

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUERTE AMENAZA A LA LIBERTAD

DAVID DE BEDOYA*

Fecha de recepción: 24 de junio de 2014.

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2015.

I INTRODUCCIÓN

Si amamos la libertad debemos amar también la responsabilidad. Son dos conceptos que no se entienden el uno sin el otro puesto que precisamente el uno fluye del otro. La responsabilidad surge, de hecho y como ahora pasaremos a ver, cuando el ser humano actúa.

El economista francés Frederic Bastiat¹ escribió una vez: «Es realmente una cosa singular que la gente desee aprobar leyes para anular las consecuencias desagradables que la ley de la responsabilidad implica. ¿Es que nunca se darán cuenta de que no eliminan tales consecuencias sino que meramente las trasladan a otras personas? El resultado es una injusticia de más y una moral de menos». Sin embargo, no es la ley el único obstáculo para la plena libertad que cercena hoy en día la esencia del ser humano, no solo el poder legislativo estatal subyuga la responsabilidad individual de las personas, también la arbitrariedad del poder ejecutivo supone un duro obstáculo para lograr tan ansiado fin. Empero, no son objeto de este breve ensayo ambos poderes sino que, en esta ocasión, nos debemos de fijar en el poder judicial como

* Graduado en Administración de Empresas y Derecho.

¹ Bastiat, Frederic, *La Ley*, 8.

escollo insoslayable para el individuo, sus derechos de propiedad y su libertad.

II FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA RENDICIÓN INDIVIDUAL DE CUENTAS

El ser humano actúa. La acción humana es la conducta, externa o interna, fruto de la autonomía de la voluntad del hombre. La acción, en fin, es «conducta consciente; movilizada voluntad transformada en actuación, que pretende alcanzar fines precisos y objetivos».² También el no actuar entra dentro de esta expresión de la voluntad.

Inevitablemente, esta definición de acción nos lleva al concepto de voluntad. ¿Cómo se caracteriza la voluntad del ser humano? La voluntad del ser humano es la que respalda cada decisión que toma el hombre, conscientemente, que se transforma en una acción. Ahora bien, hemos concatenar lo anteriormente expresado dentro de un concepto fundamental que es el de conciencia. Actuar es querer actuar y actuar con autonomía. La libertad humana, entendida en el seno de cada acción que desarrolla el hombre, requiere que dicha acción reflejo de dicha voluntad y, por ende, reflejo de su libertad esté ejecutada de manera consciente.

No podríamos, por ejemplo, admitir como acción deliberada y consciente un impulso natural e irrefrenable, como el que pude de sentir un hombre cuando, sin percatarse, apoya su mano en un objeto incandescente. En tal caso, desconocedor el hombre de la temperatura del objeto que está palpando, un impulso natural e irracional moverá automáticamente el brazo alejándolo de la fuente de calor y dicho movimiento no podrá reputarse de acción.

Sentada esta base, la conciencia que sustenta la voluntad de actuar supone no solo encaminar nuestros actos a la consecución de unos fines determinados, sino la capacidad de razonamiento que desarrolla el ser humano y que le permite anticipar cuál

² Mises, Ludwig von, *La acción humana*, 35.

será el siguiente paso que dará tras su primera actuación. Así pues, el hombre que acerca conscientemente su brazo a un objeto incandescente sabrá que su inmediata y próxima actuación será la de retirar dicho brazo bruscamente y, por tanto, dicha violenta retirada estará dentro del marco de la primera acción (acercar el brazo a una fuente de calor). Sin embargo, cuando la fuente de calor es desconocida por el hombre a priori, no es posible prever el movimiento brusco que vendrá después y, por tanto, no entrará dentro de la acción primigenia la retirada violenta del brazo.

Lo que estamos plasmando aquí no es, ni más ni menos, que el fundamento último de la rendición individual de cuentas. Cuando un hombre es consciente de sus actos, encamina su voluntad —libre— hacia la consecución de un fin preciso y finalmente actúa (o no actúa) dicha acción engloba lo que vendrá después en tanto sea previsible de una manera racional por el hombre. Sin embargo, lo que queda lejos de esa marco de acción no será por tanto previsible y difícilmente podremos decir que la libertad del hombre expresada en su primera acción engloba también las consecuencias de su inmediatamente posterior acto.

Por ello, no son dos conceptos dispares la libertad y la responsabilidad desde el momento en el que, al establecer mentalmente la acción y ejecutarla, estamos englobando en nuestro actuar la consecuencia que genera nuestro acto. Gracias a que el ser humano es libre puede, el ser humano, ser responsable. Y, a sensu contrario, cercenar la responsabilidad de un hombre es equiparable a limitar su libertad.

III LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO PATRIMONIAL

En su ensayo «Derecho y Ley», Friedrich A. Hayek recoge la siguiente afirmación: «La idea de libertad bajo el derecho, en los 2.500 años que han transcurrido desde que los antiguos griegos la concibieron, se ha conservado permanentemente solo en los pueblos que tomaron el derecho, no como la voluntad de ciertas

personas, sino como el resultado de un proceso personal».³ Arremete aquí el brillante economista contra la perversión de la institución del derecho realizada por los gobernantes desde que originariamente fuera concebida citada institución en la Grecia clásica. Siguiendo su razonamiento, el derecho no puede ser nunca entendido como cercenador de la libertad individual («el derecho protege la libertad: las leyes la matan»),⁴ sino que ha de ser entendido como una institución en los términos que Hayek concebía las instituciones sociales.

Las características que las instituciones han de tener, para reputarse como tales, son la ausencia de un autor o mente concreta, la evolución no centralizada de la misma a través de la prueba y el error, la utilidad que la institución ha de recibir de cada partícipe, la voluntariedad y la estabilidad.⁵ Sin estas características no podemos estar ante una institución y, por lo tanto, nos enfrentaríamos en el derecho a la paradoja que nos ofrece Hayek, un derecho expresado en una ley que violenta la libertad.⁶

Así pues, una institución ha de gozar de cierto margen de certidumbre⁷ sobre el rumbo de las propias acciones del hombre

³ Hayek, Friedrich August von, *Derecho y Ley*, 1.

⁴ Hayek, Friedrich August von, *Ibid.*

⁵ Rallo Julián, Juan Ramón, *El Estado contra el Derecho*, 7.

⁶ Tales instituciones, en palabras de Juan Ramón Rallo Julián, «vendrían caracterizadas por tres rasgos: a) La ausencia de autor o mente creadora concreta, b) continua evolución descentralizada de las mismas a través de prueba y error, y c) la utilidad que le atribuyen sus participantes.

De estos tres rasgos podemos deducir la condición necesaria de Hayek para una sociedad libre: la ausencia de un fin universal que restrinja los fines particulares. De hecho, la grandeza de las instituciones reside en que no han sido diseñadas por hombre alguno y, por tanto, no están constreñidas por una finalidad inicial. En cambio, son tremadamente flexibles para que cada individuo las adapte a sus fines concretos sin, por ello, dañar las expectativas ajenas». *Ibid.*, p. 8.

⁷ Esto establece una diferencia radical frente a una ley estatal. La ley positiva lleva en sí misma el germen del cambio súbito. El derecho no es algo externo, sino algo que debe crearse. En ese sentido, es el propio individuo quien concibe las instituciones. Como diría Bruno Leoni acerca del derecho romano: «Nadie promulgaba la ley; nadie podía cambiarla a su propio arbitrio. Esto no significaba que no hubiera cambio, sino la certeza de que nadie se iba a la cama haciendo sus planes sobre la base de una regla actual para levantarse a la mañana siguiente y descubrir que esa ley había sido derogada por una innovación legislativa». *Freedom and the Law*, Liberty Fund, 55.

puesto que si hemos dejado citado que para poder actuar con libertad el ser humano ha de conocer previamente hasta dónde abarca dicha actuación la institución en el seno de la cual desarrolla su acción el ser humano ha de configurar las relaciones del ser humano con el resto de seres humanos y con el medio en un marco en el que sea sencillo establecer un nexo causal entre la acción adoptada y la consecuencia derivada de la misma.

Dentro de este marco deseable de certidumbre, en las relaciones del ser humano con su entorno y con el resto de seres humanos las consecuencias que deriven de la acción que toma un ser humano deben ser asumidas por este y debe existir un mecanismo que asegure que, frente al menoscabo de la propiedad de un tercero que, sin derecho a ello fruto del consentimiento del propietario, ha realizado un individuo, fuerce a dicho individuo a reintegrar en el patrimonio del perjudicado el daño provocado. Ese mecanismo es la institución del derecho tal y como ha quedado definida *supra* y toda desviación de este ideal jurídico supondrá, de una u otra manera, un ataque frontal a la esencia del ser humano por violentar su libertad (y responsabilidad) y por no permitir la protección de su propiedad.

Las leyes, no ajenas a esta situación, se han encargado también de velar por la rendición individual de cuentas en un, a nuestro juicio, correcto entendimiento de la función de la responsabilidad como concepto unido al de libertad. Así, el Código Civil de 1889 de España (vigente en la actualidad) establece que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».⁸ Preceptos similares podemos encontrar en legislación comparada.⁹

La esencia que comparten todas estas regulaciones es la de la responsabilidad, puesto que de ella se deriva el deber de resarcir un daño que ha sido provocado libre y conscientemente a otro.

⁸ Artículo 1902 Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁹ Así, el artículo 1382 del Código Civil francés establece que «cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa hubiera ocurrido, a repararlo». Preceptos similares se encuentran, a su vez, en el Código Civil italiano, el Código civil alemán y el artículo 1109 del Código Civil argentino, según el cual «todo el que ejecuta un hecho, que por culpa o negligencia ocasiona daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio».

