

DR 29 435

En cuanto a la relación de causalidad, el nexo causal entre el acto dañoso y el resultado de daño producido, la ley no precisa, entonces ha sido todo producto de un desarrollo jurisprudencial. La jurisprudencia es caso por caso la que está encargada de decir cuándo había nexo causal y cuándo no había nexo causal. Tenemos dos posturas jurisprudenciales generales, que son las que ha adoptado el Consejo de Estado.

Una primera postura jurisprudencial es la de la equivalencia de condiciones. Según esta postura, se consideran causa del daño, es decir, de la lesión producida, todos aquellos hechos y acontecimientos que se han producido como causantes del daño. Es decir, todos aquellos acontecimientos sin cuyo concurso no se hubiera producido el daño.

La segunda postura o la segunda teoría es la teoría de la causación adecuada, es decir, solamente se considera como causa general del daño la causa fundamental, es decir, aquella causa a la que se puede atribuir con más probabilidad el daño antijurídico que se ha producido. Nuestra jurisprudencia, jurisprudencia española en el Tribunal Supremo, mayoritariamente se ha acogido a una postura bastante estricta a la hora de reconocer una responsabilidad administrativa y, entonces, ha exigido no solamente que el resultado dañoso sea producto directo de una actividad de la Administración, sino también que sea achacable exclusivamente a la actividad de la Administración. ¿Ello qué quiere decir? Bueno, pues que, según esta postura mayoritaria del Tribunal Supremo, se han estado desestimando sistemáticamente todas las pretensiones de indemnización, cuando además la actividad de la Administración interfería en la culpa de la víctima del que sufrió el daño, o bien de un tercero.

El Tribunal Supremo, según esta postura mayoritaria, no tenía en consideración si la conducta del perjudicado era una conducta ilícita o intencionada o simplemente una conducta negligente. Entonces, la base de excluir la responsabilidad administrativa en estos supuestos, en los que concurría la actividad de la Administración y, además, una actividad de un tercero o, incluso, del propio perjudicado, se basaba en que el nexo de causalidad se rompía al haber una intervención extraña a la actividad de la propia Administración. Además, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo al perjudicado la prueba de la existencia de nexo de causalidad y la Administración es la que está encargada o la que debe probar, si quiere sonar su responsabilidad, que este nexo causal sea roto por intervención del administrado o bien de un tercero.

Al lado de esta línea jurisprudencial mayoritaria que pretende evitar la responsabilidad administrativa, hay una línea jurisprudencial, para mi entender mucho más razonable, pero también mucho menos extendida, por supuesto, mucho menos abundante, que no exige la exclusividad de la actividad, es decir, del nexo causal y, por lo tanto, no excluye la responsabilidad de la Administración cuando interviene, además de ella, en la producción de un derecho dañoso, cuando interviene además un tercero o el propio perjudicado, a menos que la conducta del tercero o el perjudicado haya sido tan intensa que, de nada se producido,

no se hubiera producido el daño. En esta línea, la conducta de la víctima es tenida en cuenta en los supuestos daños causados por la fuerza pública, es decir, los daños que se causan a personas por uso de armas de fuego, por ejemplo, persecución de delincuentes, etcétera. En estos casos, el Tribunal Supremo suele declarar que la conducta sospechosa de la víctima no basta para exonerar a la Administración de la responsabilidad, es decir, que la intervención del propio perjudicado en la producción de derecho dañoso, que es, en este caso, las lesiones producidas por la Fuerza Aérea en público, no impide la existencia de un nexo causal y de una relación de causalidad.

¿Por qué? Porque, según expresaba basantemente la sentencia del Tribunal Supremo el 18 de enero de 1982, incito textualmente, no puede entenderse en sentido general o incondicionado que toda culpa produce tal efecto exonerativo, pues ello sería tanto como admitir que ante una situación ilícita creada por un ciudadano, la Administración puede emplear toda clase de medios, cualquiera que sea la importancia y gravedad de éstos. Además, esta misma línea jurisprudencial, decíamos que minoritaria, no excluye la obligación de indemnizar cuando concurren en la producción del daño, además de la conducta de la Administración, un hecho extraño calificado de fuerza mayor. Es el caso, por ejemplo, de los daños que se producen por inundaciones.

