

InDret

***Bases conceptuales del derecho delictual
propuestos por el Grupo de Estudio para un Código
Civil Europeo***

Dr. Stephen Swann
Institut für Internationales Privatrecht u. Rechtsvergleichung
Universität Osnabrück

Working Paper n°: 130
Barcelona, abril de 2003
www.indret.com

Sumario

- 1. Introducción**
 - 1.1 Punto de vista personal**
 - 1.2 ¿Derecho delictual o derecho de daños?**
- 2. La propuesta del Grupo de Estudio**
 - 2.1 Ámbito material de aplicación y relación con otras áreas del Derecho**
 - 2.2 Un sistema unitario**
 - 2.3 Los elementos de la reclamación**
 - 2.4 Daño jurídicamente relevante**
 - 2.5 Imputación (incluyendo el incumplimiento de un deber legal)**
- 3. Crítica**
 - 3.1 Ámbito de aplicación y relación con otras áreas del Derecho**
 - 3.2 Daño jurídicamente relevante**
 - 3.3 Imputación**
 - 3.4 Causalidad**
- 4. Conclusión**

1. Introducción

1.1 Punto de vista personal

Este trabajo trata de dar noticia de los conceptos y de las propuestas básicas que ha adoptado o está desarrollando (al menos, hasta la fecha) el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo destinadas a elaborar los “Principios Europeos de Derecho de Daños”. A pesar de ser un miembro del Grupo de Estudio y de haber contribuido a su trabajo, debe destacarse que las siguientes ideas se ofrecen no en calidad de representante de la actual propuesta, sino (con una profunda sensación de conflicto de intereses) como un analista crítico. Confieso que personalmente no estoy convencido del hecho de que la presente aproximación, incluso en sus fundamentos, sea la mejor que podría adoptarse. Mi esperanza es que, en tanto las siguientes consideraciones manifiesten un posicionamiento crítico, los mayores concedores del derecho de daños puedan convencerme de que mis dudas están mal fundadas. Si, por otro lado, estoy exponiendo simplemente preocupaciones obvias que otros también comparten, entonces espero que también ellos unan su voz para contribuir satisfactoriamente a su revisión y mejora.

Como un aspecto positivo, que con optimismo también emerge en las siguientes líneas, debe admitirse, de entrada, que la noción que podría adoptarse por cualquier aproximación o estructura nacional de las normas de derecho de daños implicaría de forma patente un craso desprecio de los hallazgos de diferentes defectos en los diversos sistemas jurídicos nacionales. El primer y fundamental paso es desarrollar una nueva combinación de herramientas jurídicas y, en

este sentido, la propuesta reconoce directamente que ha de haber nuevas ideas en este campo si pretende un conjunto de instrumentos más sólido y menos imaginario que realmente funcionara en su aplicación con un alcance paneuropeo.

1.2 ¿Derecho delictual o derecho de daños?

Como observación preliminar de carácter incidental, debo mencionar que en la versión inglesa del articulado, nos hemos referido a los principios como conformadores del *Tort Law* (derecho de daños) en lugar del *Law of Delict* (derecho delictual), hecho que no es consecuencia de la elección del lenguaje del derecho inglés y no del escocés. En mayor o menor medida, el matiz de los términos legales traslada (o al menos intenta trasladar) sus concretas connotaciones a la esencia de los principios formulados. El lenguaje es en ocasiones un elemento jurídico de tal importancia que delimita el sentido del derecho que plasma. Afortunadamente, esto no sucede cuando lo que se pretende es nombrar un área del derecho en su conjunto. Ninguno de los ordenamientos jurídicos europeos dispone de un término ideal para definir lo que sus normas representan y engloban, lo que implica que se preste atención al problema de permitir o no al lenguaje determinar su ámbito de aplicación. Delictual, con su vinculación al derecho penal, se considera un término inapropiado para gran parte del derecho de daños, que atribuye responsabilidad sin un reproche moral o con base en una culpa leve – en otras palabras, el sentido de reprochabilidad como incumplimiento de la prevención de un daño impuesta legalmente a un individuo. La noción alemana de *unerlaubte Handlung* engloba lo que de hecho es una conclusión y no un punto de inicio, puesto que es usual que un determinado comportamiento sea sancionado por responsabilidad extracontractual, lo que en primer lugar nos lleva a calificarlo como una conducta cuya realización está prohibida por el derecho privado. El término legal danés *Erstatningsret* concede, en cierta medida, especial importancia a un remedio (reparación) que tiene una gran relevancia incluso más allá de los parámetros del derecho de daños. Puede realizarse una consideración similar del término sueco *Skadeståndsrätt*, vinculado con la idea de indemnización. Al centrarse en la indemnización y en la reparación la atención se dirige a aspectos centrales del derecho de daños, aunque estos elementos también están presentes en otras áreas del derecho privado. La indemnización, por ejemplo, no es sólo relevante en el derecho de contratos, sino que también lo es –aunque quizás derivada de una comprensión errónea del empobrecimiento o perjuicio– en algunos ordenamientos europeos en el ámbito del enriquecimiento injusto¹. Incluso la noción de “responsabilidad civil extracontractual”, utilizada por los lenguajes legales de origen románico, refleja en cierta medida la idea de imputabilidad (que constituye un rasgo presente en todo el derecho de obligaciones) en un escenario definido de forma negativa (no contractual). Realmente no existe una denominación breve e ideal que comprenda todo el alcance de la responsabilidad no contractual, basada en la reparación del daño causado. Quizás el jurista inglés, al estar acostumbrado a la obtusa y arcaica noción de *Tort*, sea el más consciente de que está operando en un campo del derecho no definido lingüísticamente de una forma clara.

¹ Cf. art. 6:212(1) BW.

Si existe algún punto importante a destacar de esta inoperante combinación entre continente y contenido, es el del desarrollo del derecho delictual a lo largo del último siglo, que ha experimentado una gran expansión de la responsabilidad y (por ejemplo, en el aumento de regímenes legales de responsabilidad objetiva) un cambio parcial en su análisis. De esta forma, no debería sorprendernos si algunos de los instrumentos o estructuras conceptuales usados no están desfasados de la misma forma con respecto a las funciones que cumplen, por lo que resulta necesario su modificación o reemplazo.

