# JUSTICIA CONMUTATIVA Y DERECHO DE DAÑOS: LOS ORÍGENES ESCOLÁSTICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Ignacio Rodríguez Fernández
Fiscal

**Sumario:** 1. Los orígenes aristotélicos del derecho de daños. 2. La justicia conmutativa y la igualdad en las transacciones: A. La justicia general, legal y particular. B. Justicia distributiva y justicia conmutativa. C. La igualdad en las transacciones. 3. Los remedios conmutativos: la restitución por razón de la cosa y la restitución por razón del acto: A. La teoría escolástica de la restitución. B. La restitución "por razón de la cosa" como antecedente de la tutela restitutoria en sentido estricto. C. La restitución por razón del acto como antecedente de la tutela resarcitoria o indemnizatoria. D. La sujeción del poder civil a las reglas de la restitución: la obligación del príncipe de resarcir los daños causados a los ciudadanos. 4. El eclipse y el redescubrimiento de la justicia conmutativa: A. La purga de los fundamentos aristotélicos y la penetración del voluntarismo en el Derecho de Daños. B. Deriva punitivista y retorno a la justicia conmutativa en el Derecho de Daños continental. C. "Eclipse y redescubrimiento" de la justicia conmutativa en el Derecho anglosajón.

## 1. LOS ORÍGENES ARISTOTÉLICOS DEL DERECHO DE DAÑOS

En el Derecho Romano, la acción de daños —la *actio legis aquiliae iniuria datum*— era un mecanismo al servicio de la venganza privada, un sistema penal primitivo basado en el modelo del talión. Cuando la *Lex Aquilia* imponía la obligación de satisfacer el valor real de los bienes dañados —en concreto, el precio del esclavo muerto, del ganado perdido o de los bienes materiales malogrados— no establecía ninguna regla indemnizatoria. Al contrario, se limitaba a reconocer a la víctima del daño su derecho a la venganza, su potestad de causar al autor del perjuicio una pérdida igual a la que ella misma había sufrido. Si eran varios los autores de la ofensa, todos ellos debían satisfacer la suma completa del daño; todos debían sufrir en sus propios bienes la integridad del mal que habían ocasionado. La suma pagada

por cada ofensor era la "adecuada revancha" de la víctima (Jansen, 2003, pág. 14); el derecho a la integridad resarcitoria no era más que el derecho a la integridad de la pena. La *actio legis aquiliae* era, por tanto, una retribución dineraria del delito dentro de un sistema penal de realización privada.

Dos mil años después de la *Lex Aquiliae*, en el marco intelectual del Iluminismo, la acción de daños había perdido esa fisonomía. De sus trazos sancionatorios apenas quedaba el rastro y era considerada, en los círculos de autores ilustrados, como una obligación general restitutoria, un vínculo bilateral entre individuos. El autor de un perjuicio quedaba obligado, a través de la acción de resarcimiento, a devolver otro tanto de lo que había arrebatado a la víctima, asumiendo en su propia esfera de bienes la carga económica derivada de sus actos. El importe integral del menoscabo era la medida objetiva del vínculo obligatorio, que había de trasladar el perjuicio del ámbito del que lo había sufrido al ámbito del que lo había causado. Entre la obra jurídica ilustrada y la *actio legis aquiliae* mediaban, sin embargo, dos milenios de incertidumbre ¿Cómo había llegado a formarse, en ese lapso de tiempo, esa acción puramente restitutoria?

En realidad, un sistema reparatorio del daño, opuesto al de justicia vindicativa, ya había sido preconizado, mucho antes de la Ilustración, por los pensadores de la antigua Grecia. Había sido, concretamente, ARISTÓTELES quien, oponiéndose a los autores pitagóricos, había sostenido, en su *Ética a Nicómaco*, que la pérdida causada en los bienes de otro individuo debía ser entendida, con independencia de su origen delictual, como una transferencia involuntaria de riqueza, contraria a la virtud particular de la justicia. El resarcimiento de la víctima no debía consistir, en opinión del estagirita, en la duplicación del mal causado, sino en su completa eliminación del patrimonio del dañado —lo que, a su juicio, había de efectuarse mediante una transferencia de signo contrario a la originaria—. La reparación integral del daño no era otra cosa, desde esta perspectiva, que el ejercicio objetivo de la virtud de la justicia conmutativa, consistente en "dar a cada uno lo suyo" de acuerdo con sus derechos o titularidades previas.

Si los autores del Iluminismo hubieran sido interrogados sobre esta coincidencia doctrinal con los planteamientos de ARISTÓTELES habrían dado, a buen seguro, una respuesta desdeñosa o evasiva —o, en el mejor de los casos, habrían apelado a la mera casualidad—. Para ellos, la filosofía aristotélica era un pensamiento pasado de moda, una reliquia intelectual venerada por la escolástica católica y desacreditada por la ciencia y la filosofía modernas. Autores como CHRISTIAN THOMMASIUS, que despreciaban enfáticamente a los viejos "moralistas" escolásticos, se habrían maravillado al descubrir que, en su esencia y desarrollo, toda su construcción jurídica —que, en sí misma, poco o nada tenía de original— era el producto de la aplicación de conceptos aristotélicos a las instituciones del Derecho Romano, o, lo que es lo mismo, de una síntesis de dos tradiciones culturales clásicas que, reanudadas en los últimos siglos del Medioevo, habían llegado a constituir un solo cuerpo en los primeros compases de la Edad Moderna. Conviene explicar, brevemente, cómo y cuándo se produjo esa integración teórica.

Tras el hundimiento del Estado Romano, Europa había vivido inmersa, entre los siglos V y XI, en una marea de primitivismo jurídico, en un incesante aluvión de relaciones puramente factuales elevadas al rango de Derecho por el simple transcurso del tiempo. Sólo el lento resurgir, a principios del siglo XII, de la vida comercial y urbana había marcado el punto de retorno a las titularidades abstractas y a los negocios de signo individual. La levedad del poder político obligó a los juristas medievales a buscar una fuente de legitimación distinta para las nuevas formas de transacción privada. Volvieron entonces su mirada los jurisconsultos del Medievo al antiguo Derecho Romano, obra magna que proporcionaba soluciones prácticas y técnicas que los ojos de los

legisladores locales no eran capaces de atisbar. Fue así que se inició en las universidades italianas la enseñanza del *Corpus Iuris Civilis* y que se reanudó en Europa la tradición jurídica romana, convertida, entre los siglos XII y XV, en tradición del *ius commune*.

En el siglo XIII comenzaron a circular por la Europa cristiana las primeras traducciones latinas de la Ética, la Política, la Física y la Metafísica de ARISTÓTELES. Este redescubrimiento produjo una auténtica revolución cultural. Teólogos como ALBERTO MAGNO y como, sobre todo, TOMÁS DE AQUINO, acogieron las ideas aristotélicas y las volcaron sobre los retos intelectuales que el nuevo período planteaba. La reanudación, aun en clave teológica, de la tradición de pensamiento aristotélico liquidaba la visión mística y simbólica de la primera Edad Media y auguraba el comienzo de una nueva era, en la que el hombre, dejando de sentirse amenazado por su entorno, aspiraba a comprender el mundo que le rodeaba e incluso se sentía llamado a dominarlo. Ambas tradiciones —romana y aristotélica— transitaron, sin embargo, hasta la Edad Moderna por caminos completamente separados. Ni los juristas medievales ni los teólogos de la primera escolástica sintieron la necesidad de integrar las instituciones romanas en el sustrato intelectual del pensamiento aristotélico.

La llegada del humanismo precipitó el cambio de paradigma. Fue así que, a comienzos de la Edad Moderna, un reducido grupo de teólogos, radicado fundamentalmente en España, decidió aplicar los principios y los conceptos de la filosofía aristotélica a los textos jurídicos romanos. Este grupo de autores de las escolástica tardía abandonó el método casuista que habían seguido los juristas medievales y afrontó el estudio del Derecho desde una perspectiva novedosa, de naturaleza especulativa y abstracta. El jesuita LUIS DE MOLINA explicaba con claridad, en la introducción a su tratado, la naturaleza de su misión jurídica. Los teólogos, al "*superar en mucho a los jurisperitos en el método y en la razón de conocer las cosas por sus principios*", estaban llamados, en opinión de MOLINA, a abordar las cuestiones que trataban los jurisconsultos, "*aplicando en ellas el arte y el método de la teología*". Debían, por tanto, "*ilustrar las conciencias de los hombres*", enseñarles las virtudes que, estando insertas en el tejido vital de las instituciones romanas, evitaban que se incurriera en pecado en los negocios de signo individual. El Derecho no era, para los autores de esta corriente filosófica, más que una parte esencial de la "teología de las costumbres" —relativa a los principios de orden natural que rigen las acciones de los hombres—.

Para afrontar esta tarea jurídica, los teólogos neo-escolásticos retrocedieron al principio mismo de la ética aristotélica, disciplina a la que el estagirita había aplicado su método habitual de estudio, consistente en captar, a través de una definición, la esencia de los objetos que componen el mundo, o, lo que es lo mismo, las propiedades que otorgan a cada cosa su modo de ser característico. Con el estudio de la ética, ARISTÓTELES se había propuesto uno de sus objetivos más ambiciosos: adentrarse en la esencia del ser humano, que el estagirita cifraba en la capacidad, no compartida por el resto de animales, de actuar con arreglo a la razón y a la voluntad. La razón era el atributo que permitía al hombre comprender el mundo que le rodeaba y los fines de las acciones que acometía; la voluntad le habilitaba, a su vez, para orientar estas acciones a la consecución de fines determinados. Las diferentes virtudes —tratadas separadamente en los capítulos de la *Ética a Nicómaco*— eran, para ARISTÓTELES, los estados del carácter que, pudiendo perfeccionarse a través del hábito, permitían dominar las pasiones interiores y dirigir la voluntad individual a la consecución de fines racionalmente seleccionados. La causa final de todo ser humano —a la que, en última instancia, debía orientar cada una de sus acciones— era, en definitiva, comportarse de acuerdo con esta esencia racional, manifestar, con el ejercicio y la práctica de las distintas virtudes, las propiedades constitutivas de su peculiar sustancia.

La capacidad del hombre de seleccionar sus propios fines le otorgaba, en la visión aristotélica del mundo, una ventaja comparativa frente al resto de las criaturas. El hombre era el único ser capaz de imponer su voluntad sobre los objetos que le rodeaban, el único llamado a convertir a las demás sustancias existentes en instrumentos al servicio de sus fines. La voluntad era el rasgo distintivo que sustentaba, en opinión de ARISTÓTELES, la capacidad humana de someter, liberar o transferir las cosas del mundo externo. Se convertía, por esta razón, en la base misma de la propiedad privada; una institución indispensable, en el pensamiento del estagirita, para que el hombre pudiera satisfacer su "necesidad de autarquía" y se realizase plenamente como ser racional a través de las cosas y los objetos del mundo externo.