En estos casos, la jurisprudencia exige responsabilidad de la Administración cuando la inundación ha incidido, además de un elemento propio de la actividad administrativa, ha incidido además una actividad de un tercero o del propio perjudicado. Así, por ejemplo, no es extraño encontrar supuestos en los que el Tribunal Supremo ha condenado a la Administración por responsabilidad administrativa, en los que además al mal funcionamiento de una cantaría pública, por ejemplo, se han sumado los vertidos de los particulares, produciendo una gran contaminación. En ese caso, los daños producidos por la contaminación se achacan o, por lo menos, se hace responder a la Administración como uno de los coparticipes en el resultado dañoso producido.

En todos estos supuestos de concurso de causas, se frontea el problema de ver si es posible o no realizar un reparto proporcional del importe de la indemnización entre los diversos agentes que han confluído todos ellos a producir el hecho dañoso. Aunque en algunos casos el Tribunal Supremo ha considerado que cuando se dan interferencias del nexo, es decir, cuando hay varias causas, y si estas no son muy intensas como para romperlo, pues esta concurrencia de causas no exonera a la Administración, pero atempera su responsabilidad reduciendo la cuantía de la indemnización. A pesar de ello, no es posible decir que el Tribunal Supremo haya mantenido una línea uniforme.

Así, por ejemplo, cuando la concurrencia se da entre la actividad de la Administración y la actividad del perjudicado, al lado de fallos que no admiten la posibilidad de un reparto de responsabilidad, a pesar de que haya existido una actuación culposa o ilícita de la víctima, existen otros casos en los que se defiende la atemperación de la responsabilidad y la disminución correspondiente del importe de la indemnización, y en otros incluso el Tribunal

Supremo se acoge a la teoría de atemperación de culpas y realiza un reparto equitativo entre los diferentes causantes del hecho dañoso. Cuando lo que interfiere en el nexo causal es el hecho de un tercero, es decir, la actividad de un tercero extraño, el problema es mucho más difícil aún de resolver y la jurisprudencia se ha acogido a soluciones muy dispares. En algunos casos ha exigido cualquiera de los sujetos la dualidad de la deuda de la indemnización, reconociéndole el derecho a repetir contra los demás agentes causantes del daño, y en otros casos, sin embargo, ha reconocido la plena responsabilidad de la Administración acogiéndose a la teoría de la equivalencia de las condiciones que ya antes citábamos.

En los últimos minutos de Revista de Derecho, un tiempo dedicado al derecho penal. Como siempre, contamos con la presencia del catedrático de la UNED, don José María Estampa Brown, y esta noche, en su intervención, comentará el intrusismo, consideraciones sobre el delito y la falta. Buenas noches, profesor Estampa.

Buenas noches. Para centrarnos en el tema de esta noche, ¿nos podría dar unos casos ilustrativos para decirnos qué es el intrusismo? Pues hay muchos casos de intrusismo en la vida social, y yo me atrevería a decir que cada día proliferan más estas situaciones. Pero para que nos entiendan los alumnos, pues basta con pensar, por ejemplo, en el protésico que hace funciones de odontólogo, que es una cuestión muy común y muy generalizada.

En el óptico, que se inmiscuye en el dominio reservado a la técnica propia del médico oftalmólogo. El agente de la propiedad inmobiliaria que suscribe o redacta contratos de compraventa, que son, por definición, materia más propia del ejercicio de la abogacía. Y otras muchas situaciones similares en las profesiones que tienen una categoría superior y otra inferior, y que se preocupan los ordenamientos con dificultad de intentar fijar lo que compete a cada uno de esos grupos integrantes de una profesión, por ejemplo, arquitectos o doctores arquitectos y aparejadores o arquitectos técnicos.

En materia médica, pues ocurre lo propio entre la función de un cirujano y de un ATS. Y claro, se plantea en este último caso, pues toda la problemática del trabajo en equipo, que a efectos de responsabilidad penal y civil, tiene una singular trascendencia, ya que normalmente hoy se actúa, mediante la intervención de varias personas, en la consecución de un mismo objetivo. Una operación se realiza, pues por muchos intervinientes dentro de un equipo médico que se encarga desde el cirujano hasta el ATS, pasando por el anestesista, etcétera, etcétera, de que aquello se realice con buen fin y se adecue a la Lex Artes.