2. La propuesta del Grupo de Estudio

2.1 Ámbito material de aplicación y relación con otras áreas del Derecho

Debe considerarse, como punto de partida, que el Grupo de Estudio concibe su propuesta sobre derecho de daños como parte de un todo. Se intenta construir un pilar fundamental con un cuerpo de principios (potencialmente, una codificación) relacionados con lo que comúnmente denominamos derecho patrimonial, esto es, aquellas áreas del derecho privado más directamente vinculadas con la actividad comercial o económica. Paradójicamente, estos límites en la perspectiva aparecen reiterados en el texto de la propuesta. En primer lugar, sólo hace referencia a lo que se podría denominar derecho privado de daños. Así, se excluye del ámbito material de la misma el derecho de daños administrativo o público –por ejemplo, responsabilidad por funcionamiento anormal o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en el derecho público y ejercitadas por una autoridad de derecho público–: véase el art. 8:203². Ello supone, obviamente, una importante restricción, aunque también es una consecuencia lógica de haber adoptado un enfoque de derecho privado y del deseo de formar un mínimo de normas para regular los derechos patrimoniales entre ciudadanos y comerciantes, que sirviera de base para la total implementación del mercado interno y de complemento jurídico para el efecto integrador de la moneda común.

En segundo lugar, a efectos de nuestro trabajo es previsible que ámbitos jurídicos como el derecho de familia y el de sucesiones continúen rigiéndose por los diferentes ordenamientos nacionales. Debe tenerse en cuenta que un derecho de daños armonizado se verá reforzado por regulaciones nacionales ajenas a la legislación sobre obligaciones contractuales y extracontractuales, que resuelven, a su modo, problemas de derecho de daños mediante principios generales. La propuesta permite una compatibilidad general de acciones (art. 1:102(2)), así como la posibilidad de otorgar prioridad a normas nacionales más especializadas (art. 1:102(1)). Sólo un análisis muy detallado de los posibles puntos de conflicto entre las normas de derecho privado no armonizadas y los principios del derecho de daños pondría de manifiesto si la segunda de las concesiones mencionadas podría amenazar con resolver en la práctica casos

² El sistema de numeración adoptado por los artículos propuestos por el Grupo de Estudio sigue el modelo que utilizó la Comisión de Derecho Europeo de Contratos al redactar los “Principios de Derecho Europeo de Contratos”. En el art. *c. saa* la letra *c*, anterior a los dos puntos, se refiere al número de capítulo, la primera letra posterior a los dos puntos (*s*) hace referencia al ordinal de la sección dentro del capítulo y las dos últimas letras (*aa*) lo hacen –en orden cronológico, empezando por el 01 y acabando, teóricamente, en el 99– a los artículos dentro de esa sección.

importantes mediante normas de derecho de daños marginales y meramente subsidiarias. Como cuestión de principio, es ciertamente inusual (y descartado por las políticas europeas) entender que la legislación nacional pueda ser capaz de desplazar la aplicación de un derecho armonizado. Teóricamente, ello posibilitaría que la legislación nacional menguase el derecho de daños armonizado (y reinstaurase, por la puerta de atrás, el derecho de daños nacional) mediante el simple mecanismo de disfrazar normas como residuales de otras ramas del derecho privado y así reubicarlas fuera del derecho de daños, por ejemplo, incluyéndolas en el derecho de familia. Puesto que tanto el derecho de contratos como el de obligaciones extracontractuales están sujetos a principios generales comunes según el Grupo de Estudio, los peligros de la mencionada estrategia no son muy considerables. Además, sólo una pequeña parte del derecho de daños puede transformarse en derecho de familia o en derecho de sucesiones.

Un tercer aspecto es la imposibilidad de establecer un derecho penal común. Ello quedó patente de forma clara cuando el Grupo de Estudio analizó las reglas de la propuesta sobre difamación. Así, fracasó el intento de prever una responsabilidad por daños parasitaria de un delito penal, que se preveía en el art. 2:204 de la primera propuesta, tomando como modelo el § 823 II del derecho alemán. Este fracaso no fue consecuencia de la dificultad de determinar en qué circunstancias o qué parte de la normativa penal debía cumplir la finalidad de proteger a los individuos (en vez de cumplir, por ejemplo, la función de prevención del desorden público). El problema era, sin embargo, que en algunos ordenamientos (por ejemplo, el escocés) el derecho penal no desempeña una función de este tipo, y con el modelo alemán tampoco se habría conseguido la protección del individuo. Embarcarse en un derecho de daños basado en normas no armonizadas y ajenas al derecho privado es, sin duda, iniciar una aventura llena de insuperables dificultades. Al final, la propuesta ha optado por una solución intermedia: existe una norma “intrínseca” de derecho de daños (art. 2:204), que confirma la responsabilidad por información incorrecta, y una norma suplementaria (art. 2:203), que también reconoce responsabilidad por daños en caso de difamación cuando así lo determine el derecho nacional. Dependerá entonces de los derechos nacionales determinar cómo se establece esta responsabilidad extracontractual “extrínseca” por difamación. Así, en algunos sistemas, esta responsabilidad continuará atribuyéndose al ámbito del Derecho penal, mientras que en otros dependerá de un *tort* independiente.

2.2 *Un sistema unitario*

Uno de los principales problemas al establecer principios comunes europeos de derecho de daños es el de construir una estructura sólida que soporte a aquéllos. Obviamente, éste no es un problema exclusivo del derecho de daños, aunque si mayor que en el derecho de contratos, en el que, al menos, existen algunos conceptos comunes ampliamente compartidos (como oferta y aceptación), pese a tener otros un uso diferenciado. El problema aparece también en la regulación del enriquecimiento injusto, sobre la que no todos los ordenamientos disponen, por ejemplo, de un régimen diferenciado para la *condictio indebiti*. Urge una primera tarea -como es construir un marco que pueda abarcar los diferentes enfoques nacionales- y no sólo porque los diferentes sistemas no son compatibles automáticamente sino porque las vinculaciones a las viejas formas

de pensar deben superarse necesariamente en cierta medida. Lo conocido debe mostrarse otra vez con una nueva presentación que no lo desdibuje y lo desconocido ha de ser también fácilmente comprensible (incluso para los no especialistas) y convincente como un buen mecanismo para la solución de problemas. El reto de esta tarea se infraestima fácilmente. La crítica a la presente propuesta del Grupo de Estudio, con la que se pretende incitar un correcto análisis, debe realizarse partiendo de un transfondo de éxito.