De hecho, todas estas normas enmarcan perfectamente el marco de la acción estableciendo como límite a dicha responsabilidad que en el daño obre el dolo (actuar conociendo las consecuencias de los actos y asumiendo las mismas) o la culpa o negligencia (actuar pudiendo prever las consecuencias de los actos y asumiendo las mismas como posibles consecuencias de la ejecución o inejecución de la acción). De hecho, estas normas no solo configuran aquellas relaciones sociales en las que media un consentimiento previo, esto es, una situación contractual, sino que también sirven de corolario para aquellas otras situaciones que no nacen en el seno de una relación obligacional entre partes que han sellado su voluntad en un contrato extendiéndose a aquellos supuestos en los que no media contrato alguno entre las partes¹⁰ puesto que no todas las acciones que puede emprender un ser humano van ligadas necesariamente a un contrato. Así, por ejemplo, un ser humano no puede decidir destruir la propiedad ajena sin tener permiso a dicha acción y sin que exista ningún tipo de contrato entre el propietario y el dañante y no por el mero hecho de la inexistencia del contrato debemos exonerar de responsabilidad al dañante sino todo lo contrario, debemos hacer que la institución jurídica haga que el dañante cargue con las consecuencias de sus actos, haya mediado contrato de por medio o no.

Finalmente, la herramienta de resarcimiento de citada responsabilidad ha de ser necesariamente la indemnización, esto es, el mecanismo por el cual el dañado puede forzar al dañante a dejarle indemne en su patrimonio, es decir, a procurar que el que ha

¹⁰ Así, siguiendo al jurista Luis Díez-Picazo, «la figura que aparece dibujada en estos preceptos aludidos [el artículo 1902 del Código Civil español] es una norma de responsabilidad, puesto que en ella se consagra y establece un deber de resarcimiento de daños y perjuicios y, además, también con justo título, se puede calificar dicha responsabilidad como extracontractual, pues es notorio que los códigos civiles, y entre ellos el nuestro [el español], contienen dos bloques de normas relativos ambos a los deberes de indemnización de daños y perjuicios, de los cuales unos contemplan el supuesto de ejecución e inejecución o ejecución defectuosa de obligaciones contractuales entre personas vinculadas por una relación contractual, como ocurre en los artículos 1101 y 1106 y siguientes del Código Civil, mientras que los otros, aunque no se diga de manera expresa, solo se aplicarán en el terreno no cubierto por los anteriores y, por consiguiente, organizan una norma que se puede llamar extracontractual». *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V*, 19-20.

sufrido el daño, tras recibir la indemnización, cuente con un patrimonio igual al que tendría de no haberse producido la lesión al mismo. Para ello, se establecerán reglas de cómputo de daños y perjuicios y reglas de valoración de los mismos así como ajustes de su variación temporal para evitar la posible pérdida de valor que pudiera sufrir el dañado desde que sufrió el daño hasta que este le fue indemnizado.^{11, 12}

IV

LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL

Aunque en esencia no comporte grandes diferencias el concepto de responsabilidad en derecho patrimonial con el concepto de responsabilidad en el marco del derecho penal sí resulta importante realizar siquiera un breve comentario al respecto.

Dentro de la ciencia jurídica, la propuesta más extendida¹³ sugiere usar el concepto de responsabilidad penal para señalar la existencia de una obligación a cargo de un sujeto (el responsable penal) y dicha obligación se materializa en el deber de cumplir la sanción penal impuesta.¹⁴ No debe horrorizarnos la idea de la

¹¹ No siendo objeto del presente ensayo analizar tal circunstancia nos remitimos a Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*.

¹² No deja de ser importante traer aquí a colación las reflexiones de Frederic Bastiat en su ensayo «Lo que vemos y lo que no vemos» al respecto de la *falacia de la ventana rota*. Observamos pues, en relación a un daño producido y posteriormente indemnizado, que ninguna riqueza es creada en el conjunto de la economía puesto que lo que en un primer lugar se ha destruido en un segundo momento se ha pagado. La función de la indemnización no es, por tanto, la de enriquecer al dañado sino la de trasladar el daño del patrimonio de uno —el que ha sufrido el daño— al otro —el causante del daño— sin que dicho daño se haya eliminado de la economía y, por tanto, podemos concluir sin atisbo de duda que una indemnización no genera riqueza sino que distribuye pobreza, esto es, el daño causado que origina el deber de indemnizar.

¹³ Víd. Gómez Lanz, Javier, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 207 y ss.