Este bosquejo filosófico fue adaptado, sin mayor esfuerzo, por los teólogos medievales a los parámetros propios de la cosmovisión cristiana. Así, si el ser humano gozaba, a diferencia del resto de los animales, de capacidad de actuación racional y voluntaria, era debido a que había sido creado a imagen y semejanza de Dios. Había sido el Creador quien, bendiciendo al hombre con sus cualidades, le había transferido el dominio de las cosas. Según explicaba el Génesis, Dios había creado al hombre a su imagen y semejanza "*para que domin*[ase] *sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre los ganados y sobre todas las bestias de la tierra y cuantos animales se mueven sobre ellas*»". Era el hombre, por tanto, el único ser que, compartiendo con Dios el título de *dominus*, podía servirse de las cosas creadas para su propio beneficio. De la misma manera que el hombre era siervo de Dios, las demás criaturas eran siervas del hombre.

La escolástica tardía relacionó esta construcción teológica con la idea romana de dominio, que fue incorporada por FRANCISCO DE VITORIA al esquema expositivo de la justicia conmutativa. El dominio romano debía entenderse, a juicio de los autores neoescolásticos, como el poder que el hombre ejercía sobre algo en provecho propio colocando ese algo en una situación de servidumbre o sujeción a su voluntad. En palabras de DOMINGO DE SOTO, el dominio debía ser considerado el fundamento "*de todos los contratos, pactos y acuerdos que se celebra*[ban] *mediante la justicia conmutativa*" y todos los vicios que se oponían a esa virtud eran, en esencia, "*corruptelas del dominio y de la propiedad de las cosas*". Los teólogos no podían ignorar, según señalaba el dominico, la infinidad "*de usuras, de cambios, de contratos y de simonías*" que hacían que los hombres cometiesen dos gravísimos pecados: vender lo que no tenía ningún valor —incurriéndose, en este caso, en usura— o vender una cosa en un precio mayor de su valor. Los ojos del teólogo se dirigían hacia todas las formas de transacción de bienes que, reguladas en las instituciones romanas, debían ajustarse, para ser conformes con la naturaleza racional del hombre, a la virtud de la justicia conmutativa. La escuela española señalaba, de esta forma, el nexo de unión existente entre la ética aristotélica y el Derecho Romano; un vínculo que, iniciado por FRANCISCO DE VITORIA, se encargaría de desarrollar DOMINGO DE SOTO y que los jesuitas MOLINA y LESSIUS llevarían a sus últimas consecuencias en la centuria siguiente.

Los juristas neo-escolásticos trataron de edificar, desde los cánones del pensamiento aristotélico, un sistema jurídico completo, capaz de disciplinar, por su propio arraigo en la razón humana, toda suerte de transacción privada entre individuos. Este novedoso sistema, basado en la libertad y en la propiedad privada, tenía los ingredientes necesarios para vencer las reticencias religiosas —y las barreras monopolísticas— que atenazaban al comercio libre en la época de los grandes descubrimientos. La obra de los *Magni Hispani* se convirtió, de este modo, en una fuente de inspiración perfecta para los juristas europeos que, al servicio de las potencias que aun no contaban con imperio de ultramar, trataban de dar cobertura jurídica a la captura en los "mares libres" de las presas españolas y portuguesas. Así, cuando el letrado holandés HUGO GROCIO dio forma primi-

genia al Derecho Natural racionalista se inspiró en los conceptos elaborados por esta corriente teológica, combinando equilibradamente los planteamientos formales anti escolásticos con el aprovechamiento exhaustivo de las aportaciones realizadas por los autores de Salamanca, Alcalá y Coimbra. En particular, fue la teoría general de la restitución, basada en la obra de TOMÁS DE AQUINO, la que obró el prodigioso tránsito de la tutela aquiliana romana, de corte punitivo, a la *actio de damno dato* de las obras del Iluminismo. Gracias a ella, el Derecho de Daños se fue convirtiendo, casi imperceptiblemente, en un proceso objetivo de adjudicación de pérdidas de riqueza, en una obligación restitutoria basada en la idea de igualdad. De cómo se produjo ese tránsito nos ocupamos en el presente trabajo.

## 2. LA JUSTICIA CONMUTATIVA Y LA IGUALDAD EN LAS TRANSACCIONES

### A. LA JUSTICIA GENERAL, LEGAL Y PARTICULAR

La recta comprensión del Derecho de Daños depende, en buena medida, del entendimiento previo del papel que desempeña la justicia conmutativa en la ética aristotélica. Por oposición a la justicia "general" o "legal", la justicia particular no está orientada, en el pensamiento de ARISTÓTELES, al castigo o la sanción de los vicios, sino a la correcta adjudicación de los recursos.

Debe señalarse, como recordatorio inicial, que la justicia, en cuanto manifestación de la virtud del individuo en su relación con las demás personas, se encuentra definida en la Ética a Nicómano por su dimensión exterior. Es así que mientras las virtudes y los vicios se refieren a las "pasiones interiores de los hombres", la justicia se ocupa de su comportamiento externo, de su relación con los otros miembros del colectivo social. Aparece caracterizada, de esta forma, como la "virtud perfecta" que compendia todas las otras y las traslada a la relación con el resto de ciudadanos. El hombre es justo, además de virtuoso, cuando practica su virtud en los asuntos que conciernen a los otros, sin reservarla en exclusiva para los suyos particulares.

Sobre esta idea general de justicia aristotélica se asentó el concepto escolástico de "justicia legal". Para TOMÁS DE AQUINO, la justicia legal era la que llevaba a los gobernantes a establecer —a través de la ley— las reglas de comportamiento virtuoso que debían ser observadas por los gobernados. Era, así, la modalidad justicial que exigía del soldado una conducta valerosa en el combate —prohibiéndole huir de la batalla o abandonar las armas— o la que obligaba a cada ciudadano a conducirse con templanza en las relaciones que entablaba con los demás individuos —prohibiéndole cometer ultraje contra ellos—. Cada una de las virtudes particulares propias de la ética aristotélica era llevada por la justicia legal al ámbito de las relaciones sociales siguiendo siempre una misma mecánica: la de fijar, a través de la ley, las reglas de comportamiento virtuoso que debían ser observadas y las sanciones que se derivaban de su incumplimiento. Se trataba, por tanto, de una modalidad de justicia que, referida a la ilicitud de las acciones humanas, tenía una clara vertiente subjetiva y culpabilista y que, considerada erróneamente como el origen conceptual del Derecho de Daños, constituía, más bien, la formulación medieval y escolástica del Derecho Penal.

La institución resarcitoria se encontraba vinculada, en realidad, a otra clase distinta de justicia que, dotada de la misma vocación externa que la "general" y la "legal", poseía en la ética aristotélica un significado más estricto, como "virtud particular" que tenía por objeto exclusivo el reparto e intercambio de las dignidades y de los bienes disponibles. No se trataba, en este caso, de una justicia atinente a los comportamientos o a las conductas impuestas por el poder público a los ciudadanos de un Estado, sino de una justicia objetiva, proyec-

tada sobre las cosas y los objetos, sensibles o espirituales, que a cada uno de esos ciudadanos pertenecían. La justicia como virtud particular —que a veces recibía el nombre "justicia en las cosas"— trataba, pues, de "dar a cada uno lo suyo", y se servía, para ello, de dos métodos o sistemas de atribución de recursos —diferenciados el uno del otro por el tipo de operación adjudicativa en que se desenvolvían—. El primero de los dos sistemas —llamado de "justicia distributiva"— se refería a los repartos o distribuciones de bienes, mientras que el segundo —bajo la denominación de "justicia conmutativa— se ocupaba de las transacciones o conmutaciones que se realizaban con ellos una vez que habían sido atribuidos a concretos individuos. Sería este segundo sistema el que constituiría el cimiento de la responsabilidad civil.

## B. JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CONMUTATIVA

El primer sistema aristotélico de adjudicación de recursos era el que recibía el nombre de "justicia distributiva". Se ocupaba éste de la relación del todo con las partes o, en las palabras exactas de TOMÁS DE AQUINO, de "la transferencia de lo que es común a los particulares". Dividía, para ello, lo que originariamente era compartido por todos los miembros del grupo en varias porciones diferentes, que pasaban a estar sometidas, tras la realización de esta operación distributiva, al dominio privativo de cada sujeto individual. Esta modalidad de justicia había regido, de acuerdo con la visión neo-escolástica de la propiedad privada, el reparto originario de las cosas que conformaban el mundo exterior. La dinámica que caracterizaba esta tipología de justicia se basaba en tres elementos principales: el beneficio o la carga —la ganancia o la pérdida— que había de ser objeto de distribución, las personas entre las que debía producirse el reparto y el criterio o mérito comparativo que determinaba la parte alícuota correspondiente a cada persona. La justicia distributiva adquiría, así, la forma de justicia proporcional basada en el mérito o la virtud de cada uno de los partícipes. Se consiguía con ello una igualdad de *ratios* en la que cada cual debía recibir una cuota proporcional a su mérito respectivo.

Como transición entre lo colectivo y lo particular, la justicia distributiva se ocupaba, dentro de la tradición aristotélica, de la distribución de las riquezas del Estado a cada uno de sus miembros. Utilizaba, para ello, un criterio comparativo que dependía del sistema político imperante en cada sociedad, pues dicho sistema político era el que, distinguiendo a los ciudadanos por su rango, por su virtud o por su riqueza —y fijando, así, el criterio comparativo de reparto—, les asignaba una parte alícuota o proporcional de las cargas y beneficios públicos que habían ser distribuidos. Se convertía, de este modo, en una pieza fundamental de la formación del Derecho Público de cada Estado, llamada a influir decisivamente en la configuración de su Derecho Tributario y en la construcción de un modelo racional de Función Pública.

El segundo modelo adjudicativo se asociaba, en cambio, a la idea de "justicia conmutativa" o "correctiva". No se ocupaba esta justicia de la relación del todo con las partes, sino de la que tenía lugar entre las partes mismas. Cada miembro del colectivo era contemplado como un sujeto de derecho independiente, que contaba con titularidades propias que no eran compartidas con los demás componentes de la sociedad. La igualdad de las partes no consistía, en este caso, en que varias personas participaran proporcionalmente de una ganancia o carga colectiva; sino en que cada una de ellas, al realizar un intercambio o transacción con otra, no resultara con menos de lo que se le había asignado en la distribución originaria de las riquezas, o lo que es lo mismo, en que no viera menoscabada o mermada la titularidad que en su momento le había sido conferida. Se convertía, de esta forma, para los autores aristotélicos, en la operación adjudicativa por excelencia del "Derecho Privado", ámbito regulatorio al que correspondía ordenar a un ciudadano

con otro con motivo de las distintas transferencias de bienes, voluntarias o involuntarias.

De acuerdo con las reglas de la justicia conmutativa, los hombres, a los que el Derecho Natural había concedido el don de la libertad, podían traspasar a otros hombres la titularidad de sus cosas. Cuando la transferencia de recursos se realizaba con la aquiescencia de su dueño, tenía lugar una transacción de signo voluntario, apta, en principio, para generar un nuevo título de dominio sobre el bien afectado. A esta modalidad de transacción pertenecían, en el pensamiento escolástico, todos los contratos o pactos por los que los ciudadanos se transmitían, los unos a los otros, la propiedad o el uso de los cosas.