De tal manera, por lo tanto, en la vida social se dan con frecuencia estas situaciones que luego trascienden al campo del derecho y que el juicio penal intenta regular, no con facilidad, ya que los problemas son dificultosos, a pruebas que ha habido una continua modificación de los preceptos pertinentes, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo todos los días alecciona con pautas que sirvan para deslindar la muy difícil cuestión del roce o intromisión de una profesión en otra. Esto, en la vida real, es el panorama que presenta esta hipótesis que luego el derecho penal regula como intrusismo. ¿Qué ocurre? Que el derecho penal, como he dicho tantas veces,

se queda como última raza, como última posibilidad de defensa de acciones especialmente disfuncionales en la convivencia social, y cuando considera que estos actos son especialmente graves porque pugnan contra intereses jurídicamente protegidos de primera calidad, entra en juego.

Entra en juego por un principio de intervención mínima cuando fracasan las demás instancias jurídicas de carácter administrativo o estrictamente pecuniario por vía sancionadora administrativa, entonces aparece el derecho penal, insisto, pues intentando reprimir o moderar conductas que no convienen para la paz social. Entonces, ¿cómo está regulado en la actualidad en el Código Penal este intrusismo visto tanto como delito? En el Código Penal está regulado en dos preceptos fundamentalmente, el artículo 321 y el artículo 572. En el 572, como falta, en el 321, como delito.

El 321, dicho sea de paso, hoy ya no está como estaba antes en el artículo de las falsedades, pues se considera que las distintas modalidades de delito de intrusismo y las diversas modalidades de falta de intrusismo no suponen un atentado contra el principio de la fe pública. No es el hecho de falsear una apariencia lo que hace que el derecho penal reaccione, sino la intromisión en otra actividad que no le compete al que realiza este tipo de acto disfuncional para la convivencia social y que se inmiscuye, como antes decía, en el terreno reservado a otra profesión. No está en las falsedades sino en un capítulo propio del ejercicio de estas actividades que suponen o ejercitar una actividad sin título o ejercitar una actividad profesional sin la habilitación correspondiente, o el otorgar prebendas, condecoraciones, títulos nobiliarios sin estar autorizado para ello, o el usar en público insignias uniformes, incluso distintivos religiosos cuando se trate de religiones confesionalmente u oficialmente reconocidas por el Estado.

Todas estas hipótesis de manifestaciones que en el fondo responden a un principio de falsedad pero que no es la esencia de alteración de la verdad lo que supone su castigo, digo que todas estas hipótesis están ahí haciendo de centro neurálgico para el intrusismo el 321 y periféricamente las otras hipótesis delictivas que están a su entorno y en cuanto a la falta el 572. Pero quiero advertirle que el 321 es un tipo penal forzosamente abierto en el sentido de que es menester completarlo como ocurre tantas veces con las previsiones de otros ordenamientos afines al derecho penal. Pongamos el caso del arquitecto y el aparejador o si se quiere del arquitecto técnico y del arquitecto superior o doctor arquitecto usando una terminología actual.

Pues de una manera diré reiterada se ha intentado que en materia de construcción cada cual tenga un cometido muy concreto. Los arquitectos técnicos o aparejadores ya en un decreto del año 32 tenían como principal objetivo la vigilancia de los materiales, la vigilancia asidua de las mezclas para que los elementos constructivos sean buenos y respondan a una homologación de calidad como exige una buena construcción. En tanto que al arquitecto se le confería el proyecto, la dirección de la obra, el estudio edafológico del suelo.

Cada uno tenía un ámbito de competencias para impedir que uno de ellos irrumpiese en el

ámbito del otro. A pesar de los muchos decretos y de establecimientos de competencias de una y otra profesión la verdad es que luego en la práctica es muy difícil de deslindar cuál es el campo exacto de una y otra y puede haber solapes entre el arquitecto y el aparejador y eso puede constituir roces profesionales que a lo mejor incluso pueden llegar a ser intrusismo. En materia de protésicos y odontólogos pues se da todavía con más frecuencia.

Son muchas las manifestaciones del Tribunal Supremo en este sentido. Y me detengo en este concreto supuesto porque me parece que es muy ilustrativo. Usted me pregunta cómo está regulado el derecho penal.

El derecho penal 321 lo que se sanciona fundamentalmente es el ejercicio de competencias propias de otra profesión. No ya el que se manejen títulos que no se tienen, no ya el que se ostente públicamente una condición profesional de la cual se carece, que es un agravante en el segundo párrafo del 321, sino que se realicen actos propios de otra profesión. El concepto de realización de acto propio de otra profesión es así el núcleo del hecho del injusto del delito de intrusismo del 321.