¹⁴ También cabría aventurar que «responsabilidad penal» se usa para indicar la existencia de una obligación, pero no del sujeto activo del delito sino de la institución jurídica. En este marco teórico, la responsabilidad penal se resolvería en el deber que tiene la institución del derecho de activar los mecanismos dirigidos a la imposición efectiva de la condena.

sanción penal como consecuencia última de un derecho público puesto que no debemos entenderla de esta manera. Así pues, la sanción penal ha de entenderse como la consecuencia lógica y previsible de una acción que se lleva a cabo contra un bien jurídico de otro ser humano que la institución del derecho ha considerado fundamental como para no solo aplicar al causante del daño unas consecuencias patrimoniales, como en el caso del derecho civil anteriormente señalado, sino unas consecuencias personales de mucha mayor entidad.

Lo que será preciso es que la institución del derecho ostente los caracteres propios de una institución para poder imponer una sanción a un individuo más allá del resarcimiento puro del daño causado, como podría ser la privación de la libertad. Si bien este es un debate que sigue generando controversia dentro del liberalismo (y no es otro que si es legítimo que se imponga la privación de la libertad, y quién la impone, a un ser humano por el hecho de haber arrebatado la vida a otro, por ejemplo) dejar señalado que es esta la única diferencia apreciable entre las características básicas de ambos regímenes de responsabilidad siendo todas las demás características de ambos reconducibles a lo ya expresado con anterioridad.

V

LA DILIGENCIA DEBIDA COMO FORMA DE MEDIR HASTA DÓNDE LLEGA LA ACCIÓN HUMANA

La institución jurídica ha articulado la extensión de la responsabilidad dentro del concepto de la diligencia debida. Los distintos niveles de diligencia irán en función de la capacidad del ser humano de prever lo que ocurrirá después,¹⁵ es decir, tendrá una fuerte característica casuística. Así, no será exigible el mismo nivel de diligencia a un empresario que a una persona no empresario.¹⁶ Pero ni tan siquiera será exigible el mismo nivel de diligencia entre dos empresarios. Si, verbigracia, un empresario se

¹⁵ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V*, 273.

¹⁶ Veiga Copo, Abel, *Fundamentos de Derecho Empresarial Tomo 1*, pp. 107 y ss.

dedica a las labores de auditoría su responsabilidad en la llevanza y ajuste a la veracidad de la contabilidad de su empresa será mucho mayor que un empresario que se dedica a la distribución de frutas y verduras, puesto que se le presume un mayor conocimiento respecto a estas materias.

De hecho, podemos encuadrar esta concepción de diligencia dentro de las reglas de la acción que hemos expuesto con anterioridad. «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su incumplimiento»,¹⁷ es decir, dentro de esos fines precisos y concretos que establece el hombre al actuar deben estar estas consecuencias y dichos fines establecidos deben asumirlas como propias de la acción. Incluso cabría plantearse si resulta legítimo imponerle un mayor nivel de previsibilidad a aquel ser humano que actúa de mala fe, en el sentido que el haz de derechos y obligaciones extraídos de la acción es superior a cuando se actúa de buena fe.¹⁸

La concepción económica de la diligencia ha sido, también, objeto de estudio de los analistas económicos del derecho quienes se ocuparon de las funciones y objetivos del sistema de responsabilidad civil y esbozaron una forma bastante objetiva de medir la negligencia. Así, podríamos citar aquí la regla de POSNER, quien justificó que no tenía sentido evitar un daño con unos costos extraordinarios, pues la regla de la eficiencia económica es minimizar la suma de daños más los costos de prevención de daños, ya que los costos de prevención exigen recursos cuya optimización puede y debe producirse destinándolos a otros fines.

Tal vez la argumentación de POSNER podamos sostenerla de una manera más comprensiva a través de un ejemplo. Imaginemos que se decide construir, en uno de los extremos de un campo de golf, una urbanización de chalets. Citada urbanización se sitúa

¹⁷ Redacción del artículo 1.107 del Código Civil español de 1889.

¹⁸ De hecho, no es extraña esta situación en la legislación. Así, en el Código Civil español se recoge: «En caso de dolo responderá el deudor de todos [los perjuicios] los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Ibídem.

a una distancia que está tan lejana de la zona de ejecución del disparo, es más, a una distancia tal que no consta en los registros que nunca un jugador haya alcanzado semejante distancia. Quince años después de la construcción de la urbanización, en la celebración de un torneo, un golfista con su golpeo traspasa esa distancia y golpea en la cabeza a una de las propietarias. Por supuesto, es exigible el resarcimiento del daño al golfista pero la pregunta aquí importante, en lo que a la medida de la diligencia de POSNER se refiere, es si es exigible también parte de la responsabilidad a los dueños del campo de golf o a los promotores de la urbanización. Según la regla de la previsibilidad de la acción, la acción de construir cerca de un campo de golf puede tener como consecuencia que una de las bolas golpee a una de las propietarias. ¿Es exigible, por tanto, que el promotor o el propietario del campo de golf hubiera construido una valla para evitar este posible —aunque improbable— suceso? Según la interpretación económica de la diligencia debida no sería exigible porque el coste de la construcción de la valla supera con creces el riesgo de que una bola golpee (habida cuenta de que nunca había alcanzado tal distancia) y la responsabilidad solo sería exigible al golfista. De hecho, esta ha sido la vía que ha tenido en consideración la jurisprudencia al respecto.¹⁹

En síntesis, la diligencia debida es la *ratio decidendi* que utiliza la institución del Derecho para extender el campo de la acción y de las consecuencias que asume el hombre al actuar, quedando ajena a la misma lo que no entre dentro del campo previsible de consecuencias asumidas por el hombre.

