

LA ANTIJURICIDAD, PRESUPUESTO. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL¹

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

1. Me acerco al asunto desde un convencimiento metajurídico y que si no se comparte probablemente carecerá de sentido la lectura de las líneas que siguen; advertencia oportuna para no hacer perder tiempo a nadie.

En efecto, yo creo que en este tema, entre unos y otros, nos estamos deslizando por un plano inclinado que conduce a una situación de completa inseguridad jurídica y decididamente injusta, que es lo peor. Pienso que es injusto lanzarse a la búsqueda de un patrimonio solvente para indemnizar en todo caso a la víctima de un infortunio. Y esto es lo que se está haciendo en numerosas ocasiones, con desprecio tanto del *ius positum*, fundamentalmente el art. 1902 del Cód. Civil, como de la técnica jurídica elaborada en torno al acto ilícito. Pero quien piense que hay que compensar a la víctima siempre; quien no acepte que la desgracia también forma parte de la vida; quien, en fin, crea en un derecho subjetivo a la felicidad, cuya lesión ha de generar reparación, es claro que estará muy conforme con la tendencia antes indicada y acaso no encuentre interés en unas consideraciones que persiguen establecer límites o barreras a aquella evolución.

2. El empeño por encontrar un responsable que pague los daños y perjuicios sufridos por una persona, cuando consta que no hubo negligencia alguna en quienes pudieron ser causas materiales de la desgracia, y cuyo comportamiento fue enteramente lícito, me parece rotundamente rechazable, con muy pocas excepciones que veremos. Y ello por las siguientes razones, enumeradas sin ánimo de exhaustividad:

Razones de justicia material. Me cuesta mucho aceptar que so pretexto de no dejar sin reparación a la víctima, se ponga a cargo del inocente el pago de la indemnización. Por inocente entiendo quien observó una conducta plenamente lícita y con la diligencia debida. Claro que la víctima es también inocente, pero el sentir común nunca ha visto con buenos ojos la operación de desvestir a un santo para vestir otro.

¹ Este artículo, con pequeñas modificaciones, forma parte de un trabajo más extenso con el que el autor ha participado en el libro-homenaje al Prof. Dr. D. Manuel Albaladejo, pendiente de publicación. Publicado en la Revista La Ley el 22 de septiembre de 2004.

Razones de conveniencia social. No es difícil concluir que si llegáramos al estado de condena general del causante del daño, abstracción hecha de su culpa o negligencia, estaríamos tratando de igual modo al ciudadano diligente que al descuidado, toda vez que responderían del resultado dañoso, con independencia de su conducta. Otro desatino que parece escaparse de la consideración de algunos. También semejante trato es injusto, pero sobre todo es insensato, en un plano de mero utilitarismo social.

Razones de naturaleza económica. La aceptación indiscriminada de la indemnización universal significa pura y simplemente la instauración de un seguro mutuo nacional: todos los ciudadanos seríamos, al tiempo, aseguradores y asegurados. Porque cada empresa, cada profesional individual, acabará por repercutir en el precio o contraprestación de sus servicios o productos la suma prevista para atender indemnizaciones, y así esos famosos consumidores que tanto preocupan a los mismos que conceden compensaciones económicas con liberal disposición, terminarán por pagar las imprudencias de sus conciudadanos así como las consecuencias lesivas causadas por fuerza mayor o caso fortuito. Pero si este es el estado de cosas que se desea, es preferible establecerlo directamente por ley y situar todas las reclamaciones por desgracias padecidas en el ámbito administrativo y, naturalmente, prevenir la oportuna partida presupuestaria con cargo a los contribuyentes. Pero ironía aparte, lo que importa denunciar es la creencia en que parecen estar algunos jueces –incluidos algunos del T.S.– de que la RENFE o las Compañías de Seguros, no digamos el INSALUD, tienen patrimonios inagotables y siempre deben pagar, con razón o sin ella. Si una empresa quiebra y sus empleados van a la calle por tan donosa creencia, quizás entonces se den cuenta de las consecuencias que llevan aparejadas doctrinas ayunas de rigor y con exceso de demagogia.