En cambio, cuando una persona se apoderaba de una cosa ajena o actuaba sobre ella modificando su estado sin contar con la aquiescencia de su dueño, se producía una transacción involuntaria. En este género de conmutaciones, la transacción verificada no obedecía a la existencia de dos voluntades concordes —que alteraban con total libertad sus titularidades previas—. Al contrario, era el resultado de la voluntad unilateral de un individuo que no ostentaba título alguno sobre el bien de pertenencia ajena. Por tanto, bajo la equívoca denominación de *transacción involuntaria*, la tradición aristotélica comprendía todos los supuestos conmutativos en los que la alteración del estado antecedente tenía lugar sin el consentimiento o contra la voluntad del titular de los bienes afectados, o, lo que es lo mismo, sin la existencia de un título jurídico habilitante. A este género de conmutaciones pertenecían, según la Ética a Nicómano, la desposesión y el daño.

En todas estas formas de transacción de bienes, la justicia conmutativa trataba de dar "a cada uno lo suyo"; pero, a diferencia de la justicia distributiva, no lo hacía en función del mérito comparativo de las personas implicadas, sino de sus derechos o titularidades antecedentes. La igualdad perseguida no era, por tanto, proporcional sino aritmética, pues trataba de asegurar que, al realizarse una transacción privada, "cada uno dé o reciba cuanto ha recibido o dado […] quedando ambas partes de la operación con tanto como poseían anteriormente" (Gilson, 1951, pág. 433).

## C. LA IGUALDAD EN LAS TRANSACCIONES

Cuando las dos partes de una transacción daban o recibían cuanto habían recibido o dado, se alcanzaba la llamada "igualdad en las transacciones", meta final de la justicia conmutativa. Dicha igualdad se rompía cuando una de las partes de la operación transaccional dejaba de obtener lo que le correspondía de acuerdo con su título o derecho antecedente. En tal caso, la misión de la justicia conmutativa era "establecer la igualdad entre el que debe y su acreedor" y eliminar la ganancia y la pérdida indebidamente generadas. Se entiendía, así, por ganancia lo que una de las partes tenía de más en comparación con lo que había entregado; y por pérdida, en cambio, lo que la otra parte tenía de menos en relación con lo dado anteriormente. La situación de injusticia derivada de la ruptura de la igualdad transaccional era, de este modo, puramente objetiva y venía dada por una simple comparación del valor de las cosas que se transferían o intercambiaban. Se trataba, en suma y en palabras de DOMINGO DE SOTO, de una "*igualdad entre las cosas mismas*".

Desde este parámetro objetivo, para que una transacción fuera justa no tenía importancia el mérito, la posición social o la calidad personal de los individuos que la llevaban a cabo, sino el valor de las cosas o los bienes que intercambiaban. Era irrelevante, como dijera ARISTÓTELES y repitiera TOMÁS DE AQUINO, que un ciudadano virtuoso se apropiara de lo que pertenecía a un individuo malvado o que sucediera lo contrario, pues la justicia conmutativa —en las ilustrativas palabras del neo-escolástico SOTO— era "*lo mismo siempre, ya sea cuando los contratos se celebren, según ley y costumbres, entre un magnate*

*y un plebeyo, entre un hombre bueno y otro malo, ya entre amigos, ya entre enemigos*".

Tampoco estaba vinculada la igualdad en las transacciones, como baremo objetivo de justicia, a la intención o al propósito, más o menos virtuoso, perseguido por las partes de la transferencia de riqueza. Siguiendo otra vez al dominico español, "[*s*]*i una persona avara come pobremente, no por vivir con templanza, sino por no gastar dinero, su conducta no puede considerarse recta ni conforme a la virtud. Pero si un deudor paga a su acreedor todo cuanto le debe, aunque sea con mala intención, o sea, para que lo malgaste, o si devuelve a su dueño la espada que tiene en depósito, aún sabiendo que la reclama para hacer mal uso de ella, en estos casos, tales actos son simplemente justos, porque existe igualdad con lo debido, si bien no pueden calificarse como actos de virtud, ni quien los practica puede decirse que es virtuoso*". Lo único importante, pues, desde el parámetro de la igualdad en las transacciones, era el resultado objetivo de la transferencia de riqueza. Y eran los bienes objeto de transacción los que, teniendo un valor desigual, debían ser medidos con motivo de la conmutación realizada. La transacción era justa, en definitiva, cuando cada una de las partes recibía un valor equivalente al del bien entregado. Y esto tenía dos importantes consecuencias sobre las instituciones fundadas en la justicia conmutativa —entre ellas, la responsabilidad civil—.

En primer lugar, y a diferencia de la "justicia legal" —que establecía los comportamientos humanos legales e ilegales, justos e injustos—, la justicia conmutativa no se ocupaba de la licitud de las acciones humanas, ni del correspondiente castigo y sanción de los comportamientos que entraban en contradicción con una prohibición concreta. La medida de la injusticia era únicamente la "razón formal de la deuda", es decir, el dato puramente objetivo de la pérdida y la ganancia producidas. Esta característica esencial determinaría que la neo-escolástica situara el origen de la institución resarcitoria, no en una regla general de comportamiento virtuoso, como obligación de no dañar a otro, sino en la noción puramente objetiva de igualdad transaccional. La quiebra de esta clase de igualdad podía producirse tanto con ocasión de un comportamiento lícito como de uno de carácter ilícito, actuando en ambos casos el remedio conmutativo como un mecanismo objetivo de reintegración de las titularidades antecedentes —y no como sanción del acto contrario a Derecho—.

La segunda consecuencia era que el remedio jurídico que restauraba la igualdad no requería, dentro del esquema de tradición aristotélica, de mediación legislativa o judicial alguna. A diferencia del castigo de los comportamientos ilícitos, que debía estar previsto en todo caso por la ley particular de cada Estado —y que debía ser concretado por el juez en cada supuesto de hecho—, los distintos remedios de justicia conmutativa se basaban únicamente en la medida objetiva de la ganancia y la pérdida generadas, exigiendo la íntegra satisfacción de la deuda contraída. Estos remedios fueron estudiados por la doctrina neo-escolástica bajo el concepto general de restitución.

## 3. LOS REMEDIOS CONMUTATIVOS: LA RESTITUCIÓN POR RAZÓN DE LA COSA Y LA RESTITUCIÓN POR RAZÓN DEL ACTO

### A. LA TEORÍA ESCOLÁSTICA DE LA RESTITUCIÓN

En el siglo II d. C. el jurisconsulto romano GAYO había utilizado la Ética a Nicómaco para ordenar sistemáticamente las transacciones de bienes —dando lugar, con ello, al Derecho de obligaciones—. La *summa divisio obligationum* se había inspirado, así, en la bipartición de las transacciones —voluntarias e involuntarias— mientras que las dos subcategorías delictuales —el *furtum* y la *iniuria*— eran reflejo de las nociones aristotélicas de la desposesión y el daño. Las acciones derivadas de un *delictum* podían ser ejercitadas, según

señalaba GAYO, para obtener el castigo de la ofensa —en cuyo caso eran acciones puramente penales— o para conseguir la restitución de la cosa —adquiriendo, en tal supuesto, una forma estrictamente reipersecutoria—. También el daño podía, por tanto, tener una tutela tendente a la pura restitución del perjuicio.

A principios de la Edad Moderna, cuando las fuentes romanas comenzaron a observarse desde una perspectiva más incisiva que la propia de los juristas medievales, se puso de manifiesto la relevancia de una tutela universal restitutoria situada fuera de los parámetros sancionatorios de la *actio legis aquiliae*. La escolástica tardía, alejada del estudio atomizado del Derecho según el sistema de acciones dispersas, centró su atención en la estructura de los remedios jurídicos, sirviéndose para ello de una teoría de la restitución que, en el ámbito de la teología, había sido previamente esbozada por TOMÁS DE AQUINO. El aquinate había alterado el sistema teológico medieval y había introducido el estudio de la *restitutio* —tradicionalmente situado en el ámbito de la penitencia— en el tronco general de la justicia conmutativa. Con ello, el tratamiento de esta figura teológica había perdido su significado represivo, su función expiatoria del pecado, y había pasado a convertirse, de acuerdo con las ideas aristotélicas, en un instrumento al servicio de la igualdad transaccional.

La tradición escolástica pudo distinguir, de este modo, dos formas de alteración de la situación objetiva de igualdad que coincidían, a grandes rasgos, con las dos clases de transacción involuntaria. Cada una de estas "desigualdades conmutativas" podía dar lugar, según los casos, a una modalidad diferente de restitución.

## B. LA RESTITUCIÓN "POR RAZÓN DE LA COSA" COMO ANTECEDENTE DE LA TUTELA RESTITUTORIA EN SENTIDO ESTRICTO

La restitución *rem ipsam* o *ratione rei* era, como expresa su denominación, la que tenía lugar por razón exclusiva "de la [titularidad de la] cosa misma", sin atender ni al acto que originaba la situación de desposesión ni a la buena o mala fe de la persona que tenía en su poder el bien ajeno. Siendo la desposesión una transferencia intersubjetiva de recursos, con plena correlación entre la ganancia y la pérdida generadas, este remedio conmutativo debía reintegrar las cosas transferidas al ámbito de dominio de su verdadero titular.

A los efectos de restitución *ratione rei* no importaba ni cómo se había producido la pérdida del bien ni si, con motivo de ella, había resultado violada una regla obligatoria de conducta; lo inadmisible era la situación objetiva de desigualdad que hacía que una persona tuviera más de lo que le pertenecía en detrimento de otra, que pasaba a tener menos. En las expresivas palabras de SOTO, esta modalidad restitutoria sólo debía tener en cuenta *"que la cosa arrebatada haya sido propiedad de su dueño* […]. *A ella nada le importa que tal cosa haya sido arrebatada justa o injustamente, voluntaria o involuntariamente*". Aparecía configurada, de esta forma, como una tutela remedial de naturaleza objetiva, desvinculada por completo de su hecho originario.

La desposesión podía, por tanto, ser el resultado de un acto previo de rapiña, de un equívoco casual o de una entrega inicialmente voluntaria y el nuevo poseedor podía no haber tenido intervención alguna en el hecho constitutivo del despojo; nada de esto afectaba, sin embargo, a la operatividad de esta forma restitutoria. El único elemento trascendente era que la cosa hubiera pasado al dominio de una persona sin título legítimo sobre ella. La quiebra de la igualdad transaccional se constataba, de esta forma, con una simple comparación de lo que estaba en poder de un individuo y lo que, en realidad, le correspondía con arreglo a los títulos vigentes. El tenedor del bien arrebatado, aunque no hubiera cometido ningún acto ilícito o reprochable, debía devolver la cosa ajena a la esfera de dominio de su propietario.