Como jurista inglés, para identificar la amplitud de la propuesta del Grupo de Estudio, me gustaría empezar con la decisión más importante que se ha tomado –a saber, el intento de construir un sistema unitario de responsabilidad. Puede existir una pequeña duda, creo, sobre sí, en el caso de tener que rediseñar el derecho de daños desde cero, debería seguirse el modelo inglés (e irlandés) –un gran número de fuentes de responsabilidad, algunas demasiado estrechas en su alcance y centradas en concretos intereses protegidos (como la inmisión y el creciente daño por injerencia en la esfera privada de un tercero), otras (como la negligencia) omnicomprensivas por naturaleza y únicamente definibles por el elemento de la imputabilidad del daño o de la lesión causadas. Independientemente de los méritos prácticos de las normas sustantivas, como sistema general es muy poco coherente, carece de una orientación consistente hacia la protección de intereses identificables y no asegura una protección legal plena (como queda patente en el desarrollo actual de los derechos de privacidad y confidencialidad, ajenos a las fuentes de responsabilidad tradicionales en el *Common Law*). En ocasiones, el derecho inglés parece tener una resistencia casi implacable a la sistematización de las fuentes de responsabilidad, pues las categorías clásicas ya están consolidadas; por ejemplo, el *Law Reform Committee* realizó una propuesta poco revolucionaria de crear un *tort* específico para la injerencia ilegítima en el uso de bienes muebles³, que nunca encontró su hueco en la *Torts (Interference with Goods) Act 1977*, a pesar de que deberíamos agradecer, al menos, el abandono de la figura del *detinue*, que comportó una cierta simplificación y asimilación de su régimen. El derecho irlandés tampoco ha alcanzado esta situación. Esta superposición frecuente de *torts*, explicable desde un punto de vista histórico, ha dado lugar a intentos doctrinales encaminados a agrupar diversos temas comunes –véase el trabajo más notable en los últimos años: Peter Cane, *Anatomy of Tort Law*⁴ con su enfoque sobre las conductas sancionadas, los intereses protegidos y las sanciones.

Por supuesto, una posición menos extrema es la adoptada en otros sistemas jurídicos, aunque en ellos (pero en un grado no tan dramático) también se entremezclan a menudo diferentes fuentes de responsabilidad en el seno del derecho delictual –en contraste con lo que sucede en otras ocasiones entre diferentes áreas del derecho de la responsabilidad extracontractual⁵. Esta división de la responsabilidad en el derecho de daños no es práctica porque es frecuente la existencia de elementos comunes (entre ellos, destaca la noción de daño que da origen a responsabilidad en favor del demandante); incluso podría entenderse simplemente como un criterio propio de imputación del daño para fundamentar de forma separada la responsabilidad. Un sistema más

³ Véase *Conversion and Detinue*, Law Reform Committee, 18th Report (London: HMSO, 1971) Cmnd. 4774.

⁴ (Oxford: Hart, 1997).

⁵ Por ejemplo, compárese el sistema unitario para el enriquecimiento injusto establecido en el BGB (§ 812 I) con, entre otros, los § 823 I, § 823 II, § 826 y las diversas disposiciones que regulan materias tales como la responsabilidad de los inquilinos y los daños causados por animales. Están más unificadas, por ejemplo, las

honesto –es decir, uno en el que no exista una representación irreal: la independencia completa entre los diferentes fundamentos de la responsabilidad– comportaría el agrupamiento de todas las fuentes de responsabilidad bajo un mismo techo. La propuesta del Grupo de Estudio precisamente realiza este intento de integración de lo que tradicionalmente se ha concebido como responsabilidad por culpa con los regímenes de responsabilidad objetiva en el artículo inicial de la propuesta (art. 1:101).

2.3 Los elementos de la reclamación

El art. 1:101 trata de subsumir todos los casos de responsabilidad por daños en un marco que gira en torno a los siguientes elementos: (i) perjuicio o lesión constitutivos de un daño jurídicamente relevante, (ii) criterio de imputación del daño y (iii) causalidad, cuya presencia conjunta da lugar a un derecho de reparación. Cada uno de estos elementos se desarrolla posteriormente, como indica el párrafo (3) del art. 1:101 (aunque, sin duda, de forma algo superflua). El Capítulo II establece las circunstancias bajo las que puede afirmarse la existencia de un daño jurídicamente relevante. El Capítulo III se destina a los criterios de imputación; y, además de concretar lo que se entiende por dolo y negligencia, establece supuestos en los que el demandado es responsable objetivamente por el daño ocasionado.

En cuanto a esta estructura, son destacables sus numerosos méritos. En primer lugar, al menos en principio, posibilita la articulación de normas más precisas y el análisis de casos y cuestiones concretas en el marco de un sistema general (más adelante, haré referencia a algunos de los diferentes defectos que, en mi opinión, se producen en el desarrollo de los elementos generales en los capítulos posteriores de la propuesta). Una segunda virtud es que también posibilita la existencia de una esfera indefinida y residual, ajena al ámbito material regulado, en la que un posterior desarrollo judicial determinará el alcance y el contenido del derecho de daños –pero también tomando como referencia el marco general– aunque, ello sea, quizás, más una cuestión teórica que práctica, dada la forma actual en la que este ámbito residual y abierto se ha desarrollado e integrado en el sistema.

2.4 Daño jurídicamente relevante

La noción de daño jurídicamente relevante se prevé en dos secciones del Capítulo II de la propuesta. Tomándolas en orden inverso (que es en realidad el original), la Sección 2 contempla supuestos específicos en los que el daño jurídicamente relevante es identificable, mientras que la Sección 1 establece normas generales para determinar en cualquier caso si existe o no daño jurídicamente relevante. Las reglas del art. 2:101 prevén así un régimen abierto aplicable a los casos residuales, aquéllos no enumerados en los supuestos particulares de los artículos posteriores del capítulo. Todas estas normas son el resultado de una concepción en la que no cualquier tipo de perjuicio o lesión da lugar a un derecho de reclamación. De ahí que la noción de

disposiciones del Código Civil italiano (cf. art. 2043), aunque contengan demasiadas reglas que prevén regímenes específicos de responsabilidad objetiva.

daño deba calificarse de “jurídicamente relevante”. La finalidad del Capítulo II es establecer las circunstancias o condiciones en las que un perjuicio o lesión se convierte en un daño indemnizable, si confluyen los elementos de imputabilidad y causalidad. Al mismo tiempo, la división del Capítulo en dos partes, general y específica, promueve la combinación entre elementos concretos y otros más abstractos dentro de un mismo marco.