Veamos el caso al que estoy haciendo referencia. El protésico tiene como misión reglamentariamente establecida en un decreto reciente el realizar, por ejemplo, una prótesis, una prótesis móvil en boca, pero mediante una receta, un diagnóstico y una orden del odontólogo. Si este protésico lo que realiza son inspecciones en boca de tal suerte que sea el quien diagnostica la confección de esa prótesis, puede asegurarse eventualmente que está irrumpiendo en el campo propio del odontólogo, que es el que tiene que recetar, entonces al protésico le correspondería en principio la elaboración de la prótesis.

Pero en la práctica viene una cuestión diaria, es que también la coloca y naturalmente esa colocación es o no propia de este oficio, tiene que estar el odontólogo presente para colocarla. Los odontólogos dicen que sí, aquellos dicen que no y en función de ese decreto que delimita sus distintas actividades hay pugnas diarias y son muchos los casos que trascienden a la órbita penal de los tribunales de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Supremo en los que un protésico, pues a lo mejor ha realizado una intervención menor odontológica o ha hecho por su cuenta esa prótesis fija o móvil sin la prescripción facultativa del odontólogo o ha reparado sin la prescripción también del odontólogo una prótesis ya impuesta, etcétera. Se dice es él el que más interés y más competencia tiene en la elaboración de estos artilugios, pero se afirma por el odontólogo, yo soy quien tengo que vigilar si, por ejemplo, el material usado va a provocar un rechazo o va a ser contrario a la naturaleza biológica del lugar donde se implanta, etcétera.

Estas son competencias técnicas que a mí sólo me atribuye mi especialidad como médico y que el protésico no tiene. ¿Y qué ocurre? Que en cuanto en casa del protésico se advierten instrumentos que puedan inequívocamente suponer que está realizando funciones propias del odontólogo, estos que son muy celosos en la defensa de su oficio querella que interponen contra el primero y normalmente condena que obtienen contra el primero porque se considera que en este caso el protésico está realizando actos que no son propios de su oficio y ahí hay un

caso de intrusismo clarísimo. Ocurriría lo mismo en cierta medida un agente de la propiedad inmobiliaria, cual es un intermediador en la compraventa de una finca rústica u urbana, pero él puede a lo mejor realizar o escribir un contrato entre las partes y de hecho lo hace.

Esta competencia de realizar un contrato interpartes es propia nada más que de los técnicos en derecho, de los abogados por ejemplo, bueno, el tema es mucho más discutible y creo que como también las partes pueden realizar negocios obligacionales sin someterse a la técnica de un experto en derecho, de cualquier manera que el hombre quiera obligarse quede obligado, decía ya el ordenamiento de Ancalá hace muchos siglos, pues no creo que hubiese aquí ninguna irrupción, ningún tipo de acto propio de la profesión de abogado en la redacción de ese convenio, no obstante el tema es polémico y es discutible. Y en materia de ópticos y de oftalmólogos pues sucede lo mismo ya que la prescripción de unas gafas previa corrección de la vista del usuario pues se dice es un acto propio del oculista, en tanto que la elaboración de esos cristales es propio del óptico, repito que hay lo mismo. El 321 entonces lo que dice es que aquel que realice actos propios de una profesión que no sea la suya y añade en el segundo párrafo si públicamente si ostentar el ejercicio de una profesión que no se tiene poniendo un cartel diciendo médico dentista cuando sólo se es protésico se agrava la pena que es bastante elevada y en este caso se impone además la demunta.

En el 572 se han llevado pues una serie de situaciones que no están dentro del 321 y que significan una actuación de menor importancia como por ejemplo el abogado que realizase actos propios de la abogacía sin estar inscrito en el colegio, esta inscripción en el colegio cuando se necesite si no se realiza puede dar lugar a una simple falta, lo mismo que no estar habilitado a efectos económicos mediante la incorporación a la licencia fiscal correspondiente. De modo que hay una gama de situaciones regulables en materia de intrusismo bastante heterogénea en la cual no me puedo extender más por motivos de tiempo. Profesor Estampa, ¿podría considerarse intrusismo por ejemplo el mal uso de informaciones privilegiadas en materia mercantil, financiera? Ese es un tema apasionante que exigiría una charla específica, me basta con apuntar que está muy de moda lo que se llama el insider trading que en una terminología más vulgar es lo que se conoce como los tiburones, la gente que está dentro de una organización y que transmiten información que otros no tienen.