3. Dos asuntos han de abordarse cuanto antes al llegar a este punto: la llamada función no punitiva de la responsabilidad civil y los casos de responsabilidad objetiva, y ello con el carácter de mero recordatorio telegráfico que preside esta aportación.

Con la primera afirmación que hoy es unánimemente aceptada,² se quiere decir que la responsabilidad civil, a diferencia de la penal, no trata de castigar una conducta, sino determinar sobre qué patrimonio y en qué medida deben recaer las consecuencias de un acto o un hecho que causó daños; es un sistema, en palabras de RUBIO, “de simple imputación patrimonial del

² Por todos, **Luis Díez-Picazo**: Derecho de Daños. Madrid, 1999; Edit. Civitas; pág. 44 y sigts.

daño”³. Yo no dudo de la corrección de esta doctrina --aunque el indisimulado embeleso por el Derecho anglosajón, acaso depare sorpresas en lo porvenir; porque allí, como es sabido, sí funcionan los *punitive damages*- pero una cosa es la caracterización acertada de una institución y otra su influencia real sobre una persona concreta, con nombre y apellidos. Aquella doctrina cumple importantes funciones también prácticas, como por ejemplo que el monto económico del daño nunca pueda ser superado por el de la indemnización, pero a mí me parece indiscutible otra afirmación del mismo autor antes citado, el profesor DÍEZ-PICAZO, “el que resarce un daño, sufre un daño por este solo hecho”.⁴ Por mucho que se quiera explicar al médico condenado en juicio civil que no ha sufrido una pena en sentido estricto, que sólo se ha determinado que ha de ser su patrimonio el que sufra la carga de la reparación, si ese médico actuó con arreglo a la *lex artis*, esto es con la diligencia de un buen médico, la condena civil “no punitiva” merma su prestigio, disminuye su hacienda y le causa un serio disgusto moral. Y a mí todo eso, en quien actuó irreprochablemente, me parece injusto, por mucho que piense lo contrario la S.T.S. de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\ 646), con su más que discutible tesis del “*resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor*”, confundiendo resultado desproporcionado con “riesgo típico”, inherente a muchas operaciones quirúrgicas, cosa que parece desconocer la Sala, a pesar de la brillante argumentación del voto particular de esta sentencia. De manera que no debemos permitir que el rigor dogmático, apreciable en la doctrina del carácter no punitivo de la responsabilidad civil, nos aleje de la realidad. Además, el argumento tan utilizado de no dejar desamparada a la víctima de un infortunio, en mi opinión, no apura la entera verdad; hay que referirse también a la otra parte, a la que sin la menor culpa carga con la reparación. En puro conceptualismo jurídico, la indemnización civil no es una pena, -ni siquiera una sanción civil, dicen- pero el condenado a pagar aquélla no lo percibe así, en modo alguno. No veo tan sustancial diferencia como para aceptar que la responsabilidad sin culpa en Derecho Penal sea mera barbarie, y cambiar de opinión en Derecho Civil.

Y así llegamos al segundo de los asuntos anunciados: la responsabilidad objetiva. De lo expuesto, se deduce claramente que, en mi criterio, el juicio de la responsabilidad aquiliana debe continuar siendo la culpa del agente, como lo exige el art. 1902 del Código Civil, no derogado, que sepamos. Pero puede admitirse que en casos tasados, el legislador sustituya el siste-

³ **Jesús Rubio García-Mina**: “La responsabilidad civil del empresario”. Discurso de recepción en la Real Academia, de 11 de enero de 1971.