Una crítica que se ha realizado de este capítulo –quizás con más vigor en relación con la primera propuesta y sobretodo por parte de los juristas franceses- es que en realidad establece una lista de daños indemnizables. Si ésta fuese cierta, comportaría que la estructura de la propuesta, que engloba en una norma básica todas las formas de responsabilidad y las desarrolla en los capítulos posteriores, constituiría una representación errónea de la realidad. No obstante, con un examen pormenorizado, creo que esta crítica es difícil de sostener: es cierto que algunas de sus disposiciones contemplan un conjunto de circunstancias que deben darse para que un perjuicio se considere un daño jurídicamente relevante, pero estas circunstancias nunca son suficientes por sí mismas; pues siempre debe estar presente (incluso cuando el requisito de la causalidad está implícito en las propias circunstancias) un criterio de imputación. Un caso ilustrativo se encuentra en el art. 2:207 –una disposición basada descaradamente en *Hedley Byrne*.⁶–, cuyo párrafo (b) prevé los requisitos para la indemnización de las pérdidas sufridas como resultado de la confianza razonable en una información o en un consejo incorrectos, cuando el emisor conocía o debía conocer que el receptor iba a confiar en su contenido para tomar su decisión. Para algunos, se trata de un criterio de imputación: el elemento de conocimiento constructivo, que consiste en describir algo que el emisor de la información debía tener presente, se asemeja a un estándar de diligencia; y para otros, la función de estos requisitos es delimitar el conjunto de posibles actores y acotar el ámbito de la potencial responsabilidad a la que estaría expuesta cualquier persona que ofreciera información incorrecta por falta de cuidado. Ésta es una restricción *adicional* al criterio de imputación: si se cumplen los requisitos del art. 2:207, aún debe tenerse en cuenta, por ejemplo, la posible causación negligente del daño, lo que a su vez (art. 3:102) obligará a considerar si no se ha adoptado la diligencia exigible en la emisión de la información o consejos incorrectos. Esto, a su vez, conduce a analizar si el emisor debería haber conocido que la información era incorrecta –aspecto no previsto en la descripción de daño jurídicamente relevante en el art. 2:207-. Un jurista inglés puede tener menos dificultades que otros con esta delimitación conceptual porque precisamente debería reconocer que la previsibilidad razonable –desde el punto de vista del causante del daño- de que se afecten los intereses de la víctima puede generar el establecimiento de un deber de cuidado, un tema que deja abierta la cuestión de la ruptura de aquel deber.

2.5 Imputación (incluyendo el incumplimiento de un deber legal)

La propuesta del Grupo de Estudio prevé tres criterios de imputación: dolo, negligencia y otro criterio de responsabilidad. Este último comprende una variedad no exhaustiva de casos concretos de responsabilidad objetiva, previstos en la sección segunda del Capítulo III, que culmina con una cláusula abierta que trata de facilitar el desarrollo judicial del derecho (art.

⁶ *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

3:210). De esta forma –y con un contraste muy acusado con la estructura de las codificaciones europeas contemporáneas– la responsabilidad objetiva se lleva a un conjunto sistemático como un fundamento por el que se puede hacer responder a una persona por un daño que él mismo o un elemento bajo su control han causado. En este punto, también es importante destacar que la responsabilidad por hecho ajeno se subsume dentro de los criterios de imputación sin dolo o culpa y, en efecto, no deja de ser otra forma de responsabilidad objetiva (en otras palabras, responsabilidad objetiva por un daño causado indirectamente).

La regulación del incumplimiento del deber legal es, sin embargo, menos transparente dentro del ámbito del Capítulo III. Se hace necesaria una breve referencia al proceso histórico de la propuesta. La primera aproximación a los criterios de imputación fue identificar tres fundamentos para apreciar la responsabilidad: dolo, incumplimiento de deber y otra forma de imputación. Bajo este enfoque, la negligencia (incumplimiento de un deber de cuidado) era analizada como un simple incumplimiento de un deber legal. Durante el proceso de traducción de los artículos a otras lenguas europeas se constató que esta aproximación a la noción de incumplimiento de un deber no era práctica, de forma que se abandonó y sustituyó por el actual enfoque. Debe remarcarse que ciertos autores criticaron el concepto de incumplimiento de un deber antes de tiempo, al no estar convencidos de la necesidad de usar este concepto en lugar de un estándar de negligencia, ya que el concepto de incumplimiento de un deber implicaba en este contexto una fórmula inapropiada porque presuponía la existencia de una obligación para llevar a cabo el nivel de cuidado, que actualmente requiere el art. 3:102. El sistema de la propuesta del Grupo de Estudio no funciona mediante ninguna noción metajurídica de un deber de no causar daños del que se deriven consecuencias jurídicas. En otras palabras, la existencia de este deber no es un requisito formal de la norma básica y sólo es aplicable una vez se ha apreciado que el daño se ha causado negligentemente, porque entonces constituiría un daño jurídicamente relevante. Dicho sistema difiere del adoptado en la regulación del derecho inglés sobre la negligencia, donde existe un deber de adopción del cuidado razonable para no causar daño a terceros (basado, al menos formalmente, en el examen de tres criterios: relación entre las partes, previsibilidad del daño y consideraciones de razonabilidad, equidad y justicia). En el sistema del Grupo de Estudio, el punto de partida es el de la *relevancia jurídica* del daño, que –a pesar de que en términos funcionales refleje un mismo esquema mental– en su concreción técnica, no representa un deber de no causar daños a terceros. Por ende, es aún más criticable que la norma básica no se formule en clave de deber. Dejo abierta aquí, de momento, la cuestión sobre si hubiera sido preferible adoptar el enfoque basado en el incumplimiento del deber legal.

En la primera versión del Capítulo III, como acabo de exponer, el incumplimiento del deber legal se subsumía en la categoría general de incumplimiento de deber, que comprendía tanto aquellas conductas descuidadas como las reprobables en términos jurídicos porque no se conseguía alcanzar un determinado resultado o consecuencia previsto legalmente; en cambio, en la presente versión, se diferencian estos dos comportamientos. La negligencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3:102, comprende tanto la falta de cuidado en el sentido general de no alcanzar la diligencia esperable de un hombre medio como la falta de cuidado en aquellos casos concretos de incumplimiento de un deber legal de cuidado (que puede ser mayor, menor o igual que el estándar de precaución de un hombre medio). Algunos supuestos de incumplimiento del deber

legal –en especial aquéllos en los que la norma es únicamente la concreción del estándar general de cuidado- pueden calificarse bajo la denominación de negligencia. Por el contrario, existen otras disposiciones legales que insisten en conseguir unas condiciones concretas de seguridad, cuyo incumplimiento es independiente de la adopción de cuidado, o al menos de la adopción de un nivel razonable. En efecto, los supuestos en los que la normativa impone un estándar fijo pueden incluirse en el marco de la “imputación sin dolo o negligencia”, y quedar sujetos a la cláusula general de responsabilidad objetiva contenida en el art. 3:210.

