

BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, España, Tecnos, 1998, 429 pp.

La versión original de este trabajo fue presentado por el autor, profesor de Derecho civil en la Universidad de A Coruña, para obtener el grado de doctor. Entraña por ello una exhaustiva investigación para dilucidar el tema de la antijuridicidad del daño en materia de responsabilidad civil. Se trata de una investigación que recorre los senderos del derecho comparado, así como los correspondientes a la doctrina y jurisprudencia españolas principalmente.

En nuestro país los escasos trabajos acerca de la responsabilidad civil no se han distinguido por abordar temas doctrinales tan específicos como el que prima en esta obra. Por ello vale la pena rescatar algunos elementos que son planteados en la misma, sobre todo si consideramos que el Derecho civil español y mexicano comparten similares concepciones en algunas materias, y aunque éste no es el caso de la responsabilidad civil habremos de afirmar que las ideas que derivan de la obra pueden servirnos para intentar un análisis de las disposiciones correspondientes en el ordenamiento mexicano.

El autor aborda la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. En la presentación de la obra se señala que la antijuridicidad a pesar de no ser exigida expresamente en el ordenamiento español, es considerada por la doctrina civil mayoritaria como un requisito de la responsabilidad civil extracontractual. El autor para probar la existencia de este elemento realiza un pormenorizado análisis histórico y sistemático del sistema español de derecho de daños.

También se menciona que se examina el alcance de la antijuridicidad en un doble plano: el de los intereses que resultan protegidos por la responsabilidad civil y el de las causas de justificación que impiden su nacimiento.

Con esta obra el autor pretende, en primer término, delimitar la extensión del ámbito de los intereses protegidos, "aspecto éste que, lejos de ser pacífico, es abiertamente cuestionado en relación con intereses tales como los del acreedor, poseedor, conviviente *more uxorio*,

los que se proyectan sobre el medio ambiente o los llamados 'intereses difusos', realizando con este objetivo, un amplio *excursus* jurisprudencial, donde se pone de manifiesto la creciente necesidad de protección de los intereses de los particulares en la que ha sido llamada 'edad de la técnica' ”.

Respecto del segundo objeto de estudio, el de las causas de justificación que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, el autor señala que se busca construir, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la categoría de las causas de exclusión de la antijuridicidad con el fin de precisar aquellos daños que, por tratarse de daños justamente causados, no se indemnizan. Para ello recurre a las doctrinas penales, e integra el sistema de responsabilidad civil con las normas relativas contenidas en el ordenamiento penal.

El primer apartado de la obra en comentario se dedica al estudio del daño resarcible en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Recordemos que *daño* es el menoscabo, deterioro, lesión; *dañar* es maltratar, estropear, perjudicar, lesionar. La voz proviene del latín *damnum*, daño, pérdida, multa y del indoeuropeo *dap-no*, pérdida, gasto. El daño es la lesión o menoscabo que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cuál sea la causa, incluso inferida por el propio lesionado o acontecida sin intervención del hombre.<sup>1</sup>

El Código Civil federal mexicano en el artículo 2108 concibe al daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. En materia de responsabilidad jurídica entendemos que cuando una persona causa a otra un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia, o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima sufra.

Busto Lago analiza el daño a partir de cinco temas específicos: el daño fenómeno natural, el daño jurídicamente relevante, el daño antijurídico, la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento jurídico español, y antijuridicidades específicas.

Al referirse al daño como fenómeno natural afirma que cualquier actuación realizada en un contexto social determinado, conlleva la posibilidad de producción de perjuicios en los intereses de otras personas. Tal es la fuente del daño, considera así como el “nocimiento causado”

<sup>1</sup> FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1982. p. 1.

y que implica una modificación de la realidad material, modificación desfavorable para el dañado, desfavorable para sus intereses. Estos perjuicios, daños o pérdidas de utilidad en términos del análisis económico del Derecho, no son necesariamente relevantes para la disciplina jurídica. Por ello es necesario establecer cuáles son los daños jurídicamente relevantes, pues sólo en tales casos se puede fundar una acción de resarcimiento o de indemnización por los daños ocasionados.

En base a la teoría alemana del daño *normativo* encontramos que el daño es relevante jurídicamente, cuando concurren los presupuestos establecidos por la ley, mismos que consisten en considerar la lesión como un daño. Refiriéndose a la posición de De Cupis, el autor, afirma que el daño tiene la consideración de hecho jurídico en tanto en cuanto sea causa de efectos jurídicos, y su estructura se integra de dos elementos:

1. El elemento material o sustancial constituido por el hecho físico y que representa su núcleo interior, y
2. El elemento formal proveniente de la norma jurídica, representado por la reacción suscitada en el ordenamiento jurídico a consecuencia de la perturbación provocada en el equilibrio social y la alteración perjudicial de un interés jurídicamente tutelado.