⁴ Op. Cit. Pág. 193.

ma culpabilista por otro objetivo o por razón del riesgo ocasionado. Así sucede en materia de daños por energía nuclear, uso de vehículos automóviles, navegación aérea, algunos casos de productos defectuosos puestos al consumo del público, etc. Repárese que son supuestos, ante todo y aparte razones de dificultad de prueba u otras utilitarias, en que no se distinguen con nitidez autores individuales, en que la responsabilidad va a caer sobre entidades societarias o semejantes, en que difícilmente aparecerá una persona concreta estigmatizada por la condena. Acaso, en el ámbito interno de la empresa personas determinadas sufran las consecuencias del percance, pero creo que hay diferencias esenciales entre tales supuestos y aquéllos en que se demanda a un sujeto individual. Lo que defiendo es que la regla general en materia de responsabilidad extracontractual debe ser la del respeto al principio de culpabilidad; y que el sistema objetivo sólo debe aceptarse cuando el legislador lo haya acogido expresamente, opción legislativa que tampoco debe imponerse sin más, ni siquiera porque parezca que así piensan en Bruselas, sino cuando razones estrictas de justicia lo demanden, en la línea de lo ya sugerido.

4. Por las razones expuestas en forma muy sintética, la situación actual me desazona. Por fortuna, no se ha llegado a la sustitución pura y simple de un principio por otro; son frecuentes las advertencias de los Tribunales de que nuestro sistema de responsabilidad aquiliana se fundamenta en la culpa del agente, aunque puedan observarse ciertas líneas de evolución hacia el objetivismo; hay sentencias reconfortantes, por ejemplo las de 25 de junio y 19 de septiembre, de 1996 (RJ 1996 \ 4853 y RJ 1996 \ 6719, respectivamente), a propósito del artículo 25 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el sentido de que *“una interpretación racional y lógica del art. 25...no autoriza a entender de modo incondicional que la Ley establezca un inflexible sistema de responsabilidad objetiva...”*; pero es indudable que nos movemos en un terreno de suma inseguridad y ello porque se echan en falta algunos criterios firmes, o al menos con la firmeza posible, que inspiren la solución de los casos que llegan a los tribunales. Hoy ningún abogado puede honradamente aventurar el desenlace de una reclamación por acto supuestamente ilícito: acaso, después de conocer el nombre del ponente...Cuando creíamos que en materia de responsabilidad médica, por poner un ejemplo, podíamos contar con el criterio seguro de que la obligación de los médicos es de medios y no comprometen el resultado, salvo los casos de medicina no curativa - cirugía estética y algunas operaciones como la vasectomía-, nos turban sentencias como la antes citada en el epígrafe precedente o la no menos llamativa de 17

de mayo de 2002 (RJ 2002 \ 6748), con la pintoresca teoría del “conjunto de posibles deficiencias asistenciales” como fundamento para declarar la responsabilidad, al no encontrar culpa alguna en ningún profesional determinado. Y en otros campos de responsabilidad civil, la incertidumbre aun es mayor, hasta el punto de que carece de sentido el recurso, tan caro en nuestros tiempos, al estudio de la jurisprudencia. El abogado del actor alegrará tantas sentencias a favor de la condena, como el del demandado puede hacer a favor de la absolución: a la falta de criterios se une la tendencia natural, incluso en la Sala 1ª por mucho que otra cosa proclamen, de buscar la justicia del caso concreto. Y así el resultado es de completa inseguridad jurídica. En las líneas que siguen me atreveré a formular algunas sugerencias de reflexión, por si pudieran ayudar en el hallazgo de criterios más seguros para declarar la responsabilidad extracontractual de un demandado.

5. Siempre he creído en la unidad esencial del acto ilícito y, por ende, de la responsabilidad. Acto ilícito es el contrario a una norma jurídica; la naturaleza de ésta, penal, administrativa o civil, origina la correspondiente modalidad de ilícito, pero sin que ello suponga diferencia sustancial. Son circunstancias contingentes, no ontológicas, las que inducen al legislador a calificar una infracción como civil, penal o administrativa. Todo esto es muy elemental y no vale la pena insistir más. Pero si es así, habrá que sacar las oportunas conclusiones. La construcción dogmática del ilícito la han elaborado los penalistas; acaso con exceso de complejidad, pero ésa es otra cuestión. En mi criterio, hay que acudir al Derecho Penal para ganar en claridad en materia de acto ilícito y responsabilidad jurídica.