Los términos en los que en el Capítulo II se define el daño jurídicamente relevante están propuestos primordialmente en contra de la asunción (en su caso) de que el criterio de imputación sea (como mínimo) la negligencia. En principio, existirá responsabilidad cuando un concreto daño se cause de forma dolosa o negligente, ya que se cumplirían todos los elementos de la norma básica. La situación sólo cambia en relación con los diferentes fundamentos de la responsabilidad objetiva previstos en la Sección 2 del Capítulo III. Al establecerse supuestos especiales de responsabilidad objetiva, es necesario sopesar los intereses contrapuestos de las potenciales partes. La responsabilidad del demandado requiere ciertos límites, como, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad de personas que vigilan la actuación de otras que pueden causar, con cierta probabilidad, lesiones a terceros o daños a su propiedad. En tal caso, la responsabilidad *in vigilando* se ciñe a los supuestos de concreción del riesgo anterior derivada de una vigilancia incorrecta; único caso en el que será responsable por los daños ocasionados por las personas bajo su supervisión (véase art. 3:202(2)). Sin embargo, en último lugar, también es posible una crítica de este artículo por lo que se refiere a su ubicación en la propuesta entre las disposiciones sobre responsabilidad objetiva y responsabilidad por hecho ajeno, lo que parece inadecuado a partir de un análisis correcto. La responsabilidad es en apariencia por hecho ajeno, porque se hace responder al principal por el daño causado por su dependiente, aunque, tal como establece el artículo, esta responsabilidad se basa en un incorrecto control –incumplimiento del deber de cuidado razonable que cabe esperar del principal-. También en el derecho inglés, no se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, sino de negligencia (como lo demuestra *Dorset Yacht*). Se trata ciertamente de un caso de responsabilidad *indirecta* por un daño –y, en este sentido, comparte alguno de los rasgos típicos de la responsabilidad (objetiva) por hecho ajeno-, pero también constituye una responsabilidad resultante del fracaso doloso o negligente en la evitación de un resultado dañoso. Se trata de un ejemplo ilustrador de un grupo de casos más amplio, que desarrollaré más adelante, que la propuesta trata de forma muy poco elocuente con lo que los juristas ingleses calificarían de cuestión fundamental: la existencia de una obligación cuyo incumplimiento genera responsabilidad (por negligencia).

3. Crítica

Cualquier sistema de derecho de daños ha de afrontar obviamente un número casi inacabable de cuestiones controvertidas relacionadas con la esencia de sus normas. De forma deliberada se ha optado por no regular algunos de estos temas –tales como los casos de *wrongful life* y *wrongful birth*, sin que ello implique admitir una muestra de cobardía o pereza intelectuales. El rechazo a adoptar una posición en estas materias de política jurídica es más un signo de la largamente

discutida naturaleza del derecho en los sistemas jurídicos europeos, lo que genera una escasa predisposición a intentar codificar áreas del derecho de daños que permanecen en un estado de continuo movimiento y cambio⁷. La propuesta –sobre todo a partir de la noción general de daño jurídicamente relevante contenida en el art. 2:101– confina estas áreas al desarrollo judicial.

Por el contrario, la propuesta del Grupo de Estudio no ha dudado en expresar algunas posiciones de política jurídica cuando lo ha considerado adecuado. Un supuesto que podría señalarse aquí es el relativo a la responsabilidad de los empresarios por hechos ajenos de sus empleados. El art. 3:203 extiende este régimen más allá de la relación amo-criado –incluso imponiendo responsabilidad por hecho ajeno por daños causados por contratistas independientes. Otro supuesto de responsabilidad objetiva similar (y políticamente más discutible) es el de los padres por los daños causados negligentemente por sus hijos (art. 3:202(1)). Otro caso más controvertido es el previsto en el art. 4:102(2): los miembros de un grupo pueden ser responsables por el daño causado intencionadamente a un tercero por uno de ellos, cuando la causación del daño era previsible. Si estas disposiciones continuarán existiendo y en qué forma, después de las consideraciones y discusiones que se realicen en nuestro consejo consultivo de derecho de daños y en el pleno del Grupo de Estudio coordinador del grupo, es una cuestión hoy en día impredecible. Se trata claramente de materias sobre las que, desde una perspectiva de política jurídica, existe una diversidad de puntos de vista, así el debate sobre estas cuestiones permanece abierto y se suscita con independencia de la estructura y de la composición técnica de las normas; cuestiones que trataré en la siguiente crítica a la propuesta del Grupo de Estudio.

3.1 Ámbito de aplicación y relación con otras áreas del Derecho

Las dificultades surgen cuando se examina en detalle el sistema adoptado por el Grupo de Estudio. Debe enfatizarse que estas debilidades derivan, pienso, de la forma concreta en la que se elaboró el sistema y no de lo que subyace a los conceptos de daño jurídicamente relevante, criterio de imputación y causalidad. Una excepción fundamental, a la que ya he aludido, es la constituida por el conjunto de dificultades que existen debido a la ausencia de un concepto fundamental de deber de no causar daños. La crítica central sostiene que la pureza de lo que es aparentemente un sistema coherente y autosuficiente se diluye en muchos casos, convirtiéndose en una amplia e innecesaria situación de confusión.

Un primer aspecto preocupante es el propio ámbito de aplicación de la propuesta. El párrafo (1) de la norma básica (art 1: 101) otorga un derecho de reparación en los supuestos de responsabilidad por daños. El párrafo (2) confiere un derecho a la prevención de dicho daño y, también va más allá, al atribuir un derecho a la protección frente a las infracciones de un derecho incluso cuando aquella infracción no es en si misma suficiente para constituir un daño jurídicamente relevante. Sin duda, existirán supuestos en los que la prevención del daño sería justificable, aunque resultara inapropiada su reparación cuando éste acaeciera, pero el párrafo (2)

⁷ Para detalles sobre el cambio de criterio judicial en la década de 1990 en el derecho inglés (y las importantes incertidumbres que existen), véase Andrew S. Burrows en *Clerk & Lindsell on Torts*, 18ª ed., por Anthony M. Dugdale y otros (London: Sweet & Maxwell, 2000), pp. 29-51 – 29-53.

trasciende este ámbito y extiende su protección a cualesquiera derechos, con independencia del daño jurídicamente relevante. De esta forma, mientras que el daño jurídicamente relevante se sitúa en el centro del sistema como un elemento nuclear del derecho de daños al que se vinculan todos los derechos, se produce una distorsión del mismo al referirse a la protección de cualesquiera derechos, lo que hace que la propuesta pierda su curso pues, por ejemplo, las causas para exonerarse de responsabilidad se centran en negar el carácter de daño jurídicamente relevante o en afirmar que la responsabilidad no genera un derecho de reparación – circunstancias irrelevantes cuando no se trata de un daño material.