VI EL RIESGO MORAL DE CONVERTIR AL CIUDADANO EN UN IRRESPONSABLE

Lo dicho hasta ahora nos sirve de referencia para poder hablar, en esta ocasión, que entraña la eliminación de la responsabilidad

¹⁹ Albadalejo, Manuel, *La Responsabilidad Civil Extracontractual levíssima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2000.

de las relaciones humanas. No solo porque, como hemos visto, la responsabilidad no sea más que una expresión de la libertad del ser humano sino porque el hecho de reducir o eliminar citada responsabilidad supone, de facto, cercenar la libertad del hombre.

El riesgo moral que nos ocupa lo podemos definir como aquella situación en la que un individuo actúa a sabiendas de que las consecuencias de sus actos no entrarán dentro de su marco de acción sino que serán incorporadas a un tercero. Es decir, se pierde la conexión entre la acción humana y la responsabilidad y se traspasa esa rendición de cuentas a un tercero ajeno a la acción primigenia. Este riesgo moral nos informa de cómo los individuos asumen mayores riesgos cuando las consecuencias derivadas de sus actos no son asumidas por estos sino por un tercero²⁰ (puesto que la previsibilidad o la diligencia debida le es indiferente al individuo que actúa). Así, y continuando con este razonamiento, el riesgo moral no solo implica que se cercene la libertad y la propiedad de las personas (puesto que se imputa al patrimonio de un sujeto no responsable el daño causado por otro) sino que también supone, de facto, el aumento del riesgo asumido por el conjunto de la sociedad, en forma por ejemplo de inversiones muy arriesgadas como las que se pueden dar en la fase de degradación de la liquidez,²¹ pudiendo resultar enormemente perjudicial para todos los seres humanos.

Si bien el uso económico del término viene de los clásicos²² la doctrina actual ha retomado el término para ajustarlo a los

²⁰ Krugman, Paul; Wells, Robin, *Introducción a la economía: Microeconomía*, 449.

²¹ Haberler, Gottfried von, *Prosperity and Depression*, Lake Success, NY: United Nations, 301-303.

²² Así, Adam Smith se refiere al riesgo moral en las sociedades, cuando dice: «[...] la mayor parte de estos accionistas [...] no se interesan en sus asuntos y están satisfechos con recibir el dividendo semestral o anual que los directivos consideran conveniente pagarles. Esta ausencia total de inconvenientes y riesgos, más allá de una suma muy limitada, anima a muchas personas a volverse empresarios en una sociedad por acciones, personas que en ningún caso arriesgarían su fortuna en una sociedad particular [...] Ahora bien, no es razonable esperar que los directivos de estas compañías, al manejar mucho más dinero de otras personas que de ellos mismos, lo vigilen con el mismo ansioso cuidado con el que frecuentemente vigilan el suyo los socios de una empresa particular [...] En consecuencia, el manejo de los negocios de esas compañías siempre está caracterizado en alguna medida por la negligencia y la prodigalidad.» Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*.

problemas que pueden surgir de información asimétrica.²³ Si un individuo tiene mayor información que el resto, y los demás no poseen los medios según los cuales pueden verificar la información del mismo, se incurre en riesgo moral. Podemos ilustrar esto de mejor manera a través de un ejemplo. Supongamos un individuo que administra depósitos, cuentas o inversiones ajenas —como apunta A. Smith— será menos cuidadoso con las mismas de lo que lo sería con depósitos, cuentas o inversiones propias, al igual que, por ejemplo, será más cuidadoso si puede disponer libremente de una parte de estas inversiones ajenas.²⁴

En síntesis, las consecuencias de eliminar la imputación de la responsabilidad del campo de la acción no son solo lesivas al concepto anteriormente reseñado de libertad (intrínsecamente conectado con la libertad) sino también a la propiedad de terceros ajenos a la acción primigenia y a toda la sociedad elevando peligrosamente el riesgo asumido por los agentes.

VII

EL PODER JUDICIAL DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO CATALIZADO DEL RIESGO MORAL

La responsabilidad se puede eliminar de la acción humana de forma coactiva —para el tercero que la asume sin la obligación de asumirla— y esta eliminación quedará fuera del campo de actuación de la institución jurídica previamente definida sino que solo la ejercitará el Estado, incumpliendo el principio de no agresión. El Estado podrá utilizar a tal fin cualquiera de sus tres poderes: el legislativo, el ejecutivo o el judicial.

