección de bienes inferiores al lesionado) y la propia regla del art. 118.3 CP manifiestan con cierta claridad que la existencia de una posible causa de justificación no siempre excluye el deber de indemnizar.

¿Qué sucede entonces?, ¿cómo concordar una doctrina que prescinde de la antijuricidad, pero precisa de las causas de justificación?, ¿no resulta que la antijuricidad, expulsada por la puerta del edificio de la dogmática civil, entra por la ventana de algunas de las causas de justificación?

Aunque el riesgo es convertirse en escolástico podemos ceder a la tentación de concordar los cánones discordantes y refugiarnos en la imputación objetiva: la reacción defensiva de la mujer que estaba siendo estrangulada ni siquiera le es objetivamente imputable, pues respondió, acaso instintivamente, a la provocación de su frustrado asesino (principio de provocación). Así las cosas, la discusión sobre la antijuricidad y las causas de justificación acaba por quedar en el territorio sociológico y valorativo –que no legal ni legislado- de la imputación objetiva: en derecho (de la responsabilidad) civil, no hay antijuricidad porque no hay tipicidad y el juicio sobre la corrección de la conducta del demandado se remite en definitiva a una valoración (normativa, pero extralegal) -sociológica, económica y hasta ética-.

En el fondo, la tesis que apuntamos aquí concuerda con una vieja verdad: tampoco los deberes de precaución cuya infracción define precisamente la negligencia (art. 1902 CC) están por lo general tipificados por la Ley. Son deberes que resultan, en cada sector del tráfico, de las reglas propias del arte de que se trate (medicina), de las expectativas sociales (responsabilidad del fabricante), acaso de los mejores usos del sector, pero no sólo de la ley ni de los reglamentos, pues, como es sabido, el mero cumplimiento de las leyes y reglamentos no exime al demandado si, además y dadas las circunstancias del caso, incumplió precauciones que, en el preciso ámbito de la actividad que desarrollaba, le eran exigibles. En derecho penal, el principio de legalidad conlleva una exigencia de tipicidad legal que, en cambio, no existe en derecho civil: tras esta constatación, la posibilidad de superar la discusión sobre la antijuricidad parece posible y el libro de Díez-Picazo, escrito en la línea marcada por el Profesor Fernando Pantaleón en sus numerosas aportaciones sobre este tema (Pantaleón Prieto, (1990), página 1561 y ss.), supone un buen paso en esa dirección. Aquí nos aprovechamos de ello y tratamos de dar otro: para aplicar la regla del art. 1902 CC, basta con poder afirmar que el demandado infringió un deber de precaución y causó un daño a un tercero; **la infracción de los deberes de precaución, deberes mayormente extralegales, es el Ersatz civilista de la antijuricidad penal.** Y es que los civilistas no tenemos tipicidad porque, en derecho de daños, no estamos vinculados por el principio de legalidad. (Jakobs (1993) págs. 195 y ss.)

En el fondo, la tesis que se acaba de exponer encuentra un precedente en la evolución de la doctrina alemana del último medio siglo (véase Kötz (1998), págs. 40 y ss.). También en Alemania era tradicional afirmar que un comportamiento era antijurídico cuando lesionaba uno de los derechos subjetivos o de los bienes jurídicos elencados por el parágrafo 823 I BGB (doctrina de la antijuricidad del resultado o *Erfolgsunrecht*): la violación del

derecho o la lesión del bien jurídico es indicio de la antijuricidad. Sin embargo, desde hace ya mucho tiempo, la mejor doctrina apunta a que lo antijurídico no es la producción del resultado lesivo sino, previamente, la infracción de deberes de conducta, el incumplimiento de deberes de cuidado impuestos en cada caso por el tráfico (doctrina de la antijuricidad del acto, *Handlungsunrecht*). Sabido es que, en Alemania, esta tesis ha permitido legitimar comportamientos cuyo resultado es claramente dañino para alguien –por ej., la competencia-, pero que no suponen infracción alguna de deberes de cuidado.

La relegación de la antijuricidad refleja así el escaso protagonismo de la Ley escrita en derecho civil de daños: si, a la postre, sólo es crucial la infracción de deberes de precaución, el centro del sistema se desplaza desde la Ley escrita y por tanto, desde el Estado hasta la sociedad, que difusa y descentralizadamente define los deberes de precaución, su alcance y las personas o grupos a quienes corresponde su cumplimiento. Cuando se realice la apreciación judicial de las expectativas y valoraciones sociales de la precaución adoptada por los distintos agentes sociales, habrá que precisar, primero, cuándo existe un deber de precaución y, segundo, a quién compete cumplirlo (si a tal o cual agente social o, además, al Estado y sus agentes, etc.): esto último es tarea de la imputación objetiva.