Esta modalidad restitutoria era, además, aplicable a toda clase de bienes. En la visión de DOMINGO DE SOTO, la justicia conmutativa obligaba a restituir no sólo las cosas materiales que conformaban el mundo externo, sino también las cosas físicas o espirituales que, por razón de Derecho Natural, integraban el dominio más inmediato del hombre. Restituir significaba, en un sentido amplio, "*colocar a uno de nuevo en su lugar y derecho*". Por tanto, siempre que fuera posible recuperar la situación de poder antecedente, podía procederse a la restitución del bien arrebatado, cualquiera que fuese la naturaleza del mismo. La restitución *ratione rei* también debía operar frente a la "desposesión" de bienes personales tan básicos como la propia libertad —de la que un individuo podía verse privado al ser reducido a servidumbre— o el honor individual —que podía ser objeto de despojo cuando se rompía, por efecto de una difamación, la conexión exigible entre los actos de una persona y su fama o estimación pública—. La obligación de restituir alcanzaba, en estos casos, a quien se encontraba en la posición jurídica más idónea. Era así que el nuevo dueño del esclavo, tan pronto como hubiera descubierto la ilicitud de la servidumbre impuesta, estaba obligado sin demora a devolver al siervo la libertad.

Los rasgos esenciales de lo que hoy llamamos tutela primaria o "restitutoria" —base de las acciones de naturaleza reipersecutoria, reintegradoras de derechos y de enriquecimiento injusto— quedaban, de esta forma, anticipados. La restitución por razón de la cosa tenía una naturaleza objetiva y no dependía de la existencia de un comportamiento injusto sino del desajuste existente entre los títulos en vigor y la situación fáctica de poder —o, lo que es lo mismo, de la desigualdad transaccional que hacía que un sujeto tuviera de más en detrimento de otro, que pasaba a tener menos—. La obligación de restituir alcanzaba a quien se encontraba, en ese preciso momento, en la posición más idónea para llevarla a efecto, aunque no hubiera participado, en modo alguno, en el acto constitutivo del despojo. La transmisión de la cosa arrebatada convertía, finalmente, a cada sucesivo adquirente en el nuevo obligado a restituir "por razón de la cosa".

## C. LA RESTITUCIÓN POR RAZÓN DEL ACTO COMO ANTECEDENTE DE LA TUTELA RESARCITORIA O INDEMNIZATORIA

A diferencia de la restitución *ratione rei*, la "restitución por razón del acto" dependía, en buena medida, de la fisonomía del comportamiento humano que generaba el menoscabo de riqueza. El obligado a restituir "por razón del acto" era el que había intervenido en la transferencia de recursos. No importaba, en este caso, que el bien desposeído o dañado ya no se encontrara en su esfera de poder; tampoco era relevante que no hubiera obtenido ningún beneficio tangible que pudiera considerarse equivalente al menoscabo. El autor del *furtum* o de la *iniuria* estaba obligado a restituir por otro tipo de ganancia objetiva, correlativa a la pérdida de la víctima, que consistía, de acuerdo con los principios morales del tomismo, en la realización de su voluntad unilateral sobre los bienes de otro.

En efecto, las acciones del hombre tenían, en la filosofía moral tomista, la consideración de "cosas" creadas por éste, de sustancias del mundo externo derivadas de la realización de su voluntad. No es de extrañar, por tanto, que TOMÁS DE AQUINO residenciara la ventaja del autor de un daño en la realización de su voluntad unilateral sobre los bienes de otro. El menoscabo de la integridad de una cosa constituía, en la visión del aquinate, una ganancia para su causante y una pérdida para su propietario. Si el daño se producía en el ámbito de dominio del titular del bien, la ganancia y la pérdida se anulaban, sin que existiera desigualdad transaccional. Si el daño, por el contrario, era ocasionado por una persona carente de título, el equilibrio antecedente quedaba roto, generándose la ganancia y la pérdida correlativas.

Los teólogos neo-escolásticos entendieron, desde esta perspectiva, que la regla *res pereat domino* era el mecanismo general de adjudicación de pérdidas de riqueza y, por tanto, de asignación de los costes de los daños. Los títulos de dominio sobre los bienes habían sido conferidos a los hombres —en el primer reparto de riquezas— para ordenar la interferencia de sus voluntades. Si una cosa perecía al servicio de su titular —estando sujeta a los fines particulares de su *dominus*—, la pérdida ocasionada no era más que un reflejo puntual de aquel reparto —y, por ello, una manifestación concreta de la justicia conmutativa—. En cambio, cuando el menoscabo era el resultado de la realización de los fines de otra voluntad distinta, la distribución de riqueza había de considerarse alterada, pues se había materializado una desigualdad transaccional. Debía examinarse el origen de la pérdida, las características del hecho que originaba el menoscabo. El remedio conmutativo del daño aparecía configurado, de esta forma, como una "restitución por razón del acto", una tutela *ratione acceptionis*, basada en la conexión existente entre el hecho causante del perjuicio y la voluntad de una persona distinta al *dominus* o propietario.

En el marco de esta forma de tutela, la posición jurídica del autor de la injuria era semejante a la del ladrón o el depositario que habían perdido la cosa ajena o la habían entregado a un tercero a título gratuito. Todos ellos debían restituir, no por su situación de poder actual sobre la cosa —como en la restitución *ratione rei*—, sino por la previa interferencia de su voluntad en la esfera de dominio ajeno —por razón del acto ejecutado sobre los bienes de otro—. La tradición jurídica aristotélica apuntaba, así, a los dos elementos principales que, junto a la exigencia de una conexión causal, debían guiar la operación adjudicativa del perjuicio: la inexistencia de un título jurídico —la injusticia objetiva— y la conexión teleológica del daño con los fines perseguidos por el agente —lo que hoy conocemos en el Derecho de Daños como "título de imputación"—.

De un lado, la injusticia del daño tenía, en la visión neo-escolástica del instituto, un carácter puramente objetivo. En palabras de DOMINGO DE SOTO, la *in-iuria* dependía "*no de la intención, sino del derecho*" del causante del perjuicio. El menoscabo causado sin la cobertura de un título era, en sí mismo, una injusticia conmutativa. Debía determinarse si la persona que había ocasionado la pérdida disponía de un título habilitante para actuar sobre la cosa ajena, pues sólo en ausencia —o al margen— de ese título, el daño podía considerarse injusto. Debía establecerse, de otra parte, si existía una conexión suficiente entre la pérdida ocasionada y el acto de voluntad que la había cristalizado. Este nexo de unión se detectaba, de acuerdo con la visión teleológica de ARISTÓTELES, a la luz del fin característico del acto. De ahí que no sólo la malicia y la negligencia permitiesen conectar el perjuicio con la voluntad de una persona; también podía observarse esa conexión cuando se llevaban a cabo determinadas acciones que, siendo neutras desde el punto de vista de la culpa, estaban dirigidas por una voluntad humana a la realización de sus fines particulares.

De este modo, la acción de daños se iba despojando de su anterior vestidura punitiva y comenzaba a ajustarse a una nueva lógica. El jurista debía determinar si la persona que actuaba sobre el bien dañado tenía algún título de derecho sobre el mismo —esto es, si esa porción de riqueza le había sido atribuida de algún modo— y si el perjuicio ocasionado respondía, en cierta manera, a la realización unilateral de su voluntad. Sólo quien había sido investido de un título jurídico podía servirse de un bien para alcanzar sus propios fines. Realizar la voluntad propia sobre los bienes de otro, fuera de los límites establecidos por un título de derecho, era tanto como apropiarse de una porción de riqueza ajena. Por ello, el verdadero titular de los recursos tenía derecho a la restitución de lo arrebatado. En este sentido, causar un daño a otro era, según señalaba SOTO, lo mismo que apoderarse de sus bienes

y resarcir era tanto como devolverle lo que se le había quitado.

Con estas bases, la obra jurídica neo-escolástica pudo enunciar un principio general de integridad resarcitoria. La reparación del daño había de ser "integral", no desde el punto de vista de la justicia vindicativa —como ocurría en las leyes antiguas—, sino desde la óptica de la igualdad en las transacciones. Como había señalado el aquinate, la compensación devolvía a la víctima al "*medio que era la justicia",* lo que se producía, en todo caso, cuando ésta tenía *"lo suyo, ni más ni menos*". El remedio conmutativo del daño debía ajustarse a la alteración del reparto de riqueza y, frente al equívoco de las normas primitivas, bíblicas y civiles —que habían obligado a la restitución de lo robado multiplicado por algún número—, lo propio de dicho remedio era, en palabras de SOTO, "*restablecer en la justa igualdad la desigualdad causada por lo robado, lo cual se consigue si devuelves tanto como has robado*". Todo lo que se debía pagar por encima de esta medida constituía, en realidad, una sanción.

Influido por esta perspectiva, GROCIO pudo entender, más tarde, que las obligaciones civiles no derivaban tanto de cada *delictum* romano, como de una desigualdad genérica que se verificaba a costa de los bienes ajenos. En caso de acaecimiento de un daño, debía existir una obligación general restitutoria dependiente de las características del hecho. Sobre esa base objetiva, el iusnaturalismo racionalista pudo construir, en los años posteriores, una *actio de damno dato* distinta a la *actio legis Aquiliae*. El resarcimiento había pasado a convertirse, con este cambio de paradigma, en una obligación general restitutoria, en una operación adjudicativa de pérdidas de riqueza. Esa misma mutación se produciría en la fisonomía del remedio conmutativo —que, en la visión neo-escolástica del instituto, habría de perder su carácter talional, adquiriendo, en su lugar, una naturaleza puramente compensatoria—.

## D. LA SUJECIÓN DEL PODER CIVIL A LAS REGLAS DE LA RESTITUCIÓN: LA OBLIGACIÓN DEL PRÍNCIPE DE RESARCIR LOS DAÑOS CAUSADOS A LOS CIUDADANOS

Los autores neo-escolásticos entendían que, como derivación de la justicia conmutativa, las reglas de la restitución no necesitaban, para su aplicación práctica, de mediación legislativa alguna. Tenían, más bien, una fuerza normativa intrínseca y quedaban convertidas de inmediato en normas vinculantes. Para DOMINGO DE SOTO, "*devolver a su dueño un depósito*" era "*simplemente necesario considerado en sí mismo* […]" del mismo modo que era "*un Derecho simplemente necesario*" el de pagar "*todo lo que se debe*". Cuando la deuda era cierta, la obligación de restituir no necesitaba "*esperar la sentencia del juez*" sino que brotaba *"de la misma ley*". Siempre se había de devolver, de acuerdo con la medida objetiva de la justicia conmutativa, otro tanto de lo que se había recibido. La tutela restitutoria tenía, de esta forma, un contenido propio, marcado por la medida del quebranto en la riqueza previa, y no necesitaba de mediación judicial alguna. La restitución era, pues, un principio natural —inderogable y autosuficiente— al servicio del Derecho de Gentes —y, por tanto, aplicable a todas las personas al margen de su nacionalidad o credo—.