Antes de seguir adelante es menester una advertencia de suma importancia. Estoy hablando de acto ilícito; *no son actos ilícitos aquéllos que generan responsabilidad ex lege pero que no contravienen norma jurídica alguna*. Dejémonos de malabarismos: por razones de política legislativa, la ley ordena, a veces, responder no ya sin culpa, sino incluso sin conducta ilícita. Tal sucede con los casos de responsabilidad objetiva. Como escribí antes, tales casos han de ser excepcionales en las leyes e inexistentes en las sentencias, si no cuentan con la indicada cobertura legal. Sólo razones muy poderosas de justicia social, cuya ponderación corresponde exclusivamente al legislador y nunca al juez, aunque sea del Tribunal Supremo, no digamos a los magistrados de Tribunal Constitucional, pueden conducir al establecimiento de este tipo de responsabilidad. Estamos entonces en un campo bien distante del de la responsabilidad civil derivada de acto ilícito. Se estudian al tiempo por razón de oportunidad y de génesis histórica, pero, en rigor, son cosas

distintas. Una cosa es la responsabilidad -civil, penal, administrativa- en que incurre una persona capaz por violar una norma jurídica. Antes que Derecho esto es una realidad moral: todo hombre responde de los actos que realiza libremente, a pesar de que se olvide con frecuencia en una civilización moralmente enferma. Otra cosa es “la imputación patrimonial del daño” sin atención alguna al comportamiento del titular del patrimonio imputado. Obsérvese la diferencia sustancial: nada menos que tomar o no en consideración el acto humano⁵. Cuando éste no importa, toda la teoría elaborada respecto a la responsabilidad aquiliana, relación de causalidad, título de imputación, culpabilidad, etc, sobra. Basta con el daño para poner en marcha el procedimiento indemnizatorio. En tales supuestos acontece exactamente lo mismo que en las contingencias cubiertas por la Seguridad Social: enfermedad, accidente, muerte o desempleo. Se genera la indemnización sin entrar en mayores disquisiciones sobre causas o culpabilidades. *Dígame si tiene algo que ver la responsabilidad ex ilícito con la responsabilidad objetiva, por riesgo, o como quiera llamarse.* Y lo que no puede aceptarse metodológicamente es que se utilice ésta última, que es una forma de cobertura social que poco tiene que ver con el Derecho Civil, y menos con la responsabilidad jurídica que siempre remite al hombre y no al azar, para desnaturalizar la dogmática de la responsabilidad civil por acto ilícito con el siguiente argumento: como quiera que a veces se responde sin haber infringido norma alguna, es claro que la ilicitud de la acción no es un elemento de la responsabilidad civil. Volveré sobre esto.

Hecha la advertencia, regresemos a nuestro asunto, que era el acto ilícito, para cuyo estudio sugería servirnos del Derecho Penal. Aplicando al ilícito civil lo que para el delito afirman MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, el concepto de aquél responde a una doble perspectiva: por un lado, supone un juicio de valor sobre el hecho; por otro, arguye un juicio de valor sobre el autor de ese hecho. El primero integra el elemento de la antijuridicidad; el segundo, el de la culpabilidad.⁶

No pretendo en modo alguno repasar la teoría general de la responsabilidad por acto ilícito. Sólo llamar la atención, como se habrá adivinado, respecto a un punto, bastante polémico, pero que, en mi opinión, es fundamental para la debida comprensión el instituto, con importantes consecuencias prácticas. Me refiero a la antijuridicidad del acto lesivo. Entiendo que la acción,

⁵ Como es natural, nada de lo dicho se desvirtúa por el hecho de que en un caso concreto de responsabilidad objetiva pueda concurrir, además, culpa o negligencia.