Así, un entendimiento más o menos estricto del principio de confianza y de la prohibición del regreso ([Causalidad y responsabilidad](#)) permitirán, según como, absolver o condenar a las empresas de la industria tabaquera o a los fabricantes de armas de fuego: quizás, la adopción de una decisión de este orden debería corresponder, por su generalidad, al legislador, pero si éste abandona el campo que le es propio, no es de extrañar que el tema se judicialice y que los afectados recurran al derecho de daños para que los jueces y tribunales decidan quién tiene qué obligaciones de precaución. Naturalmente, el abandono de tareas que tal vez son propias del legislador conlleva una notable pérdida de seguridad jurídica, pero, como hemos tenido ocasión de comentar en otro lugar, no parece que el legislador vaya a recuperar el control de los criterios de imputación –en particular, los de causalidad adecuada, prohibición del regreso y confianza-.

Derecho de daños es el primer libro de derecho civil destinado a los operadores jurídicos que trata cumplidamente los temas de la imputación objetiva (Capítulo XV, págs. 340 y ss.), una construcción conceptual que, aunque originada en el mundo del derecho civil, sólo se había utilizado profusamente en derecho y dogmática penales. Es un mérito claro de Díez-Picazo –otro más que se suma a los muchos de su libro-, así como de su escuela haber traído al derecho civil español una doctrina que se explica mucho mejor en un derecho que –como el civil de daños- no es de origen legal, que en otro –el derecho penal- que está presidido por el más estricto principio de legalidad.

InDret tiene la certeza de que *Derecho de daños* cambiará -y mucho- la doctrina y la práctica forense y judicial del derecho español de la responsabilidad civil en varios de los temas fundamentales de este instituto jurídico. Para bien.

Barcelona, 31 de diciembre de 1999

• ***Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo***

Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
30.4.1984	1974	Jaime Santos Briz	José G. c. Ayuntamiento de C. del R. A., José D. y Compañía de Seguros «L.A.N.»
8.11.1990	8534	Jaime Santos Briz	Juana Rita G. y esposo c. «Persan, S.A.»
8.2.1991	1157	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa	Félix P., Pedro C., José L., Magdalena B., Constantino G. y Vicente M. c. Fernando de P., Mariano de F. y Francisco R.
22.1.1996	248	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa	Aurelia C. c. Dámaso G.
22.1.1996	250	José Almagro Nosete	Gregorio M. y Victoria F. c. RENFE
16.12.1996	9020	José Almagro Nosete	M ^a . Luisa P. c. Ramón C.
31.12.1996	9053	Pedro González Poveda	Cristóbal M. c. «Peña del Toro Embolado», José C. y Ayuntamiento de los Barrios
31.12.1996	9476	Luis Martínez-Calcerrada Gómez	(No consta) c. «Unión Eléctrica FENOSA» y Santiago C.
17.2.1997	1426	José Luis Albácar López	Manuel S. y Teresa T. c. RENFE
3.4.1997	2729	Francisco Morales Morales	José L. c. Ayuntamiento de Navas del Madroño, Diputación Provincial de Cáceres y Junta de Extremadura
9.3.1999	1368	Román García Varela	Isidoro M. c. INSALD y Juan B.

• ***Bibliografía***

Xabier BASOZABAL ARRUE, *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

Robert COOTER, y Thomas ULEN, *Law and Economics*, 2nd edition, Adisson-Wesley, Reading, Massachussets, 1996.

Fernando GÓMEZ POMAR,

- Collateral Source Rule, en <http://www.indret.com>
- Daños morales, en <http://www.indret.com>

Günther JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlage und die Zurechnungslehre*. 2. Neub. u. erweit. Auflage, Studienausgabe, De Gruyter, Berlin, New York, 1993.

Hein KÖTZ, *Deliktsrecht*, 8. Auflage, Neuwid., Krifteld, Luchterhand, 1998.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, *Centenario del Código Civil*, Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1561 y ss.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, Comentario al art. 1902 Cc., *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1971 y ss.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, *La Constitución, el honor y unos abrigos*, La Ley, 10 de mayo de 1996, núm. 4033, págs. 3 y ss.

Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5th edition, Aspen Publishers, New York, 1998.

George E. REDJA, *Principles of Risk and Insurance*, 6th ed., Addison-Wesley. Reading, Menlo Park, Harlow, Don Mills, Sydney, México City, Madrid, Amsterdam, 1997.

Pablo SALVADOR CODERCH y María Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Pablo SALVADOR CODERCH,

- Causalidad y responsabilidad, en <http://www.indret.com>
- Punitive damages, en <http://www.indret.com>
- Trenes, en <http://www.indret.com>
- Encierros, en <http://www.indret.com>

Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrecht*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1995.

Gary T. SCHWARTZ, *Insurance, Deterrence and Liability*, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Stockton Press, New York, 1998, págs. 335 y ss.

Emmet J. VAUGHAN/Therese VAUGHAN, *Fundamentals of Risk and Insurance*, 8th edition, John Wiley & Sons Inc., New York, Chichester, Weinheim, Brisbane, Toronto, Singapore, 1999.