Pero no sólo la ley civil quedaba sujeta al principio natural de restitución de lo debido. Éste también vinculaba al soberano, que estaba obligado a respetar las reglas de la justicia conmutativa. El poder público tenía la obligación de resarcir los daños que, en el ejercicio de sus potestades, causaba a cada uno de sus súbditos. Esta conclusión —que anticipaba una conquista jurídica formidable que sólo en tiempos recientes ha llegado a hacerse plenamente efectiva— se asentaba en una concepción del poder público completamente ajena a los planteamientos autoritarios que comenzaban a imponerse en el pensamiento político de la Edad Moderna.

La concepción tardo-escolástica de las potestades públicas se remontaba a las enseñanzas de FRANCISCO DE VITORIA, que había comenzado su *Relección sobre el poder civil* con una apelación al método aristotélico y a la obligación de buscar la naturaleza de las cosas de acuerdo con la causa final a la que están orientadas. También el poder civil debía, por tanto, ser estudiado siguiendo este método, tomando en consideración el fin para el que había sido constituido. Para VITORIA, el hombre, carente de las defensas físicas que Dios había otorgado a otras criaturas, sólo podía sobrevivir, dentro del orden natural, mediante algún tipo de estructura estable, basada en la ayuda mutua, que le permitiese superar su situación de fragilidad. La vida en sociedad era, así, indispensable para la defensa y la salvación de la especie humana. Y esa vida en sociedad exigía, por principio, la constitución de una república, en la que unos hombres se sometieran, de acuerdo con el sistema político imperante, a la potestad ejercida por otros hombres.

El fin de esta república era la consecución del bien común de todos los ciudadanos, lo que entrañaba dos importantes consecuencias. De un lado, significaba que las leyes humanas, dictadas por los gobernantes, sólo podían ser obligatorias en cuanto atendiesen a ese bien colectivo —lo que no era posible si violaban las reglas superiores del Derecho de Gentes—. De otro lado, suponía que los hombres que ejercían las potestades públicas —ya fuera en el seno de una sociedad democrática, de un principado aristocrático o de un sistema monárquico— habían de quedar sometidos a las leyes establecidas en utilidad de todos —dentro de las cuales se encontraban, en situación de preferencia, las que conformaban el *Ius Gentium*—.

Estas ideas generales habían sido desarrolladas por VITORIA en su *Relección sobre los indios*. En ella, el fundador de la escuela española había afirmado que el poder del soberano de un Estado, debiéndose al bien común de la república, no comprendía, en modo alguno, el dominio personal de los bienes de los súbditos —a los que, por tanto, no podía despojar de sus posesiones a su voluntad, ni siquiera cuando los afectados no profesaban la religión que el príncipe considerada verdadera—. Las ideas vitorianas, contrarias al pensamiento político dominante —que iba propiciando la construcción de un Estado de corte autoritario— marcaron el camino a los continuadores de la escuela. Para los autores neo-escolásticos, los reyes no eran dueños de los bienes de los ciudadanos; es más, ni siquiera podían disponer a su albedrío de los recursos que obtenían para el ejercicio de las tareas de gobierno. Igual que quien había aceptado un pacto privado, los monarcas quedaban sujetos a las obligaciones fijadas en sus propias leyes —establecidas en utilidad de todos— y los súbditos estaban llamados a cumplir su parte del pacto entregando, en forma de tributo, una determinada porción de su riqueza individual. No podían, por tanto, los gobernantes administrar estos bienes recibidos como si fueran propios, sino que debían destinarlos a remunerar adecuadamente el coste de estos servicios colectivos. Los cargos y los oficios estatales habían sido establecidos con la sola finalidad de prestar los servicios necesarios —como era, por ejemplo, el de administrar justicia—.

El jesuita MOLINA asimiló ese vínculo bilateral entre los gobernantes y los gobernados a un contrato de arrendamiento de servicios. En esa relación sinalagmática, el cumplimiento de las obligaciones legales de los oficiales públicos era debidamente retribuido por los ciudadanos conforme a la idea de justicia conmutativa. Para MOLINA tanto el príncipe como los demás funcionarios tenían arrendados sus servicios "*como si estuvieran contratados por la república para este fin*"; por esta razón, cuando cumplían con su obligación lo hacían por justicia conmutativa "*quedando obligados a resarcir los daños que se sigan del incumplimiento de sus obligaciones, lo mismo que cualesquiera otros particulares que arriendan sus servicios*". La misma idea había sido afirmada previamente por DOMINGO DE SOTO, para quien, siendo "las asigna-

ciones públicas de los ministros de la justicia […] bienes de la república, donde gobierna la república, y del rey, en donde hay reino; el rey debe a la nación, en virtud de la justicia conmutativa, ministros aptos a causa de los tributos con que contribuye, *y tiene obligación de reparar los daños, si no se les proporciona*". El incumplimiento de las obligaciones del soberano, establecidas en las leyes, se convertía, de este modo, en título de imputación del daño.

Esta visión del orden político introducía una relación de jerarquía entre los modelos aristotélicos de justicia. La justicia conmutativa se convertía en la clave de bóveda de todo el sistema de gobierno, mientras que la distributiva quedaba relegada a un papel meramente instrumental. Esto era especialmente visible en el ámbito del sistema tributario. La razón del tributo no era satisfacer "*la hinchazón de la soberbia o la sed de la avaricia*" de los gobernantes, ni tampoco equilibrar las riquezas de los gobernados —de modo que se pagaran impuestos los unos a los otros—. La única misión del instituto era afrontar el coste de las cargas colectivas bajo una regla general de necesidad. Una vez pagado el coste de los servicios públicos, el daño derivado del incumplimiento de los deberes del Estado obligaba al soberano, por razones de justicia conmutativa, a indemnizar los menoscabos causados a los ciudadanos.

Con la sujeción del poder público a las reglas de la justicia conmutativa las bases teóricas de la responsabilidad civil quedaban plenamente establecidas. Y el fundamento del resarcimiento era el mismo para todos los supuestos de daño, ya procediera éste de un contrato o de un evento extracontractual, ya fuera causado con culpa o sin ella, ya fuera realizado por un particular o por los agentes al servicio del poder público.

## 4. EL ECLIPSE Y EL REDESCUBRIMIENTO DE LA JUSTICIA CONMUTATIVA

### A. LA PURGA DE LOS FUNDAMENTOS ARISTOTÉLICOS Y LA PENETRACIÓN DEL VOLUNTARISMO EN EL DERECHO DE DAÑOS

Señalaba HUGO GROCIO en su *Introducción al Derecho holandés*, que las obligaciones civiles podían nacer de una promesa o de una desigualdad. La desigualdad generadora de la obligación civil podía consistir en la ganancia obtenida a costa de los bienes de otro o en las consecuencias derivadas de un hecho determinado; en el primer caso, debía restituirse el beneficio conseguido, sin que importara la manera en que se hubiera materializado, mientras que, en el segundo, la obligación de restituir dependía de las características del hecho del que surgía el desequilibrio. El autor de Denz se apartaba, de este modo, de la *summa divisio* de GAYO y sustituía las viejas nociones romanas, el "contrato" y el "delito", por dos nuevas categorías dogmáticas, la "promesa" y la "desigualdad". Se trataba, a todas luces, de dos conceptos de influjo tardo escolástico, edificados sobre las virtudes aristotélicas de la lealtad y de la justicia conmutativa. Lo mismo ocurría con las dos formas de desigualdad subrogadas, como fuente de obligaciones, en la posición que habían ocupado el *furtum* y el *damnum*. En ellas podía reconocerse, sin demasiado esfuerzo, la teoría general de la restitución de la tradición escolástica —con la restitución por razón de la cosa y por razón del acto—.

No es éste el lugar de rastrear, a lo largo de la literatura jurídica ilustrada, el recorrido y la transformación que sufrieron los conceptos aristotélicos. Basta la referencia al esquema de GROCIO para comprender el influjo que el pensamiento escolástico ejerció en la formación del Derecho Privado racionalista. Ni las obligaciones civiles en general, ni la *actio de damno dato* en particular, surgieron milagro-

samente de la nada sino que fueron, más bien, el último desarrollo de un laborioso proceso, de una larga tradición jurídica y filosófica que había logrado su primera síntesis en las obras de la escuela española. Los juristas del *usus modernus* cambiaron la perspectiva metodológica y sistemática —prescindiendo de los arcaísmos propios del escolasticismo— pero preservaron, en lo esencial, los fundamentos teóricos de la tradición precedente. Con ello, los autores ilustrados se apartaron de otro arquetipo jurídico, de signo voluntarista, que había sido concebido, también en la Edad Media, en el ámbito del nominalismo escolástico, la doctrina antagónica al tomismo.

Para el nominalismo medieval, el único conocimiento verdadero era el que versaba sobre los individuales. Todo lo que se situaba más allá de una realidad concreta era el objeto de pura y simple especulación. Las abstracciones universalistas eran meros nombres o, a lo sumo, realidades que sólo podían existir en el interior de la mente humana y que no era posible contrastar por medio de la experiencia. Las cosas del espíritu no podían conocerse por la presencia de ciertas cualidades —impresas, con carácter general, en la naturaleza racional del hombre—. Al contrario, quienes, como los autores tomistas, afirmaban que, mediante el uso de la razón natural, era posible distinguir lo bueno de lo malo sólo trataban de dar coartada filosófica a su propia arbitrariedad —escogiendo lo que debía ser considerado correcto de acuerdo con sus particulares intereses—. Las normas, éticas y jurídicas, no podían justificarse por la adecuación de su contenido a ciertos parámetros universales; por lo tanto, sólo debían ser acatadas por una razón externa a su contenido.

Esa razón externa era la autoridad de aquel que había dictado la norma. Así, las normas morales eran las órdenes emitidas con la autoridad de Dios y las normas del Estado los mandatos que plasmaban la voluntad individual del soberano. Algo era moralmente correcto, en la visión nominalista, no porque pudiera considerarse ajustado, de acuerdo con sus caracteres, a ciertos parámetros racionales; era bueno porque Dios mismo lo había ordenado de ese modo. Por idénticas razones, algo era jurídicamente obligatorio, no porque pudiera considerarse racionalmente apto para alcanzar los fines generales de la comunidad política, sino porque había sido ordenado por el príncipe. De ahí que los nominalistas —a diferencia de los teólogos de inspiración aristotélica— nunca acudieran al Derecho Romano para buscar en él un sello de la razón natural, un resto de la obra divina que pudiera servir de directriz universal de comportamiento. No había, en su opinión, más Derecho divino que las propias palabras de Dios —registradas en las sagradas escrituras— ni más Derecho humano que el dictado por la voluntad del príncipe —convertida, de ese modo, en ley—.