⁶ **Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán:** Derecho Penal, Parte General; 4ª ed. Valencia, 2000, pág. 223.

que es el primero de los requisitos o elementos de la responsabilidad, ha de ser ilícita y culpable. Además tiene que originar un perjuicio o daño, y existir relación de causalidad entre aquélla y éste. De modo que si la acción del demandado fue lícita, no hay que seguir adelante, por intenso que haya sido el daño causado. Sin antijuridicidad de la conducta, exactamente igual que en Derecho Penal, no cabe hablar de responsabilidad, salvo los ya aludidos casos excepcionales de responsabilidad objetiva, que nada tiene que ver con la que deriva del acto ilícito, si no es en el resultado final de la compensación económica. Diré a continuación unas palabras sobre este elemento del acto ilícito.

6. Es sabido que no es pacífica en nuestra doctrina la afirmación de que la antijuridicidad es elemento de la responsabilidad extracontractual. La doctrina dominante asiente aunque no es seguro que extraiga de ello las conclusiones oportunas. Pero también son prestigiosos los autores que la rechazan.⁷ Sin pretender entrar a fondo en la cuestión, me parece que a veces se obtiene luz abandonando el sector científico que se cultiva y procurando ver las cosas como las vería un hombre de la calle sensato y sin prejuicios de especialista. Desde semejante perspectiva, pienso que podría afirmarse:

-Siempre que se sanciona a alguien es porque ha observado un comportamiento ilícito o antijurídico, esto es, contrario a una norma jurídica. ¿Cómo justificar la sanción en otro caso? Claro que para quienes sostienen que la indemnización de daños y perjuicios no es una sanción, empezamos mal. Ya aludí a este asunto antes. Añado ahora que no existe un solo manual de Derecho que al tratar de la eficacia sancionadora de la norma no incluya la indemnización de daños y perjuicios en el catálogo de las sanciones. Inncesaria la cita.

-Luego la antijuridicidad o ilicitud pertenece ontológicamente a la conducta que origina la obligación de indemnizar. No hace falta que se enumere explícitamente como requisito en la norma que establece esta obligación.⁸

-Si la conducta fue lícita, ajustada a Derecho, no puede seguirse adelante en la cavilación sobre la existencia o no de la obligación de reparar. Como escribe PENA en el lugar citado, si no hay antijuridicidad el daño debe ser soportado, como regla, por la víctima. Es la función práctica de la mayor

⁷ Entre otros, a favor: **Ricardo de Ángel Yágüez**: Tratado de responsabilidad civil, Madrid, 1993, pág.258; y **José Manuel del Busto Lago**: La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Madrid, 1998. **José María Pena López**: "Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el Ordenamiento Jurídico español", Rev. Der. Privado, marzo-abril, 2004, pág. 174. En contra: **Fernando Pantaleón**: Comentario al art. 1902 en el tomo II del Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1993; y **Mariano Yzquierdo Tolsada**: Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual. Madrid, 2001, pág. 110.

⁸ Así, **José María Pena López**, en el prólogo a la monografía citada de **Busto Lago**, pág.22.