Ciertamente, constituye una parte esencial del derecho privado la protección de los derechos frente a posibles vulneraciones, incluso cuando éstas no generan un perjuicio, lo que se aprecia con claridad en el régimen del enriquecimiento injusto. La facultad que tiene el titular de un derecho de excluir a un tercero del disfrute del mismo, a su vez, le permite determinar quien puede gozar de ese derecho, lo que le proporciona un valor negociable, de forma que quien lo utiliza sin el consentimiento del titular se enriquece patrimonialmente, por lo que debe permitirse un derecho de restitución, aún cuando el titular no tuviera intención de explotarlo comercialmente ni hubiera sufrido una pérdida económica. Sin embargo, una protección con una naturaleza tan amplia puede llegar a considerarse como parte de las disposiciones generales del derecho privado, puesto que la protección no abarca únicamente casos de derecho de daños. El hecho de que esta protección general se prevea en la propuesta demuestra que el reducido conjunto de principios de derecho privado dispuestos por el Grupo de Estudio no contempla (aún) una extensa parte general (como el derecho alemán) que incluya un derecho general de prohibición de injerencia en los derechos, con independencia del concepto técnico de daño del derecho de la responsabilidad civil.

Este problema, que la propuesta de derecho de daños esboza, debido, en cierta medida, al desconocimiento de la posible configuración y forma que tendrán los principios jurídicos europeos en otras áreas del derecho privado (más allá de la parte general del derecho de contratos previsto en las partes I y II de los Principios de Derecho Europeo de Contratos de la Comisión de Derecho Europeo de Contratos y de otras áreas analizadas por el Grupo de Estudio), guarda también relación con los “daños derivados de la vulneración de la propiedad” (art. 2:206). Esta norma adopta el enfoque de que una vulneración del derecho de propiedad no es en sí misma un daño jurídicamente relevante. No constituían un buen ejemplo las limitaciones del derecho inglés al régimen del uso ilegítimo de bienes muebles, por la simple razón de que la función de este *tort* (*trespass to chattels*) sirve tanto como foro para dirimir las disputas como para atribuir la titularidad. Este tipo de disputas (que la propuesta sobre derecho de daños prevé) podrían analizarse en el ámbito de la acción reivindicatoria (y posiblemente mediante el régimen del enriquecimiento injusto, si ofrece una acción personal de restitución) o conforme al art. 1:101(2), entendiéndose que ha existido una mera vulneración de un derecho, con independencia del daño. Esto hace innecesario dotar al concepto de daño jurídicamente relevante de un significado artificial. Otro mérito de este artículo es que particulariza de una forma abierta (“perjuicio incluye...”, “infracción incluye...”) dos de los elementos definitorios del daño jurídicamente relevante en relación con los derechos de propiedad. Sin embargo, la propuesta, respecto del propio elemento de ‘derecho de propiedad’, está forzada a realizar ciertas elecciones que pueden

fundamentarse tanto en configuraciones históricas (y no necesariamente deseables) como en nociones desfasadas de lo que debe entenderse por derecho de propiedad. Este concepto no se ha definido todavía –inevitablemente, por cuanto los Principios Europeos no han sido todavía preparados por el Grupo de Estudios en este ámbito del derecho privado-. Sin embargo, implícitamente, la noción de derecho de propiedad excluye un derecho de posesión legítima escindido, aunque éste, a los efectos de protección contra las interferencias de terceros, podría entenderse perfectamente como otro *property right*. De esta forma, un éxito de la propuesta del Grupo de Estudio, que se basa en una estructura oculta, podría amenazar con infundir una inservible actitud conservadora en otras áreas del derecho privado que la propuesta no contempla y da por supuestas. Existe el peligro de que el formato innovador de las disposiciones sobre derecho de daños se construya a partir de una visión lamentablemente conservadora de otros ámbitos del derecho privado.

3.2 Daño jurídicamente relevante

El capítulo II es claramente el fundamento principal en la elaboración de la propuesta del Grupo de Estudio y algunos pueden considerar que tiene demasiada relevancia. Una primera crítica que se podría realizar es que su estructura se contradice en parte con el diseño global de la propuesta recogido en la norma básica. El diseño fundamental de la propuesta es que todas las formas de responsabilidad por daño son subsumibles en una norma concreta que comprende todos los supuestos (Art. 1:101). Era esperable un diseño similar para la definición de daño jurídicamente relevante, así hubiera existido una definición general y abierta junto a la redacción del art. 2:101, lo que hubiera permitido subsumir los casos especiales enumerados en la siguiente sección –que regula tipos específicos de daño jurídicamente relevante mediante la referencia a circunstancias específicas-, bajo el techo de una definición general conforme a la idea de que estos casos son meros ejemplos ilustrativos de la aplicación de la definición general. El mérito de este enfoque, sugerido por colegas franceses dentro del Grupo de Estudio, es que posibilitaría aplicar en determinados casos la norma general mediante la analogía (positiva o negativa) con los supuestos previstos en las disposiciones específicas. Por el contrario, en cuanto al esquema actual de la propuesta, tal razonamiento estaría lógicamente vedado. Las disposiciones específicas no tienen una conexión sistemática con la definición general; esta última se aplica únicamente en defecto de las primeras. El único principio que limita la aplicación de la norma básica es el de no entrar en contradicción con la solución que den las disposiciones específicas a la cuestión de la presencia o no de responsabilidad. En la práctica, el resultado no debería ser diferente porque el reconocimiento específico del daño jurídicamente relevante en los casos establecidos en la Sección 2 implica necesariamente que un daño o lesión sea merecedor de protección legal y que sea apropiado, justo y razonable que el reclamante tenga algún tipo de acción: si no existiese esta opción, el daño no sería jurídicamente relevante. Esto va a permitir que las disposiciones específicas sean usadas como instrumentos en manos de los jueces para la comparación y la analogía con el objeto de completar el ámbito residual del capítulo II. Hubiera sido más coherente aceptar abiertamente esta forma de razonar y hacer una declaración formal sobre la relación entre las dos secciones del capítulo II.