Con el tiempo, las doctrinas nominalistas dieron lugar, en el ámbito de la ciencia, a las nuevas corrientes filosóficas asociadas al empirismo. El estudio científico fue haciendo cada vez más evidente que el mundo no se componía, como había pretendido ARISTÓTELES, de sustancias universales al servicio de una causa final. La ética aristotélica —que estaba basada en esa anticuada comprensión del universo— fue perdiendo su anterior prestigio. En los siglos XVII y XVIII, los autores del iusnaturalismo racionalista fueron despojando al Derecho Privado de los conceptos de raigambre escolástica que tanto perjudicaban, a los ojos del público de la época, a la reputación de su obra jurídica. Los autores del *usus modernus* no trataban, con ello, de trasladar al ámbito del Derecho un nuevo paradigma epistemológico, de signo voluntarista; querían, simplemente, prescindir de todos aquellos conceptos que pudieran asociarse, de algún modo, a la vieja teología escolástica del medievo, considerada por ellos pre-científica.

En el siglo XIX, las escuelas alemanas continuaron el proceso de depuración conceptual. Como criticaba agudamente IHERING, esas corrientes jurídicas nacionalistas incurrieron en una contradicción flagrante —una contradicción que explica, en cierto modo, su inca-

pacidad radical de modificar las bases intelectuales del Derecho Privado—. Los juristas del *Volkgeist* buscaban el particular espíritu de los pueblos germánicos sirviéndose de un Derecho, como el romano, que era completamente ajeno a su historia. Por más que se invocaran enfáticamente el espíritu colectivo del pueblo, sólo un Derecho, como el romano, de vocación universalista había encajado adecuadamente en las necesidades del nuevo contexto económico. Los juristas alemanes de la *Pandektas* se limitaron, por ello, a recibir y perfeccionar el sistema doctrinal del *usus modernus*, sin alterar o sustituir sus viejas bases filosóficas. No hubo, a lo largo del siglo XIX, una aplicación sistemática de nuevos principios intelectuales —kantianos o hegelianos— a las categorías jurídicas de la tradición romanista. Se obró simplemente una purga, más o menos consciente, de las nociones de raigambre escolástica, cuyas aplicaciones jurídicas ya habían sido incorporadas, en la calidad de axiomas, a las definiciones elementales de los institutos privados.

El proceso de purga filosófica acabó produciendo efectos completamente inesperados —que llegaron a poner en peligro los logros consolidados en la tradición precedente—. Sin la guía de la filosofía aristotélica, los juristas occidentales carecían de las claves necesarias para descifrar el sentido de las instituciones legisladas. Esto propició la penetración en el Derecho Privado de nuevas corrientes doctrinales, irracionalistas y voluntaristas, que —inspiradas en los paradigmas dominantes en otras áreas de conocimiento, como la ciencia empírica o el pensamiento político— malentendieron sus institutos elementales. Todo el Derecho de obligaciones sufrió el envite de esta infiltración teórica.

Así, en el campo de las obligaciones contractuales, las teorías voluntaristas consideraron que los contratos no eran más que la manifestación puntual de la voluntad de cada una las partes. Desde esta perspectiva radical, no podía explicarse, en modo alguno, que un determinado tipo de contrato se ajustara, en la legislación vigente, a un haz de reglas y principios indisponibles. Sin los fundamentos aristotélicos y tomistas —que ponían la voluntad individual al servicio de la razón—, no era posible comprender que eran justamente esos contenidos obligatorios los que conferían a cada figura contractual una "forma sustancial" determinada —o, lo que es lo mismo, los que le otorgaban una estructura propia, capaz de armonizar, conforme a parámetros racionales, las voluntades dispares de las partes—. La mutilación de las bases aristotélicas dejó, pues, huérfano de sentido al Derecho de obligaciones contractuales.

Algo similar ocurrió en el ámbito de las obligaciones extracontractuales —y especialmente en el área del Derecho de Daños—. Eliminada la noción vertebral de la "justicia conmutativa", la responsabilidad civil dejó de ser explicada, tanto en el mundo continental como en el anglosajón, como un sistema objetivo de adjudicación de recursos —esto es, como un modelo de asignación de pérdidas de riqueza—. La visión puramente voluntarista —como evolución moderna del nominalismo escolástico— fue dando forma, en el continente europeo, a una concepción de la responsabilidad civil de corte puramente punitivo, en la que el resarcimiento del daño no era más que la sanción generalmente prevista para la violación culpable de ciertas reglas obligatorias de conducta —que prohibían, con efectos *erga omnes*, la injerencia en determinados derechos subjetivos—. Esa misma visión voluntarista fue gestando, en el Derecho Público continental, el peligroso dogma de la irresponsabilidad del soberano —que, por principio, no podía violar una ley que no era más que la expresión normativa de su voluntad—. El Derecho de Daños europeo fue convirtiéndose, así, en una especie de Derecho civil delictual, basado estrictamente en la culpa; un Derecho que no alcanzaba, en modo alguno, a los daños causados por el poder político.

En el ámbito del Derecho anglosajón —y en ausencia de un texto codificado que sirviera de cortafuegos a la expansión de las nuevas doctrinas—, la visión voluntarista de-

rivó en un puro constructivismo. Las distintas transacciones de bienes ya no tenían por qué acomodarse a la naturaleza racional y a la dignidad ética inherente al hombre. El Derecho de Daños podía ser movilizado, junto con el resto de las disciplinas jurídicas, al servicio de los fines superiores —generalmente económicos— del conjunto de la comunidad política. Cualquier proyecto teórico de conformación social podía aspirar a utilizar el Derecho Privado para la consecución de sus fines. Las nuevas corrientes "funcionalistas" —fuertemente influidas por el utilitarismo filosófico— trataron, así, de separar el instituto resarcitorio de la matriz de la justicia conmutativa. El contenido del remedio resarcitorio pasó a ser objeto de todo tipo de especulaciones experimentales que extendían o reducían el importe indemnizatorio más allá del límite marcado por el daño, según las necesidades generales del colectivo social. Con ello, la doctrina anglosajona se apartó de cualquier principio de integridad resarcitoria.

La frustración —a ambos lado del Atlántico— de las expectativas generadas por el voluntarismo jurídico hizo que, en la segunda mitad del siglo XX, se registrara un movimiento intelectual favorable a la recuperación de las ideas tradicionales del Derecho de Daños. Un movimiento que denunció la contradicción existente entre el Derecho legislado —en el caso continental— o los fundamentos jurisprudenciales —en el ámbito anglosajón— con las ideas punitivistas y funcionalistas imperantes. Veamos brevemente, para concluir este estudio, cómo se produjo esa recuperación doctrinal de un Derecho de Daños más sencillo, basado en la noción aristotélica de la justicia conmutativa. Esta cuestión requiere un tratamiento separado de la evolución del instituto resarcitorio en el ámbito del Derecho continental y en los sistemas jurídicos de *Common Law*.

## B. DERIVA PUNITIVISTA Y RETORNO A LA JUSTICIA CONMUTATIVA EN EL DERECHO DE DAÑOS CONTINENTAL

En los sistemas civiles de base francesa, el instituto resarcitorio se fundó, en el siglo XIX, en una regla general de indemnizabilidad de todos los daños causados de forma culpable. Esa cláusula general fue complementada, en los textos de los primeros "códigos civiles", por otras disposiciones normativas que dieron entrada a títulos de imputación más objetivos —títulos que, como el riesgo o el sacrificio, irían proliferando en las leyes civiles sectoriales—. Los juristas decimonónicos se aproximaron a estas normas legisladas desde una óptica que tendió a magnificar el papel de la culpa. Las reglas de la responsabilidad civil debían pivotar, en su opinión, sobre la reprochabilidad de un acto contrario al ordenamiento. De ahí que la cláusula general del sistema —que asociaba el resarcimiento a la presencia de un elemento subjetivo— fuera interpretada, desde el voluntarismo dominante, como el castigo previsto para la injerencia, antijurídica y culpable, en una situación de poder especialmente protegida.

De acuerdo con la "teoría de las normas", paradigma voluntarista del siglo XIX, la cláusula de indemnización por culpa era el predicado de un verbo contenido en otro enunciado jurídico. Para ser más precisos, se trataba la norma secundaria que fijaba la sanción aplicable a la contravención de la primaria —que establecía, a su vez, la correspondiente regla imperativa de conducta—. El incumplimiento de esa regla externa era, pues, el acto ilícito que daba lugar a la sanción resarcitoria. Por tanto, ésta sólo podía imponerse, a juicio de la doctrina decimonónica, si concurrían los requisitos objetivos y subjetivos de una figura delictiva especialmente tipificada:

1) En el plano objetivo, el daño propio de la "responsabilidad civil" ya no era contemplado como una alteración genérica del reparto de riqueza. Se trataba, más bien, del resultado

típico de un ilícito civil que no podía confundirse con otras hipótesis legales de daño resarcible. Así, la responsabilidad civil —en sentido estricto— nada tenía que ver, para los autores decimonónicos, con la violación culpable de un derecho de carácter relativo, surgido en el marco jurídico de un contrato. Lo propio de la "tutela aquiliana" era actuar allí donde ese nexo jurídico voluntario no existía. De ahí que la posición subjetiva violada hubiera de tener una eficacia universal o *erga omnes*. Donde no se había constituido el nexo bilateral de un contrato, debía acudirse a una regla prohibitiva universal, capaz de vincular por sí sola a todos los ciudadanos. Puesto que sólo las normas atributivas de derechos subjetivos absolutos daban lugar a ese deber general de abstención, sólo en ellas podía encontrarse la fuente de ilicitud de la sanción resarcitoria.

En suma, el comportamiento injusto propio de la "responsabilidad civil extracontractual" debía consistir en la violación de una norma atributiva de un derecho subjetivo de carácter "absoluto" —esto es, de un derecho que, como el de propiedad privada, estuviera dotado de una eficacia universal—. En un esquema similar al kantiano de "igual libertad individual", un derecho subjetivo absoluto llevaba aparejada una obligación general de abstención, una prohibición de injerencia dirigida al resto de los miembros de la comunidad política. Los derechos no absolutos eran situaciones jurídicas incompletas y perfectamente sacrificables. Como meras expectativas de riqueza, no admitían la protección resarcitoria al margen de lo dispuesto en una determinada figura contractual.

2) En el plano subjetivo, la lógica punitivista convirtió la culpa en el paradigma exclusivo del sistema resarcitorio. Desde la perspectiva voluntarista en boga, sólo el comportamiento culpable podía dar lugar a un castigo civil. Los supuestos de indemnización sin reproche debían ser entendidos como el resultado de un proceso de espiritualización o de presunción de la culpa; o, a lo sumo, como una reminiscencia legislativa de un viejo Derecho, más primitivo, que no había conocido el principio de culpabilidad. La pléyade de supuestos dispersos de responsabilidad objetiva constituía, por tanto, una pura anomalía, una desviación solamente explicable como excepción puntual —y meramente anecdótica— al régimen ordinario del Código o, tal vez, como una presunción legislativa que, por razones puramente pragmáticas, había eximido a la víctima del daño de la pesada carga de la prueba.