En términos generales, la presencia de estos elementos, en un hecho cualesquiera, atribuye relevancia jurídica al daño, deviniendo éste resarcible, o, como precisa el autor, perfecciona el supuesto de hecho generador de la responsabilidad que conduce al resarcimiento.

Al abordar el daño antijurídico el autor señala: "El Derecho elige, de entre aquellos hechos acaecidos en el entramado de la convivencia social, unos, a los que otorga una determinada calificación. Tal premisa, válida para la generalidad de tales hechos, es, asimismo, válida para aquellos productores de eventos lesivos o dañosos, de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico y el daño antijurídico una especie del daño jurídicamente relevante, cuanto su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra *expectativas asegurados por el Derecho*". Respecto del concepto de antijuridicidad y su definición el autor analiza diversas posiciones para aclarar que la antijuridicidad debe ser entendida como la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico. La doctrina civilista se limita a considerar la antijuridicidad como la violación del

Derecho positivo o, en su caso, la violación del principio *alterum non laedere*.

Ahora bien, el acto considerado antijurídico merece doble reprobación jurídica. En primer lugar un acto es formalmente antijurídico en tanto representa transgresión a una norma jurídica, a un mandato o a una prohibición del orden jurídico. Por otra parte, es materialmente antijurídico en tanto que produce menoscabo en los derechos o intereses ajenos jurídicamente protegidos.

El segundo apartado de esta obra se refiere a las causas de exclusión de la antijuridicidad. En tal rubro el autor realiza un análisis de los siguientes temas: Las causas de exclusión de la antijuridicidad, el ejercicio legítimo de un derecho, el consentimiento del perjudicado y la teoría de la asunción de riesgos; la legítima defensa en el Derecho civil y el estado de necesidad en el Derecho civil.

Busto Lago se refiere primeramente a los conceptos de causas de justificación y causas de exclusión de la antijuridicidad, mismos que a pesar de ser considerados por diversos autores como equivalentes, merecen cierta precisión de acuerdo con el autor en comentario. Así, el concepto que ofrece mayor precisión es el de causas de exclusión de la antijuridicidad. La definición para tal concepto es el de “causas que suprimen la nota de antijuridicidad como base de una responsabilidad civil” o “como aquellas circunstancias en presencia de las cuales un comportamiento dañoso, que en otro caso sería fuente de responsabilidad para el agente, deviene justificado, de forma que no ha de resarcirse el daño que del mismo se haya derivado”. Con las causas de exclusión, el acto dañoso deviene lícito.

En cuanto a la discusión entre el ilícito penal y el ilícito civil, el autor distingue ambos señalando que el penal se configura como una acción u omisión a la que el ordenamiento jurídico une el efecto sancionatorio de una pena criminal, en cuanto productor de un evento contrario a un interés tutelado por la norma penal. El ilícito civil se presenta así, como un comportamiento dañoso no tipificado por la ley penal. Agrega el autor la opinión de A. Pirovano, quien advierte que el ilícito penal se caracteriza frente a la civil, en que el primero precisa de un reproche personal dirigido hacia el agente, fundado sobre una moral impregnada de ideas de solidaridad y de respeto a la vida humana; mientras que el ilícito civil no suscita el mismo juicio de valor y a diario las personas son declaradas responsables de un ilícito civil sin que se les pueda reprochar nada. En el ilícito civil el pretexto y

la finalidad de la indemnización de la víctima suprime toda necesidad de análisis psicológico y moral del mismo.

Pese a tal distinción, debe recordarse que existe la denominada responsabilidad civil derivada de un delito (*ex delicto*), donde el ilícito penal comporta también el civil, pues se produce un daño, surgiendo así a un tiempo la acción penal, ejercida por el Ministerio Público, y la acción civil, ejercida por el ofendido para el resarcimiento de daños.

La primera hipótesis manejada como causa de exclusión de la antijuridicidad es la del consentimiento del perjudicado y la teoría de la asunción de riesgos. En tal sentido se remite a la sentencia de Ulpiano: *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, que admite el hecho de que si el perjudicado consiente el daño que se le causa, la antijuridicidad queda excluida. Los argumentos manejados por la doctrina para permitirse esta causa de exclusión de la antijuridicidad, son: a) El peso específico de la autonomía de la voluntad, de forma que la voluntad individual de los particulares es apta para la generación de derechos y obligaciones; b) el consentimiento del perjudicado en sufrir una lesión en un interés o en un derecho propio, no supondría en última instancia, sino un supuesto concreto del ejercicio del derecho de libre disposición de los bienes, en tanto en cuanto la responsabilidad civil se ve reducida, a un resarcimiento pecuniario restablecedor de la situación patrimonial del perjudicado previa al acaecimiento del daño ilícito que provocó un menoscabo en la esfera de sus derechos y/o intereses legítimos.