En lo que respecta el poder legislativo, el Estado podría establecer por ley, por ejemplo, la exoneración de toda responsabilidad derivada de los actos que lleven a cabo las personas peligrosas. De suceder esto, el riesgo moral de este colectivo quedaría

²³ Vid Arrow, Kenneth, *Essays in the Theory of Risk-Bearing*.

²⁴ Como apunta Huerta de Soto, Jesús, en *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*.

fuertemente incrementado puesto que todos los perjuicios que ocasionasen los soportaría el patrimonio de un tercero.

Desde el lado del poder ejecutivo, supongamos que la industria maderera se encuentra en serios problemas y el Estado decide utilizar fondos públicos para proveer de liquidez a los empresarios de este sector en vez de dejarles caer y que asuman sus inversiones. De esta manera, la pérdida se traslada al patrimonio del contribuyente y se genera un perverso incentivo para los participantes de esta industria de asumir más riesgos una próxima vez puesto que no serán sus bolsillos los que se vean afectados por sus riesgos.²⁵

Por último, el Estado puede también generar perversos incentivos en forma de riesgo moral a través del poder judicial. Si entendemos la figura de los jueces como los que se encargan de ejecutar las decisiones de la institución jurídica que estos generen un riesgo moral desde esta institución sería un sinsentido. Así pues, solo la corrupción de esta institución puede dar lugar a este poder de los jueces para generar riesgo moral en la sociedad. De manera que podemos concluir que toda alteración del régimen de responsabilidades que se produzca desde el poder judicial es ilegítima por contraria a la libertad individual como principio básico de la acción humana.

Habida cuenta de que la institución jurídica, a día de hoy, está fuertemente corrompida atendiendo a los términos utilizados con anterioridad (puesto que no es Derecho sino que es Estado) no nos debería sorprender la interdicción de cierta arbitrariedad en cada actuación del poder judicial.

²⁵ Y así reflexiona Hazlitt al respecto, «[...] Los pasillos del Congreso hállanse atestados de representantes de la industria X. La industria atraviesa una grave situación. Está al borde de la ruina económica. Hay que salvarla y solo cabe hacerlo mediante un arancel protector, precios más elevados o concediéndole una subvención estatal. Si se la deja morir, pronto veremos los obreros en la calle. Sus caseros, tenderos, carniceros, comerciantes de tejidos y empresas de espectáculos públicos experimentarán una contracción en sus negocios y la depresión se extenderá en círculos cada vez más amplios. Pero si gracias a la pronta intervención del Congreso, la industria X se salva, entonces, ¡oh milagro!, adquirirá equipo de otras industrias, aumentará el número de personas empleadas, quienes proporcionarán mayores ingresos a los carniceros, panaderos, fabricantes, etc., y ahora una ola de prosperidad se extenderá en círculos crecientes.» Hazlitt, Henry, *Economía en una Lección*.

Sin embargo, en puro derecho dispositivo en el que según la ley rige la voluntad de las partes, aquel derecho regido por los principios más elementales de la acción humana (el derecho privado de obligaciones y contratos) ¿cómo es posible que el poder judicial intervenga y corrompa la voluntad de las partes?

Los jueces, a priori, tienen impedido entrar en las relaciones que establecen los individuos desde el punto de vista de que estos son libres y responsables y pueden obligarse en los términos y condiciones que estos deseen (siempre que la obligación esté encadrada dentro de la acción humana, es decir, la obligación nazca de la libre voluntad del obligado,²⁶ recaiga sobre un objeto cierto —fines precisos— y medie una causa válida —elemento esencial del contrato—).

Cuando este régimen legal se estableció en España los jueces tenían prácticamente imposible alterar las normas que las partes se habían impuesto en los contratos. Sin embargo, el intervencionismo judicial utilizó como pretexto la aparición de los contratos masivos de adhesión.²⁷

Tal intervención es legítima en tanto en cuanto salvaguarde la libertad de las partes correctamente expresada, reputando ineficaz un contrato que genere obligaciones en una parte cuando dichas obligaciones provengan de un consentimiento arrancado mediante violencia. Sin embargo, cuando la intervención responde a otras oscuras causas acaba generando el riesgo moral anteriormente descrito y cada interpretación judicial²⁸ de los contratos que injiere de manera directa en la voluntad de las partes acaba generando este riesgo moral.

²⁶ Así, por ejemplo, el Código Civil español de 1889 establece en su artículo 1261 cuando se establece que «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes». Y más adelante reputa de ineficaz el consentimiento extraído mediante violencia en el artículo 1267, lo que nos lleva de nuevo al marco de la acción humana.

²⁷ Vid Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II*.