El Derecho de Daños continental quedó, pues, ceñido, como había ocurrido con la *actio legis aquiliae* romana, a los estrechos márgenes de una figura delictual determinada. Pero la manipulación voluntarista del instituto apenas pudo soportar la prueba de fuego de su aplicación práctica. En el tránsito al siglo XX, la propiedad inmobiliaria había perdido su carácter vertebral en el conjunto del sistema económico; la fluidez y la vitalidad del tráfico jurídico exigían soluciones cada vez más flexibles y dinámicas para los nuevos supuestos indemnizatorios. El resarcimiento no podía quedar circunscrito, en la práctica de los tribunales civiles, al ámbito exclusivo de los llamados "derechos subjetivos absolutos". Y tampoco los legisladores estatales, conscientes de los riesgos que empezaban a proliferar en las sociedades de la época —progresivamente tecnificadas y urbanas—, parecían dispuestos a someterse, sin más, al dogma culpabilista. Las nuevas regulaciones sectoriales —que comenzaban a establecerse fuera de las disposiciones del Código— requerían la introducción de títulos de imputación de una naturaleza marcadamente objetiva.

Tras la catarsis irracionalista de las dos guerras mundiales, un sector de la doctrina europea comenzó a denunciar la inconsistencia y la fragilidad de los patrones delictuales. El paradigma voluntarista había chocado obstinadamente con el rompeolas de la realidad cotidiana —que la doctrina decimonónica había tratado, en vano, de moldear a través de un complejo sistema de mandatos implícitos y de reglas imperativas de conducta que no estaban expresamente formuladas—. Después de todo,

quizá era cierto, como había defendido el realismo escolástico, que la vida social presentaba ciertos rasgos y atributos que no podían ser ignorados por las regulaciones jurídicas; quizá era verdad, en alguna medida, que la ordenación de las sociedades humanas debía ajustarse a ciertas reglas —generales, objetivas y sencillas— que los legisladores estatales —con toda la fuerza de su voluntad soberana— no podían marginar a través de sus mandatos.

Los anteojos voluntaristas habían centrado toda la atención de la doctrina en elementos de la responsabilidad civil que, en la realidad jurídica del siglo XX, se revelaban como puramente accidentales. Ni los supuestos de responsabilidad objetiva podían calificarse de anómalos o excepcionales ni el resarcimiento podía depender, en modo alguno, de la cualidad del "derecho" afectado por el evento dañoso. Estos elementos —que estaban ausentes en un elenco cada vez más amplio de daños resarcibles— habían oscurecido la relevancia del eje principal del instituto, que no era otro, según observaban las nuevas doctrinas, que el daño mismo, esto es, la alteración producida en el previo reparto de los bienes.

Debía, pues, reinterpretarse ese elemento capital del instituto de acuerdo con la óptica no sancionadora que era propia del Derecho de Daños. En efecto, y según explicaba RENATO SCOGNAMIGLIO (1968, pág. 634), la responsabilidad civil había sido despojada, en el tránsito a la modernidad, de su antigua vestidura punitiva. Los juristas modernos habían liberado a la acción romana de la *Lex Aquiliae* de las ataduras propias del concepto de delito. Se había llegado, así, en la codificación francesa y sus epígonos —como el Código italiano de 1865 y el español de 1889—, a un sistema legal de cláusula general. La manipulación decimonónica del sistema legislado obligaba a la doctrina del siglo XX a reanudar el camino que había sido indebidamente abandonado. Sólo acabando con la confusión existente entre la injusticia ligada a la idea de daño y la antijuricidad propia del Derecho Penal —esto es, sólo desligando la responsabilidad civil de toda misión represiva— el Derecho de Daños podría cobrar, otra vez, pleno sentido como método universal de adjudicación de pérdidas de riqueza. La doctrina pudo recuperar, de este modo, tres ideas fundamentales de la antigua tradición racionalista:

1) En primer lugar, se entendió que la injusticia propia de la responsabilidad civil no podía consistir en la violación culpable de un derecho subjetivo —esto es, en la realización de un acto *contra iure*— sino en la causación *non iure* de un perjuicio —esto es, en la ausencia de un título de Derecho que autorizase la producción del menoscabo—. Antijurídico o injusto, a efectos de resarcimiento, era el daño mismo —y no la conducta— en cuanto la víctima no tuviera el deber jurídico de soportarlo (García de Enterría, 1956, págs. 174 y 175). La vieja tradición racionalista que identificaba el perjuicio "antijurídico" con una forma genérica de "desigualdad" en las titularidad de los bienes, se reanudaba con un cierto giro argumentativo.

2) De otro lado, si la realización de un comportamiento contrario a Derecho no era un elemento esencial de la imputación del daño, tampoco podía considerarse imprescindible, a efectos de resarcimiento, que la conducta del dañante estuviera prohibida por el legislador. La situación jurídica afectada por el evento dañoso no tenía por qué revestir una eficacia general o *erga omnes* —que llevara aparejada, de acuerdo con la mentalidad decimonónica, una prohibición implícita de carácter universal—. El Derecho de Daños podía recuperar, así, su proyección general sobre toda la esfera de bienes del individuo —abandonando el marco estricto de los llamados "derechos subjetivos absolutos"—.

En realidad, los rasgos propios de la posición subjetiva afectada tenían mayor relevancia en otro tipo de acciones que —como las posesorias, reivindicatorias, cesatorias o inhibitorias— presentaban unos rasgos muy distintos a los que caracterizaban al Derecho de Daños. El supuesto de hecho de estas acciones

restitutorias era "*la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado*", no la causación de una pérdida de riqueza (Pantaleón, 1991, pág. 1972). La responsabilidad civil era un juicio eminentemente histórico —relativo a un hecho generador de un daño—, mientras que estas acciones civiles se fundaban en un juicio puramente "actual" —relativo a la contradicción existente, en ese mismo momento, entre la situación fáctica de poder y el título de derecho que se encontraba en vigor—. La acción restitutoria debía ejercitarse, no contra un determinado agente dañoso —como sujeto responsable de la producción del menoscabo—, sino "*contra quien en cada momento p[odía] jurídicamente poner fin a la situación lesiva del derecho*" (Pantaleón, 2000, pág. 440). La transmisión de esa particular posición subjetiva suponía la traslación a un nuevo individuo de la obligación jurídica restitutoria. Por eso, frente al contenido dinerario del remedio del daño, la tutela prestada por las acciones puramente restitutorias consistía en la cesación inmediata de la situación contraria al título vulnerado —o, en otras palabras, en el retorno a un estado de cosas compatible con el ordenamiento jurídico—.

La nueva doctrina civilista, situando la alteración de una posición subjetiva fuera del campo específico del Derecho de Daños, recuperaba, de forma sorprendente, la distinción escolástica entre las dos modalidades de tutela restitutoria: la que operaba por razón de la cosa —ahora identificada con las acciones de reintegración de una posición subjetiva— y la que tenía lugar por razón del acto —identificada, en pleno siglo XX, con la regulación positiva de la llamada responsabilidad civil o Derecho de Daños—.

3) La impugnación del paradigma voluntarista llegó, finalmente, al ámbito de los títulos de imputación. Puesto que el resarcimiento no era un "castigo indemnizatorio", derivado de la ilicitud del hecho, la adjudicación del daño a una persona distinta al titular del bien menoscabado no tenía por qué depender del criterio de la culpa. La regla *res pereat domino* —que, con carácter general, adjudicaba al propietario los deterioros que se producían en sus bienes— sólo podía ser alterada si existía una conexión suficiente entre el perjuicio ocasionado y la voluntad o los fines de otra persona distinta. La regla de indemnización de los daños culpables sólo ponía de manifiesto, según la nueva doctrina, que la culpa, en un sentido lato, era un título de imputación con eficacia general. Pero esto no significaba, en modo alguno, que fuera un título de imputación exclusivo. Existían también otros títulos de imputación legislados, como el riesgo y el sacrificio, que permitían, en casos determinados, el resarcimiento de perjuicios producidos de forma no culpable. Todos estos supuestos —en cuanto conectaban los perjuicios con voluntades o con fines distintos a los del titular del bien— respondían al mismo fundamento que la culpa: el bien había perecido, en el caso concreto, al servicio de un sujeto distinto a su legítimo titular.

La culpa, el riesgo y el sacrificio condensaban, por tanto, en grandes paradigmas de justicia, los criterios normativos que, de acuerdo con la legislación vigente, permitían adjudicar el daño a una persona distinta al titular del bien menoscabado. Si, de acuerdo con el Derecho en vigor en un sector del tráfico jurídico, concurría alguno de los títulos de imputación admitidos, el coste económico del daño debía transferirse de quien lo había sufrido a quien —normativamente— podía ser considerado responsable. Si no concurría ninguno de ellos, la pérdida ocasionada debía recaer, conforme a la regla general de autorresponsabilidad prevista en el ordenamiento, sobre el propio individuo lesionado. En uno y otro caso, aplicadas correctamente las normas legalmente establecidas, el instituto resarcitorio cumplía con las exigencias derivadas de la idea de la justicia conmutativa, llamada a dar a cada uno lo suyo.

La justicia conmutativa era, otra vez, el fundamento último al Derecho de Daños. Incluso en las doctrinas jurídicas que, como la alemana, no habían estado limitadas por un sistema codificado de cláusula general —y que, por esta razón, habían abrazado con especial

entusiasmo el paradigma voluntarista— se empezó a reconocer el papel que esta vieja noción aristotélica desempeñaba en el conjunto del sistema resarcitorio. Según precisaba KARL LARENZ (1987, págs. 423 y 424), en su monumental obra sobre el Derecho de obligaciones, el deber de prestación general consistente en la "*indemnización del daño*" no estaba llamado a cumplir una finalidad represiva sino una misión compensatoria —que representaba "*una exigencia de justicia conmutativa*"—. Por más que la prevención de nuevos perjuicios pudiera ser un "*efecto accesorio*" de la acción de daños, la función normativa de este instituto no era la de conseguir un efecto disuasorio determinado. La víctima del daño debía recibir el importe estricto del perjuicio sufrido, y ni más ni menos que ese concreto importe. De la justicia conmutativa se llegaba, así, como había ocurrido en el pasado, a un principio general de integridad resarcitoria.

## C. "ECLIPSE Y REDESCUBRIMIENTO" DE LA JUSTICIA CONMUTATIVA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Quizá es en el ámbito del *Common Law* donde mejor puede apreciarse, tras un largo período de abandono, la recuperación de la fuerza conceptual de la justicia conmutativa. Desde las últimas décadas el siglo XX, esta idea aristotélica se ha convertido en el centro de la discusión académica anglosajona sobre la responsabilidad civil. En palabras de Ernest J. WEINRIB (2001, pág. 108) puede decirse que estamos ante la historia de un eclipse y un redescubrimiento.

El eclipse tuvo lugar a mediados del siglo XIX. Hasta entonces, la justicia conmutativa había sido una pieza básica implícita en las instituciones elementales del Derecho Privado anglosajón. La irrupción de las concepciones instrumentales o funcionalistas supuso un cambio radical de panorama. El bienestar colectivo pasó a desempeñar un nuevo papel en la resolución de conflictos individuales; un papel que GEORGE FLETCHER (1972, pág. 539) sintetizó magistralmente en el siguiente interrogante ¿debían los jueces resolver las disputas de Derecho Privado, como habían hecho hasta entonces, atendiendo exclusivamente a las peticiones y los intereses de las partes implicadas en el proceso, o debían contemplar el conflicto surgido entre dos individuos como una oportunidad de favorecer la satisfacción de los intereses generales de la comunidad política?