Esta información que por eso se llama privilegiada porque la poseen unos pocos y no la tienen los más puede dar lugar a grandes negocios, si el señor que está en bolsa sabe que contra una sociedad A o B se va a hacer una oferta de adquisición pública de acciones, lo que se llama OPA, bien sea amistosa u hostil y sabe que esas acciones van a bajar o subir y utilizando esa información que es suya pero no de los demás realiza pingües negocios por medio de él o de un amigo interpuesto, pues está conculcando los deberes deontológicos de su oficio y en cierta medida está haciendo un acto intrusismo de un agente de cambio y bolsa o de un mediador de comercio a los cuales normalmente no ejercitan estos actos prohibidos. La reglamentación de estas actuaciones por cierto en España es incipiente como lo es en el resto de los países de nuestro mundo de cultura pero el caso de Boensky por ejemplo en América de alguien que comunicaba estas informaciones confidenciales para enriquecer a amigos naturalmente

persiguiendo él un lucro es aleccionador sobre la necesidad de regular este en definitiva pequeño tráfico de influencias pequeño en el sentido del limitado a un sector profesional muy concreto aunque en la práctica dan lugar a pingües y grandes negocios y dejan al pobre accionista de bolsa pues como un ser ingenuo que acude cuando todos los iniciados saben más que él y están en una situación de desventaja económica que contradice la determinación del precio de las acciones mediante un sistema de competencia auténtica y no deteriorado por el conocimiento que unos tengan de los avatares de ese título mobiliario. Y para finalizar profesor Estampa una última cuestión precisamente al hilo de lo que estaba diciendo las informaciones privilegiadas tal vez pero en el apartado de la política ¿no? Lo que últimamente se está oyendo tanto hablar del tráfico de influencias ¿esto se podría considerar una especie de intrusismo o no? Bueno esto es un tráfico de influencias en parte esto que le estoy diciendo antes del insider trading que se puede llevar a muchos sitios ahora hasta qué punto es intrusismo me parece que había que reglamentarlo de otra manera pero esta cuestión y también me gustaría dedicar un día una reflexión específica a ello yo creo que tiene una gama de matices tremendas decía y tenemos que concluir pausadamente un ministro francés de justicia se llamaba Badain Theaif que fue un gran abogado que el tráfico de influencias no solamente se ejerce en la actividad comercial sino que decía él refiriéndose en el año 60 en una declaración que he ido en el express a la actuación de los abogados franceses que la gente busca no ya abogados competentes solo sino abogados influyentes y que se estaba dando un tal matiz a esta elección que iban a transformar a la abogacía en una profesión de personas influyentes ¿esto es tráfico de influencias? Bueno esto es valerse a lo mejor de una situación que se ha tenido hasta una jubilación y que luego sirve pues para entrar en los tribunales con más facilidad eso es valerse de situaciones de privilegio que en definitiva no son más que una manifestación de tráfico de influencia no diré que errocen problemas de intrusismo pero que quizás pudiesen ser reglamentadas en este vasto capítulo de las injerencias en cometidos que no le corresponden a uno que se regula en el capítulo donde está el 321 al que acabamos de hacer referencia Pues ya nada más profesor Estampa puesto que nuestro tiempo de Revista de Derecho de este viernes está ya llegando a su fin muchas gracias por estar aquí De nada, buenas noches Punto y final a Revista de Derecho de este último viernes del mes de marzo que hemos dedicado a las materias del tercer curso Una última oportunidad de contactar con los profesores de la sede central de la UNED la tendrás el viernes 11 de mayo que será cuando se emita el último programa de tercer curso del presente año académico No obstante, la Revista de Derecho volverá de nuevo el próximo viernes para ofrecer a los alumnos del segundo curso las materias y contenidos de actualidad relacionadas con las asignaturas de este curso Profesores y el equipo técnico del CEMAP que realizamos este programa te damos las gracias por tu atención y te invitamos a que sigas en esta misma frecuencia para continuar escuchando la emisión radiofónica de la UNED Vamos a dar paso al siguiente espacio, el informativo semanal de la UNED que presenta Edith Checa Buenas noches, Edith