La función del capítulo II es, sin lugar a dudas, calificar el conjunto de daños que pueden generar responsabilidad de acuerdo con la premisa de que no toda lesión negligentemente causada debe dar lugar a un derecho de compensación. Es obviamente una cuestión de gusto el grado de detalle de la propuesta, pero para algunos el capítulo II debería haber establecido criterios más detallados en las disposiciones generales de la sección 1 con el objeto de señalar de forma específica los criterios básicos a aplicar. Una vez se ha dicho todo, referirse (como lo hace el art. 2:101(3)) a las nociones de equidad, justicia y razonabilidad es contaminarlas con, entre otras cosas, el criterio de imputación del daño, circunstancia que no ayuda a la aplicación autosuficiente de los elementos del sistema, sino que comporta una definición interdependiente de los mismos. Es obvio que el mismo factor subyacente puede invocarse para determinar la existencia de uno u otros elementos, pero en los casos en que el contenido de un elemento desempeña un papel crucial para la definición del contenido de otro, la coherencia del sistema, basado en principios básicos diferenciados del de daño jurídicamente relevante, de imputación y de causalidad, amenaza con desaparecer.

Como se aprecia en los casos de daño puramente económico derivados de rotura de cable y en los supuestos de shock nervioso, los ordenamientos creen necesario a menudo establecer los límites a la potencial responsabilidad mediante referencia a factores tales como el carácter directo y próximo (o remoto) del daño. El examen de la previsibilidad no sólo es relevante para verificar la existencia de negligencia, sino también para determinar la presencia de un derecho de reparación, siendo preciso, de forma negativa, pues la imprevisibilidad de un daño comporta que el actor normalmente no sea precavido o no se asegure de ese concreto daño. De este modo, cabía esperar unos criterios orientadores más claros en el art. 2:101 y ajustados a la relevancia de estas consideraciones, y no una mera alusión al criterio de la proximidad del daño. Otorgar a los jueces una discrecionalidad tan amplia es una cosa y otra es lanzarles pelotas para que hagan juegos malabares, al ofrecerles criterios orientadores poco substanciales en la medida que las normas son para algunos una invitación a la incertidumbre. La postura en cuanto a la previsibilidad tiene una doble complicación, porque tiene una relevancia expresa en la cuestión de la causalidad, que trataré con brevedad.

3.3 Imputación

Uno de los problemas fundamentales del concepto de imputación en la propuesta del Grupo de Estudio es que se utiliza a lo largo del texto con diferentes significados. Del art. 1:101(1) y (3)(b) se desprende que imputación es una combinación de dos elementos: por un lado, debe existir un criterio de imputación, ya sea dolo, negligencia u otro (esto es, la conexión entre el agente y el daño en los supuestos de responsabilidad objetiva); y por otro, debe concurrir la causalidad. Sin embargo, al leer el capítulo III, observamos un concepto de imputación *in toto*, mientras que en la sección 1 se utiliza imputación en sus disposiciones simplemente como un criterio (dolo, negligencia) y el elemento de la causalidad se trata por separado en el capítulo 4. El tercer criterio de imputación innominado, junto al dolo y a la negligencia, detallado en la sección 2 del capítulo 3, es un supuesto de responsabilidad legal (art. 3:201). Las disposiciones de esta sección, no obstante, se centran en determinar la imputación en el sentido amplio que engloba tanto la

causalidad como el criterio de imputación (relación parental y laboral, custodia de una fuente de peligro u otra responsabilidad por el daño causado por un agente). No hubiera sido difícil conseguir una normativa más clara, si se hubiera optado por uno de los dos posibles significados de imputación –en otras palabras, incluir (en virtud de un tratamiento integral) o excluir (por tratarlo de forma separada) la causalidad.

3.4 Causalidad

Las normas sobre causalidad pueden someterse a una cierta crítica. Es indudable que la causalidad en el derecho de daños no puede reducirse a una mera cuestión de ciencias naturales, ya que entran en juego cuestiones de valoración que implican decisiones delicadas de política jurídica. En el otro extremo, la resolución de controversias y la atribución de derechos y responsabilidades requiere algo más que un consejo desesperado. La idea filosófica de que cada suceso está conectado con otro de acuerdo a alguna cadena de causalidad debe dejarse como una discusión entre los filósofos, ya que no proporciona ni a los consejeros legales ni a los jueces un contexto útil para las necesidades de la comunidad jurídica. Lo que se requiere son criterios concretos o puntos de apoyo.

La norma general de causalidad del art. 4:101 lista ciertamente factores que, desde un punto de vista de política jurídica, son importantes para concretar si un demandado debe responder finalmente del daño causado, pero el artículo no va más allá. En primer lugar, desde un punto de vista estilístico, puede sostenerse que sería más honesto admitir que no es posible definir causalidad (como el artículo pretende realizar), sino más bien que sólo es posible una simple orientación a los tribunales para que puedan basarse en factores concretos cuando tienen que decidir sobre si concurre la causalidad. En segundo lugar, puede dudarse sobre si este criterio referido a todas las circunstancias del caso genera un logro mayor que un mero recordatorio al juez de que el examen de la relación de causalidad no es un ejercicio mecánico. Solamente al observar los supuestos específicos comprendidos en los otros artículos del capítulo se pueden identificar normas substantivas de derecho con contornos perceptibles.

Como indiqué anteriormente, uno de los factores mencionados en el art. 4:101 es la previsibilidad del daño, cuyo párrafo (2) proporciona una norma relativamente concreta (a pesar de su carácter negativo) similar a la que los juristas ingleses denominan *egg-shell skull principle*. Mientras no exista duda de que lo correcto es considerar la causalidad como algo más que una simple cuestión naturalística de causa y efecto y que debería determinarse si un determinado daño ha sido causado por el demandado solamente mediante consideraciones jurídicas, se tenderá a creer que pertenecen al núcleo de este tipo de normas cuestiones tales como el carácter directo del daño –el papel que tuvieron terceros y el propio demandante en la generación de la pérdida o lesión. Lo mismo ocurre con la responsabilidad por omisión.

Sin embargo, puede entenderse que no es más que una cuestión de gusto considerar que un daño remoto “no fue causado” por el demandado o que éste no debe responder legalmente del mismo. Concorre algún grado de ficción legal al asegurar, por ejemplo, que es diferente considerar que

una persona “causó” dolosamente un daño, con independencia de lo indirecto y remoto que fuera, que considerar que lo “causó” (de hecho, en la misma forma) negligentemente. Si la cadena causal es la misma, es difícil comprender porqué su extensión varía por el simple hecho de que el demandado actuara en un sentido u otro. La idea de que un estado mental pueda determinar por sí solo la causalidad es francamente absurda, pues pienso que sería más honesto reconocer que la determinación de la responsabilidad por daño debe ceñirse a los criterios de imputación, que puedan tratar específicamente la cuestión del carácter remoto del daño. En este sentido, la sede más apropiada dentro de la estructura de la propuesta para tratar estas cuestiones sería la determinación de la relevancia legal del daño.