²⁸ Y no puede ser aquí argumentado, *sensu contrario*, el proverbio latino «*in claris non fit interpretatio*», es decir, cuando los términos contractuales son claros no cabe la interpretación lo que, en sentido contrario, implica que ante la oscuridad del régimen de obligaciones el juez podría interpretar. Empero, son las partes las legitimadas a solucionar esta problemática y para ello podrán integrar el contrato en base a las restantes obligaciones contenidas o bien estar a los antecedentes de la relación contractual para saber a qué atenerse.

VIII

LA DERIVA INTERVENCIONISTA ACTUAL: HIPOTECAS, PREFERENTES Y DAÑOS PUNITIVOS

Habiendo quedado demostrado los perjuicios que puede ocasionar para el patrimonio de un tercero no responsable y para la libertad del individuo así como los perjuicios que sufre la sociedad en general derivados del riesgo moral que se genera al cercenar la responsabilidad del individuo, hemos de referirnos aquí a tres temas de máxima actualidad en los que es el poder judicial (y no el poder legislativo o ejecutivo) el que está alterando los regímenes de responsabilidad de las partes. Estamos hablando de la problemática de los desahucios, de las participaciones preferentes y la (menos conocida fuera del mundo jurídico) problemática de los daños punitivos.

Comencemos con las obligaciones hipotecarias. Para entender la relación jurídica que nace de la garantía real de hipoteca podemos simplificar²⁹ dicha garantía como sigue. La garantía hipotecaria es aquella que grava un bien inmueble para que, en caso de incumplimiento del deudor de la obligación principal (el pago del crédito) el acreedor ejecute el bien inmueble para, con lo que obtenga de él, poder satisfacer su derecho de crédito.

Es decir, en el marco de la acción humana expuesto con anterioridad, el deudor asume desde el momento constitutivo de la garantía real de hipoteca como posible consecuencia de su acción la pérdida del bien inmueble fruto del incumplimiento, esto es, la acción humana primigenia abarca hasta la posibilidad de verse despojado del bien inmueble, luego toda intervención que, una vez acontezca el supuesto de hecho —el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor— impida la consecuencia asumida no solo viola el régimen de obligaciones del contrato sino que supone una grave afrenta a la libertad del deudor, a la propiedad del acreedor y al riesgo que soporta el conjunto de la sociedad.

Al margen de desventuras legislativas tales como la aprobación, mediante ley, de una dación en pago retroactiva que vulnere de

²⁹ Para un análisis mucho más profundo se recomienda Bercovitz, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*.

facto la libertad de las partes, el poder judicial del Estado está interviniendo de manera activa en estas relaciones jurídicas mediante mecanismos tales como la paralización de ejecuciones hipotecarias (desahucios) sin mediar causa legítima que les otorgue tal poder.³⁰

Otro tema de máxima actualidad en el que se genera este perverso incentivo no es otro que el de las participaciones preferentes. Fuera de aquellos casos en los que no están presentes los elementos indispensables de la acción humana,³¹ las intervenciones en este tema han ido en la dirección de argumentar el grado de diligencia debida exigido a la figura del preferentista. Así pues, se ha justificado la invalidez de estos contratos solo por el mero hecho de que se trataba de productos financieros complejos y que el entendimiento de los mismos no se daba por entero por parte del preferentista.

Esta argumentación nos trata de llevar, inevitablemente, a una reducción del campo de la acción humana. Si el consentimiento no ha alcanzado todas las vicisitudes del contrato de participaciones preferentes esto implica que el individuo no se ha obligado a tales circunstancias y, por lo tanto, no le son exigibles. Sin embargo, esta argumentación ha de ser frontalmente rechazada en el caso que nos ocupa. El consentimiento no es otro, en el caso de las preferentes, que el del lucro económico del preferentista siendo el elemento esencial del contrato al que alcanza la voluntad del individuo la alta rentabilidad ofrecida por estos contratos financieros.

Y dentro del deber de diligencia debida bien es cierto que no es exigible que todos los individuos conozcan los elementos de las participaciones preferentes al detalle pero sí es exigible que cada individuo conozca aquello que va necesariamente aparejado a una alta rentabilidad: un alto riesgo. Así, un individuo conoce que un depósito bancario (sea o no sea de guarda y custodia)

³⁰ Un ejemplo de ello: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/12/suvivienda/136tz5775815.html>, en lo referido a la paralización de desahucios que están llevando a cabo Jueces y Magistrados en España.

³¹ Como podría ser aquellos casos en los que no se ha manifestado la voluntad de manera libre o que el consentimiento proviene de una persona incapaz de otorgar tal consentimiento.

tiene menor rentabilidad y, mentalmente, sabe que el depósito es un contrato *bastante* seguro. Luego debe razonar praxeológicamente que una alta rentabilidad le aleja de la seguridad que le da el depósito y, por tanto, debemos rechazar que el consentimiento no alcance los riesgos puesto que sí se enmarcan en el campo de la acción humana expresada en el contrato de suscripción o adquisición de participaciones preferentes.