trascendencia que tiene este elemento de la responsabilidad civil y que no se destaca, ni se hace uso de él en las exposiciones, por quienes lo aceptan. Tener necesariamente que absolver al demandado tan pronto el Tribunal se percata de que su actuar fue lícito, significa facilitar enormemente el enjuiciamiento del caso, al resultar ya improcedente abordar dos puntos que traen de cabeza a los jueces, a saber: la existencia o no de la traída y llevada relación de causalidad, y la elección entre culpabilismo u objetivismo. Si la conducta fue lícita⁹, por evidente e inconcusa que sea la relación de causa-efecto entre aquélla y el daño, éste no puede ponerse a cargo del demandado. Lo que no puede decirse porque no es verdad es que se ha roto o no existe la relación de causalidad, que es lo que dicen, por ejemplo, las SS. T.S. de 29 de junio de 2001 (RJ 2002, sic \ 1470) y 5 de julio de 2001 (RJ 2001 \ 4991): para no condenar -en esto sí aciertan- sostienen que no hubo nexo causal entre el mecanismo de una puerta automática de garaje y el de una escalera también automática y los daños causados a sus respectivas víctimas. Claro que había nexo causal, lo que no había era ilicitud en la conducta de los instaladores y mantenedores de los respectivos instrumentos. Paralelamente, si el comportamiento fue conforme a Derecho, con o sin relación de causalidad, tampoco procede la disquisición entre los dos principios tan contrapuestos de culpa u objetivo. El T.S. se ahorraría mucho vaivén entre uno y otro si le bastara con la licitud de la acción para absolver. Porque ahora lo que hace es decir que nuestro sistema tiene su quicio en el principio culpabilista cuando quiere absolver, y afirmar, en cambio, aquello de que *ha evolucionado hacia criterios objetivos en defensa de la víctima* -se olvida de la otra víctima, la que paga- cuando quiere condenar. Sirva de ejemplo la S.T.S. de 13 de febrero de 2003 (RJ 2003 \ 1045): llama interpretación “*progresiva*” del art. 1902, “*avance de la doctrina jurisprudencial en beneficio de la víctima inocente*” (ya digo que para nuestro T.S. sólo existe una víctima), al mecanismo intelectual que le lleva a condenar a un labrador que a modo de cerramiento de su finca construye por sí mismo unas pilastras de piedra, que une mediante una cadena, cadena sobre la que se asienta una niña y la utiliza como columpio: cede una de las pilastras y causa lesiones graves a la niña. A mi juicio, el rudimentario cerramiento pretendía evitar el paso de animales, no servir de columpios a niños, acaso desatendidos por sus padres, por lo que ningún deber de cuidado pesaba sobre el campesino respecto de los juegos infan-

⁹ Por cierto que quizás convenga dejar constancia explícita de mi preferencia por hablar de ilicitud de la conducta, no del resultado o daño, como suelen decir, incluso, los partidarios de incluir la antijuricidad entre los elementos de la responsabilidad civil. Es la persona, no el hecho, quien puede actuar justa o injustamente. Acaso sea mera cuestión terminológica y estamos diciendo lo mismo, pero me parece mucho más correcto seguir de nuevo a los penalistas en el tratamiento de este elemento del ilícito.

tiles. Una lamentable desgracia, pero que no es justo descargar sobre quien ninguna norma quebrantó.

7. Las precedentes líneas nos conducen al núcleo del trabajo: ¿en qué consiste la antijuridicidad?, ¿cuándo puede motejarse de ilícito un comportamiento? Tampoco puedo pasar revista a las diferentes teorías sobre el particular: violación de una norma imperativa o prohibitiva, lesión de un derecho subjetivo, o de un derecho subjetivo absoluto, lesión de un simple interés tutelado, infracción del *alterum non laedere*... Me limitaré a exponer brevemente el concepto de antijuridicidad que me parece más seguro.

Si recurrimos de nuevo al sentido común convendremos en que una acción u omisión antijurídica será aquélla contraria a una norma jurídica, esto es, aquélla que realiza u omite el resultado, la mutación de la realidad, que la norma prohibía o imponía. *Porque la norma no manda o prohíbe en abstracto: acota un sector de la realidad social, manda o prohíbe algo concreto y determinado.* Lo que aplicado a la norma penal, en sentido amplio para comprender también el ámbito de responsabilidad que nos interesa, quiere decir que cada norma protege o ampara un bien jurídico, un interés digno de tutela, y lo hace imponiendo al destinatario un deber de cuidado respecto a ese bien, derecho o interés. De manera que sólo puede hablarse de acto ilícito cuando se ofende “un bien jurídico protegido por la norma que se infringe”.¹⁰ No tiene relevancia práctica una supuesta norma que ordenara en general no hacer daño a otro: el principio general del Derecho *alterum non laedere* precisa concreción.¹¹ Por esta razón puede asegurar PANTALEÓN que no todos tenemos deber de cuidado frente a todos los demás con el fin de evitarles cualquier tipo de daño.¹² Estas afirmaciones contienen consecuencias importantes: la invocación general a la infracción del viejo brocardo romano, tan frecuente en la Jurisprudencia, crea más confusión que claridad; el deber de cuidado que está en la base de la responsabilidad extracontractual ha de vincularse necesariamente con un interés protegido, que cabalmente constituye elemento esencial de la norma: la realidad social acotada por ella; luego cuando un sujeto lesiona un bien jurídico, antes de condenarle, hay que confirmar que el bien lesionado es precisamente el protegido por la norma de cuidado cuya infracción se le reprocha. “Si esta protección no existe, bien porque se trata de intereses que el Derecho no toma en cuenta, por metajurídicos, bien porque los reprueba, por ilegales o