Las nuevas doctrinas funcionalistas se decantaron claramente por la segunda opción. A su modo de ver, el Derecho Privado en general, y el Derecho de Daños en particular, eran campos de experimentación jurídica al servicio de las metas sociales más diversas. La atención de la doctrina debía centrarse en la utilidad externa de la ordenación normativa, esto es, en la posibilidad de promover, a través del Derecho, la consecución de determinados objetivos generales de la colectividad. Con un designio claramente arbitrista, el funcionalismo pretendía poner en marcha un ambicioso plan de ingeniería social en el que cada individuo debía ser estimulado, utilizando las herramientas del Derecho —el palo y la zanahoria que estaban en manos del juez— a contribuir de forma instrumental a la consecución de los fines que eran comunes a todos. El Derecho de Daños no era más que una pequeña pieza de ese complejo ajedrez; una pieza cuya utilidad estribaba, únicamente, en su capacidad de favorecer o frustrar, con los incentivos o las disuasiones idóneas, la consecución de los objetivos generales.

La concepción funcionalista, que muy pronto se hizo dominante, supuso un giro copernicano en la comprensión de la responsabilidad civil. El interés de la doctrina pasó a centrarse, prácticamente en exclusiva, en los supuestos indemnizatorios derivados de la culpa. Ese modelo de imputación subjetiva parecía el más favorable a la implantación de los incentivos y disuasiones que podían servir para condicionar el comportamiento humano —y para hacerlo más acorde a un paradigma social determinado—. Todos esos estímulos y

amenazas debían condensarse, después, en una concreta suma dineraria, llamada a obtener, por sí sola, el efecto conjunto perseguido; una suma cuyo importe podía situarse, según los casos, por encima o por debajo del estricto valor del menoscabo. Se aplicó, así, la más pura ingeniería económica a la optimización teórica del importe indemnizatorio.

Este fue, sin embargo, un esfuerzo intelectual baldío. En las plásticas palabras de E. J. WEINRIB (1989, pág. 487), cada nueva contribución al análisis económico del Derecho de Daños añadía una nueva planta a un edificio cuya base hacía tiempo que se había tragado la tierra. La estructura bilateral de la disciplina resarcitoria —que cerraba el paso a los juicios valorativos sobre las necesidades colectivas— no podía desaparecer sin que lo hiciera el Derecho de Daños mismo. Lo propio de esta disciplina era establecer una suma dineraria única que fuera entregada por el autor del perjuicio a la persona que había sufrido el menoscabo. El mecanismo compensatorio parecía, a todas luces, demasiado simple como para albergar en su seno las prolijas operaciones económicas propuestas por los autores de la doctrina funcionalista. La necesidad de conciliar, en una sola suma, el conjunto de incentivos y disuasiones concurrentes generaba numerosos interrogantes, muchos de ellos difícilmente resolubles.

Así, si la indemnización se entendía como la sanción idónea para prevenir los futuros comportamientos negligentes ¿por qué había de conciliarse su importe con las necesidades reparatorias de la víctima? Si la culpa del agente requería una sanción inferior al importe estricto del perjuicio ocasionado ¿por qué debía atenderse el interés particular del dañado en la recuperación de su situación anterior? ¿No se corría el riesgo de entorpecer en exceso la fluidez del tráfico jurídico? ¿No se disuadían desproporcionadamente conductas escasamente nocivas?

Sin embargo, si la víctima era la única persona que, de acuerdo con el ordenamiento procesal civil, estaba legitimada para actuar ante el juez como fiscal privado del comportamiento culpable, debía ser incentivada adecuadamente con la expectativa de un premio económico importante. En tal caso, ¿cómo podía conseguirse que la cantidad idónea para provocar la actuación fiscalizadora de la víctima coincidiera, en una sola suma, con el importe necesario para disuadir la actuación negligente del dañante? ¿Cómo se conseguía esa coincidencia sin coartar en exceso, con un castigo indemnizatorio desmedido, la fluidez del tráfico económico? ¿Cómo podía asegurarse, en definitiva, que una suma indemnizatoria única compensara el perjuicio, incentivara la acción civil de la víctima, disuadiera el comportamiento descuidado y no trabara en exceso el fluido desarrollo de la vida social? ¿Era posible atender todos estos fines en conflicto, sumamente complejos, a través de un remedio jurídico tan simple y rudimentario como la transferencia directa de una sola cantidad económica de un individuo a otro?

Desde luego, la solución no podía consistir —al puro estilo del nudo gordiano— en romper la dinámica bilateral del instituto. Si el agente del perjuicio, en lugar de pagar la suma indemnizatoria a la víctima, la entregaba al Estado, la regulación de la responsabilidad civil pasaba a situarse en el ámbito propio del Derecho sancionador. Si era la víctima la que, en cambio, recibía esta suma de un tercero, ajeno al evento dañoso, se llegaba al sistema de cobertura que era propio del contrato de seguro. Si era, finalmente, el Estado el que cubría el importe dinerario del perjuicio, la regulación legal se situaba en el campo de la previsión social —y pasaba a responder a su lógica de solidaridad redistributiva—. Todos estos mecanismos jurídicos podían concurrir con el Derecho de Daños en la regulación de un mismo ámbito de la vida social —como la circulación de vehículos de motor o el resarcimiento de las víctimas de delitos violentos—; pero el problema no era la coexistencia de esas reglas heterogéneas —cada una en su propia esfera— sino la artificiosa pretensión funcio-

nalista de convertir los elementos propios del Derecho de Daños en subrogados de esos otros sistemas jurídicos —intentando, por ejemplo, transformar la suma indemnizatoria en una sanción privada del dañante o en una cobertura solidaria de cualquier perjuicio sufrido por la víctima—.

Las más elaboradas teorías funcionalistas llegaron, de este modo, a un callejón sin salida. Algunos autores, constatando que la estructura del Derecho de Daños no se adaptaba fácilmente a las manipulaciones estructurales que, a su juicio, resultaban imprescindibles, se adscribieron al abolicionismo. En su opinión, era más práctico construir, desde cero, una nueva herramienta jurídica que persiguiera, de forma coherente, los diversos fines sociales que se consideraban beneficiosos. Otros autores llegaron, en cambio, a una conclusión irónica: la suma indemnizatoria ideal para la obtención de los fines sociales más deseados era, en realidad, el importe estricto del daño producido. Era, en verdad, una conclusión llamativa después de tanto esfuerzo argumentativo de contrario. La hegemonía de las doctrinas funcionalistas tenía los días contados.

La reacción de la doctrina anglosajona frente a los excesos funcionalistas llegó también en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo a partir de los años 70 de dicha centuria. Entonces, un nuevo —y cada vez más nutrido— grupo de autores se desmarcó del paradigma funcionalista y comenzó a contemplar el Derecho Privado como una disciplina fundamentalmente basada en la "justicia" (*fairness*) y no en la "utilidad" (*utility*). Este sector doctrinal dio una respuesta distinta al interrogante que FLETCHER había planteado sobre la manera en que debían resolverse los conflictos individuales. Las piezas que componían del Derecho de Daños estaban basadas en una dinámica bilateral que no podía ser manipulada con técnicas de laboratorio. El Derecho de Daños no podía confundirse con un Derecho de accidentes o de lesiones —ámbitos objetivos que podían regularse desde perspectivas jurídicas diversas, como la del Derecho Penal o la del aseguramiento contractual obligatorio—. En otras palabras, el Derecho de Daños no podía confundirse con su objeto de regulación. Como instituto jurídico, la sustancia de esta disciplina legal era, en realidad, una particular actividad regulatoria, basada en un modelo bilateral de adjudicación de recursos privativos.

Ese método adjudicativo bilateral, identificado con la idea de la justicia conmutativa, pertenecía, pues, a la esencia misma del Derecho de Daños. Reivindicando ese concepto aristotélico de justicia, autores como ERNST WEINRIB o JAMES GORDLEY han conseguido recuperar el sentido originario del Derecho de Daños actual —como proceso de atribución de pérdidas de riqueza en el que conviven armónicamente los títulos de imputación subjetivos con otros de índole objetiva, y en el que, conforme a la idea de integridad resarcitoria, el mecanismo reparatorio se acomoda siempre a la alteración producida en el reparto de riqueza—. La determinación del significado de estas teorías, como vuelta a la tradición escolástica y racionalista, y su proyección sobre el principio de la reparación integral del daño deben ser objeto otro estudio distinto.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

AQUINO, Tomás, *Comentario a la Ética a Nicómano de Aristóteles*, Eunsa, Navarra, 2010.
ARISTÓTELES, *Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
FLETCHER, George P., "Fairness and utility in tort theory", *Harvard Law Review,* nº 85, enero 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*; se cita la edición, facsímil de la publicada por Instituto de Estudios Políticos en 1956, de Thompson-Civitas, 2006.
GILSON, Étienne, *El tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Ediciones Desclée de Bronwer, Buenos Aires, 1951.
GORDLEY, James, *The Philosophical origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, Oxford, 1991 (reimpresión de 2011).
GROSSI, Paolo (dir.), *La seconda scolastica nella formacione del Diritto Privato Moderno*, Giuffrè, Milán.
GRUNERT, Frank y Seelmann, Kurt (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2001.
IHERING, Rudolph, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 2011.
JANSEN, Nils, "Estructura de un Derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna", en *Indret*, nº 128, Barcelona, abril de 2003.
LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, Beck, Munich, 1987.
MEDINA ALCOZ, Luís, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur-Menor (Navarra), Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
MOLINA, Luis, *Los seis libros de la Justicia y el Derecho,* 1941-1943.
PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Comentario al artículo 1902", en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; del mismo autor "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También de las Administraciones Públicas", en Moreno Martínez, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
SCHLESINGER, Piero, La «ingiustizia» del danno nell`illecito civile", *Revista di Scienze Giuridiche*, Facoltà di Giurisprudenza, Università Catolica del Sacro Cuore.
SCOGNAMIGLIO, Renato, Voz "Responsabilidad Civil", en Azara, A y Eula, E., *Novissimo Digesto Italiano*, t. XV, Utet, Turín, 1968; del mismo autor "Apunti sulla nozione di danno", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.*
SOTO, Domingo, *De la Justicia y del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
VITORIA, Francisco, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, Tecnos, Madrid, 2007.
WEINRIB, Ernest J., "The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law", en Valparaiso *University Law Review*, volumen 23, número 3, 1989.
WEINRIB, Ernest J., "Correlativity, personality and the emerging consensus on corrective justice", en *Theoretical Inquiries in Law*, enero, 2001.
ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Uniersity Press, Nueva York, 1996.



**Fecha recepción: 15/08/2013**
**Fecha aceptación: 21/10/2013**