Por último, hemos de referirnos por ampliar el debate, siquiera sucintamente, a la discusión jurídica que está generando el establecimiento de los *punitive damages* anglosajones (daños punitivos). Hasta ahora, los supuestos a los que nos hemos referido tenían como elemento común la restricción o eliminación total del régimen de responsabilidades surgido tras la acción. Sin embargo, en el caso de los daños punitivos, lo que se produce es una ampliación de esta responsabilidad más allá de los límites de la acción humana como ahora pasamos a ver.

Los daños punitivos^{32, 33} son los que se añaden al daño efectivamente causados por el responsable como medida sancionadora adicional a la obligación de reparar el daño. Es decir, una vez cubierto el perjuicio en el patrimonio del dañado, el juez fuerza a que el dañante enriquezca injustamente³⁴ al dañado con una finalidad punitiva y disuasoria.

³² Un ejemplo de daños punitivos podría ser el de una compañía tabacalera que causa la muerte por envenenamiento de un fumador. Una vez indemnizados los herederos y/o legados por el daño causado, un juez impone un pago *extra* que sirva como ejemplo a otras tabacaleras que obren con más cautela. Esto, como al final toda medida intervencionista, acaba volviéndose en contra del intervencionismo puesto que en vez de eliminar o reducir la asunción de riesgos siembra un campo en el que reina la inseguridad jurídica.

³³ En palabras de Carrascosa, «Estos daños punitivos constituyen una especie de pena privada prevista solo para castigar actos particularmente dañosos, graves, vejatorios y ofensivos tales como los daños al medio ambiente, a la salud y a la vida de las personas, y a la seguridad pública». Carrascosa, Javier, *Derecho de Daños* 2013, 387.

³⁴ El problema de estos daños punitivos es que se asientan en propio derecho privado, donde la arbitrariedad pública debería ser inexistente, no es la función del derecho privado castigar sino establecer las relaciones patrimoniales entre las partes. Así, Pantaleón expone: «para prevenir y castigar está el derecho penal y el administrativo sancionador: está el derecho público, que no lucra a las víctimas. El derecho de la responsabilidad civil es derecho privado, que soluciona el conflicto privado entre el perjudicado y el causante de daño, sin tratar de hacer política

Esto supone una clara afrenta a la acción humana en tanto en cuanto se está traspasando la responsabilidad asumida por la parte a la hora de actuar, los fines precisos y objetivos se alejan de la relación jurídica para entrar en un terreno abonado por la inseguridad jurídica y por la falta absoluta de legitimidad del juez (fuera de la cuestionable legitimidad que emana del Estado) que decide imponer una responsabilidad agrediendo con fuerza el patrimonio del causante (al que se le imputa el resarcimiento del daño más el del daño punitivo) y de la libertad de las partes de obligarse de manera autónoma.

IX LA SOLUCIÓN A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL: MÁS DERECHO, MENOS ESTADO

La solución al problema del riesgo moral generado por la intervención judicial, así como por cualquier tipo de intervención, pasa necesariamente por volver a los cánones de la institución jurídica definida con anterioridad. Por volver al derecho y rechazar la ley, por volver a un ideal de justicia que tome como fundamento la acción humana.

Para ello, la primera medida debe ser la regulación de todos los mercados, la férrea regulación de cada relación jurídica, así como de las acciones que pueda tomar el individuo fuera de los casos en los que se ha obligado mediante contrato (casos de responsabilidad extracontractual). No entendemos esta regulación como contraria al liberalismo, pues no nos estamos refiriendo aquí a una regulación arbitraria del Estado. La regulación necesaria es la rendición individual de cuentas. Esta es la férrea regulación que precisan todas las relaciones humanas. Y que dicha responsabilidad solo abarque el campo de la acción humana, como plasma el Código Civil Español, de las obligaciones contraídas se responda con todos los bienes, presentes y futuros (*sic*) y solo de las obligaciones contraídas.

social». Pantaleón, Fernando, «La importación de frigoríficos jurídicos», diario *El País*, 19 de julio de 1999.

En segundo lugar, es necesaria la liberalización de las relaciones humanas para alejar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del individuo ya que impide la estabilidad, dificulta la previsibilidad y entorpece la acción humana. Es un ataque a la seguridad jurídica que bloquea, en síntesis, la función empresarial y la generación de riqueza.

En suma, es necesaria una liberalización de las relaciones humanas acompañada de la sana y férrea regulación del régimen de responsabilidad que se extrae de la acción humana.

Sin embargo, no podemos ser optimistas en el contexto en el que nos desenvolvemos, avanzamos hacia una progresiva desregulación de todas las relaciones humanas que se plasma en la continua eliminación de la responsabilidad de la imagen. Los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y, como aquí se ha reseñado, judicial) están convirtiendo la sociedad en una sociedad de sujetos irresponsables con las consecuencias gravísimas que ello genera. No hay ninguna nota de optimismo que podamos extraer del contexto actual.