¹⁰ Cfr. **Muñoz Conde**: op. cit; pág. 343.

¹¹ Cfr. **Díez-Picazo**: op. cit; pág 292. **Busto Lago**: op. cit; pág. 102.

¹² **Fernando Pantaleón**: La responsabilidad civil de los auditores. Cívitas .Madrid, 1996; pág.115.

inmorales, el autor del daño no lo ha inferido *contra ius* y, al no tener deber de indemnizarlo, debe soportarlo quien lo ha padecido”.¹³ El deber de cuidado de impone para evitar un resultado determinado, no cualquier resultado lesivo. De cuanto precede se concluye que *sólo se actúa ilícitamente cuando se hace daño a otro en los intereses protegidos por la norma de cuidado que se quebranta, que no es otra que aquella cuyo fin era la protección de tales intereses*. Una acción que origine un daño no comprendido en el ámbito protector de la norma que se dice violada no es una acción antijurídica.¹⁴

Importa una precisión para salir al paso de un argumento en contra del modo expuesto de entender la antijuridicidad civil. Se ha escrito que frente a la antijuridicidad penal que es típica, la civil es abierta, por lo que no cabe, *a priori*, tasar el número de hechos dañosos, tipificarlos. Se olvida al hablar así qué función cumple el tipo en Derecho penal. El tipo penal ciertamente protege un bien jurídico determinado, de modo que únicamente la lesión de éste puede dar lugar a la aplicación de aquél -coincide en esto con la infracción civil- pero además el tipo penal describe la conducta lesiva, el cómo se viola ese bien jurídico, la acción, como primer elemento del delito. Sólo hay delito si se quebranta el bien amparado precisamente a través de la conducta descrita con detalle en el tipo, no con otra aunque acaso ha resultado aún más dañina para el bien protegido. Esto es lo que no ocurre en Derecho Civil. Sólo se quebranta la norma de cuidado si se lesiona el bien o interés jurídico que dicha norma tutela, pero esa lesión puede hacerse a través de un número indeterminado, infinito, de comportamientos.

En conclusión, pienso que este examen previo acerca de la licitud o no de la conducta del demandado, a través del fin o ámbito protector de la norma que el demandante denuncia violada, puede resolver problemas serios que difícilmente pueden resolverse en el ámbito de la causalidad o en el de la culpabilidad.

¹³ José M^a Pena: prólogo cit; pág .26. También véase“Función, naturaleza, sistema...cit. pág 181, 182 y passim.

¹⁴ El criterio del fin de la norma fue utilizado magistralmente en el sentido del texto por Enrique Gimbernat Ordeig en “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”. Reus. Madrid, 1966: especialmente, pág 135 y sigs. Demostró la imposibilidad de evitar excesos como los denunciados aquí mediante la doctrina de la causalidad, negándola a gusto del tribunal, contra toda evidencia, cuando la justicia demandaba absolver. F. Pantaleón, para el Derecho Civil, ha recogido estas enseñanzas en su monografía citada sobre la responsabilidad de los auditores. Por lo demás, los “criterios de imputación objetiva” que con tanta brillantez expone Pantaleón en el comentario citado al artículo 1902, y antes en Centenario del Código Civil, acaso puedan resumirse en el del ámbito o finalidad de la norma, que es el hilo conductor de la mencionada monografía. Lo que no acabo de comprender es por qué tan prestigioso autor no usa estos criterios para construir la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad aquiliana: a la postre, los resultados prácticos son los mismos, me parece.