Una última dificultad se encuentra en aquellos supuestos menos usuales en los que la responsabilidad por daños deriva de una omisión. No toda omisión que cause daño a un tercero, cuando el demandado no había creado el riesgo, genera responsabilidad. Una de las principales tareas del derecho de daños es expresar los supuestos de omisión negligente. La propuesta del Grupo de Estudio no aborda explícitamente este punto y ello puede considerarse como una debilidad, al no abordar esta materia en la norma general sobre causalidad. Un caso reciente⁸ de la Corte de Apelación inglesa, resuelto a finales del mes pasado, ayuda a ilustrar la debilidad inherente a la propuesta. El caso se refería a un nacional de Kenia residente en Reino Unido, condenado por una agresión sexual que le comportó 18 meses de cárcel. Por un posterior delito de robo se le volvió a condenar a otros 18 meses de prisión y el tribunal recomendó su deportación, llegando a redactarse la orden de deportación, aunque no se ejecutó. Tras ser liberado, violó a la demandante, que interpuso una acción por daños contra la Secretaría de Estado, argumentando que ésta debería haber conocido el peligro que el criminal comportaba y que omitió su deportación una vez concluido el plazo de encarcelamiento. La Corte de Apelación sostuvo que no existía responsabilidad por la omisión de proteger a la demandante de un posible ataque del condenado. No se entrará a valorar la bondad de esta decisión, ni tampoco es importante en este punto que esta clase de caso –que se refiere a responsabilidad derivada de un acto realizado por un poder público (por ejemplo, la potestad de deportar o de retrasar una deportación pendiente)- quede fuera del alcance material de la propuesta del Grupo de Estudio, como ya expliqué. El único aspecto a valorar es el modo en que se fundamenta la ausencia de responsabilidad (si éste tiene que ser el resultado). El derecho inglés resuelve este problema mediante la ausencia de un deber de cuidado, de forma que el demandado no se configura como un asegurador universal y no existe un nexo causal suficiente cuando el peligro generado por un tercero sea de naturaleza genérica. Se trata de un mecanismo directo y preciso para afrontar el problema puesto que la preocupación subyacente (exposición a un amplio y apenas previsible grupo de demandantes) es la razón principal para denegar una obligación legal de prevención de daños en relación con los miembros de esta clase amplia e indeterminada de víctimas. Sin embargo, la propuesta del Grupo de Estudio no ha logrado establecer con suficiente sistematicidad la denegación de responsabilidad en casos como el presente, donde la víctima sufre una lesión personal o una vulneración de la integridad física o cualesquiera otros tipos de daños previstos en las disposiciones específicas del capítulo II. En los supuestos en los que el daño sufrido no está tipificado y, por tanto, sólo tiene un reflejo en la disposición general de daño jurídicamente relevante del art. 2:101, siempre es posible decir que no sería apropiado, justo y

⁸ *K. v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 775 (31st May 2002).

razonable afirmar la existencia de un derecho de reparación. La dificultad surge cuando el daño sufrido es, por ejemplo, una lesión personal, es decir, en cualquier caso, un daño jurídicamente relevante (art. 2:201). En consecuencia, en estos supuestos, la denegación de responsabilidad debe fundamentarse en algún otro elemento, puesto que no pueden utilizarse los criterios establecidos en la definición general de daño jurídicamente relevante para modificar el rigor de las normas especiales explícitas y estrictas de la sección 2 del capítulo II. En tanto el criterio de imputación en estos supuestos es la negligencia y que esto resulta claro, el único elemento que puede ser utilizado para negar la responsabilidad del demandado es el de la causalidad. Así venimos obligados a decir que la falta de deportación del tercero no causó la lesión a la demandante, lo que creo es una forma muy indirecta de resolver el problema. La preocupación que realmente subyace aparece sólo de forma superficial. Pero también es falso afirmar que, para que exista responsabilidad en los casos de omisión, es necesaria la causalidad, aunque la diferencia entre los dos supuestos puede no tener nada que ver con la imputación objetiva del daño, sino con una cuestión relativa a la participación del demandado (por ejemplo, una clase más definida de posibles víctimas, que se relacionara con el demandado mediante una vinculación independiente del daño).

4. Conclusión

Un test necesario (pero no suficiente) para saber si los Principios de Derecho de Daños están listos para ser aplicados en toda la Unión Europea es examinar si los juristas de todo el continente son capaces de aplicarlos consiguiendo unos resultados similares, en especial, en aquellos ámbitos que, por implicar importantes e insuperables cuestiones de política legislativa, no han sido concretados y se han dejado abiertos de forma deliberada. Es perfectamente dudoso que la propuesta actual del Grupo de Estudio satisfaga este test.

Cierto es que algunas de las cuestiones relevantes del derecho de daños pueden resolverse mediante elementos diferentes consiguiendo un mismo resultado. En cualquier caso concreto puede afirmarse que no existe responsabilidad porque no existe daño relevante, o porque existe un daño no imputable, o porque falta la relación de causalidad. Por ejemplo, si se empuja a una persona dentro de una multitud de forma que choque con otra, podríamos afirmar que este impacto físico constituye una intromisión trivial en el bienestar con un bien corporal (inexistencia de daño), un acto involuntario (falta de imputación) o un daño causado por un tercero (inexistencia de causalidad). No sería realista (y quizás tampoco deseable) un sistema que constriñera la resolución de los casos a un determinado elemento en detrimento de otros. Igualmente, debe existir un ámbito para el desarrollo legal, ya que el uso de reglas abiertas en cualquier codificación resulta esencial. Sin embargo, todos los elementos de la demanda deben estar suficientemente definidos y detallados para que pueda concretarse su significado sustantivo en diferentes situaciones típicas.

Mi impresión es que, al menos, la propuesta actual está demasiado indeterminada en algunos puntos (especialmente con respecto a la causalidad y al daño jurídicamente relevante). Debe recordarse que cualquier codificación moderna a escala europea es capaz de construirse a partir

de la exploración detallada de políticas y principios acuñados por las normativas vigentes y por el *case law*. Constituye un paso hacia atrás optar por disposiciones que inquieran sobre cuestiones de principio ya resueltas por los diferentes sistemas jurídicos nacionales. La continua interdependencia entre los conceptos utilizados por la propuesta –la importancia de la imputación para determinar si un daño es jurídicamente relevante o si existe relación de causalidad– constituye un obstáculo a la hora de realizar una aplicación transparente de las disposiciones. A pesar de ello, al observar el gigantesco esfuerzo que supone destilar más de una docena de diferentes sistemas de derecho de daños para obtener una síntesis consensuada e intelectualmente defendible, la propuesta resulta ser un ambicioso paso adelante y una futura revisión podría solventar muchas de las dificultades que presenta en la actualidad.