Este consentimiento del perjudicado no requiere de forma alguna, "ni se exige que la voluntad de quien consiente llegue al conocimiento del destinatario puesto que el consentimiento justifica objetivamente el hecho, sin relación alguna con el conocimiento o con la posibilidad de conocimiento por parte del agente". Por otra parte, se plantea doctrinalmente la posibilidad de que el consentimiento prestado con posterioridad a la producción del evento dañoso excluya la antijuridicidad. En tal caso parece claro que el daño es antijurídico y el consentimiento *a posteriori* tiene el valor de mera renuncia al ejercicio de la acción civil.

Sólo el titular del interés o del derecho protegido por la norma está legitimado para prestar el consentimiento. Ahora bien, para otorgar tal consentimiento es preciso que exista disponibilidad de los derechos e intereses protegidos. Entratándose de daños causados a bienes de contenido patrimonial (o bienes materiales) esto no representa mayor problema, sin embargo, existe un rechazo a aceptar la exoneración de

responsabilidad civil cuando se lesionan derechos o intereses que tienen la consideración de indisponibles por su titular, como sería el caso de la integridad de la persona, los derechos o intereses morales (derechos o bienes de la personalidad).

Por cuanto hace a la asunción de riesgos el autor señala los requisitos que han de concurrir en un evento para que pueda apreciarse tal asunción:

a) Es necesaria una participación real en la actividad en el curso de la cual se han causado los daños.

b) El riesgo ha de ser patente y de la suficiente entidad como para exigir del dañado un acto de asunción o rechazo. No basta el conocimiento del riesgo, debe conocerse también la posibilidad aproximada de que se produzca el daño y la posible gravedad de éste.

c) Para que haya asunción de riesgos debe haber libertad, de forma que el dañado pueda optar si asume o no este riesgo patente. No es suficiente que el perjudicado haya conocido los riesgos, es necesario que los haya aceptado.

d) La aceptación del riesgo no conlleva más que la de los riesgos normales de la actividad en la que se aprecie.

Por cuanto hace a la legítima defensa como causa de exclusión de la antijuridicidad, el autor en comentario interpreta que los daños ocasionados en tal circunstancia están civilmente justificados y, por lo tanto, no surge la obligación resarcitaria a cargo de quien los haya causado.

Para apreciar como legítima la acción defensiva, se señala que deberá dirigirse tanto a salvar un bien relativo a la persona humana (vida, integridad física o cualquiera de sus atributos subjetivos), como en el caso de que el bien amenazado sea de naturaleza estrictamente patrimonial. Asimismo, se exige una agresión actual e ilegítima como elemento previo a la defensa y requisito imprescindible de su legitimidad.

Se excluye la legítima defensa cuando el Estado, contra el que se dirige el ataque carece de protección jurídica, pues entonces el ataque tampoco es contrario a Derecho. Es el caso del servidor de la posesión, el cual carece de la facultad de legítima defensa frente al poseedor si éste le arrebatara la cosa, pero sí cabe perfectamente que el poseedor obre en legítima defensa contra todo atacante e incluso contra el poseedor inmediato.

No procede la legítima defensa cuando el ataque, a pesar de estar prohibido por regla general, estuviese permitido en las circunstancias del caso concreto. Se trata de supuestos en los que al atacante le asiste

un derecho a intervenir, como en los casos del ejercicio legítimo de un cargo, por ejemplo, de policía, facultad de corrección de los padres, etcétera.

También se afirma que la legítima defensa no puede justificar un acto ilícito que no tenga la condición de haber sido verdaderamente necesario para responder a la agresión y que los medios empleados hayan sido desproporcionados en relación a los utilizados por el agresor. Este es el requisito de la proporcionalidad en la reacción defensiva.

Por cuanto hace al problema de los daños a terceros, se advierte que en el caso de que la víctima sea un tercero extraño al suceso, el agente o defensor estará obligado al resarcimiento de los daños causados a sus derechos o intereses legítimos según las reglas generales de responsabilidad.

En relación al estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuricidad, el autor citando a Savatier señala que el estado de necesidad es la situación de quien considera de forma manifiesta que el único medio de evitar un mal mayor o igual es causar un mal menor o igual. En palabras de Busto Lago, nos hallamos en presencia de un daño causado en estado de necesidad cuando se ha causado a otro deliberadamente un daño proporcionado, por ser éste el único medio disponible por el agente para evitar uno igual o mayor, actual o inminente, sin mediar culpa del agente en la génesis de la situación de necesidad.

El ordenamiento español al referirse al estado de necesidad señala que incurren esta circunstancia quien, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.
2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.
3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Para concluir, deseo señalar que en mi opinión esta obra ofrece muchas perspectivas que pueden ser aprovechadas por los lectores nacionales, quienes seguramente encontrarán en su lectura nuevos puntos de partida para investigaciones que enriquezcan el acervo doctrinal de nuestro Derecho. Ojalá y así sea.

Lic. David CIENFUEGOS SALGADO  
Profesor de Matemáticas Aplicadas al Derecho  
en la Facultad de Derecho de la UNAM.