

# InDret

*Estructura d'un dret europeu de danys*

*Desenvolupament històric i dogmàtica moderna*

**Nils Jansen**  
**Facultat de Dret**  
**Universitat de Regensburg**

**Working paper núm: 128**  
**Barcelona, abril de 2003**  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

## ***Sumari***

- 1. Introducció**
- 2. Bolton v. Stone**
- 3. El problema de la distinció entre responsabilitat objectiva i per culpa**
  - 3.1. L'homogeneïtat del dret de danys i l'heterogeneïtat de la regulació europea**
  - 3.2. La uniformitat en la valoració de la responsabilitat civil**
- 4. Fonaments de la distinció entre responsabilitat objectiva i per culpa**
  - 4.1. Deures civils de conducta**
  - 4.2. Compensació i distribució**
- 5. Una explicació històrica**
  - 5.1. L'origen del dret de la responsabilitat civil en el dret romà de danys**
  - 5.2. Cap a un dret de danys modern**
  - 5.3. El dret de danys en la discussió del dret natural**
  - 5.4. Evolució als segles XIX i XX**
- 6. Un model alternatiu**

## 1. Introducció<sup>1</sup>

El dret de danys actual s'estructura fonamentalment entorn de la divisió entre la responsabilitat per culpa, d'una banda, i la responsabilitat objectiva, de l'altra<sup>2</sup>. Així, l'existència d'una conducta contrària a un deure jurídic és pressupòsit del règim de responsabilitat per culpa: el causant d'un dany només n'és responsable si ha realitzat un acte il·lícit, és a dir, si ha realitzat un acte no permès pel dret. D'aquí que la qüestió dogmàtica se centri en el concepte d'antijuricitat i de culpa. Els pressupòsits de la responsabilitat objectiva, com per exemple la responsabilitat per risc i per sacrifici són diferents. En aquest context, el causant del dany respon amb independència que la seva conducta hagi estat més o menys diligent, de manera que l'acció de danys s'ha de basar en requisits objectius, com la perillositat de la conducta danyosa i la ingerència intencionada en béns jurídics aliens<sup>3</sup>.

Avui aquesta distinció fonamental és present a la totalitat de sistemes jurídics europeus i també ocupa un lloc central en l'anàlisi econòmica del dret<sup>4</sup>. Així mateix, la distinció sembla ser un principi estructural del dret europeu de danys. Tot i això, a nivell dogmàtic, és més clara en el dret alemany que en altres ordenaments jurídics. Així, només en el dret alemany aquesta distinció es considera com quelcom més que un principi d'ordre públic i s'ha revalorat des d'un punt de vista teleològic com un fonament teòric de justícia<sup>5</sup>. Tanmateix, conceptualment, aquesta distinció sembla ser una assumpció bàsica en tots els ordenaments jurídics, de manera que, tant conceptualment com ideològica, les propostes en aquest sentit es mantindran en un futur dret europeu, en el qual la responsabilitat per una conducta contrària a un deure jurídic, en particular, la responsabilitat per culpa, es distingeix de la responsabilitat objectiva des d'un punt de vista estrictament sistemàtic<sup>6</sup>.

La tesi principal que se sosté en aquest article és que la distinció és errònia i, per això, s'hauria d'abandonar. En efecte, el dret de danys està estructurat uniformement, d'aquí que la distinció sigui una qüestió més dogmàtica que de fons. Però, això no significa que una

---

<sup>1</sup> El treball, que fou presentat en un seminari que tingué lloc al *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* d'Hamburg, es basa en la seva major part en el meu llibre *Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz* (publicat a Mohr Siebeck, Jus Privatum).

<sup>2</sup> J. ESSER, *Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts*, JZ 1953, pàgs. 129 i ss.

<sup>3</sup> E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 1995, marginals 5, 8, 9, 13, 14 i ss.; K. LARENZ/C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts II/2*, 1994, pàgs. 351 i ss., 605. En aquesta afirmació es basa el treball del *Study Group on a European Civil Code* de Christian VON BAR; vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 9 I. 4.1.

<sup>4</sup> En detall, JANSEN (nota al peu 1), § 3 I. 1.; des d'una perspectiva econòmica pot tenir sentit una graduació diferenciada entre la responsabilitat per culpa i objectiva: a.a.O., § 3 I. 1.3.3.

<sup>5</sup> Vegeu *infra* 4.2.

<sup>6</sup> C. v. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, 1996, marginals 5 i ss.; Bd. II, 1999, marginals 179, 244, 278; vegeu també DENS, *Konturen des Deliktsrechtskonzepts der Study Group*, ZEuP 9 (2001), pàgs. 515, 526; també G. WAGNER, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, a R. ZIMMERMANN (Ed.), *Grundstrukturen eines Europäischen Deliktsrechts, Arbeiten zur Rechtsvergleichung* (Nomos), 2003, V. 1.c.

conducta no antijurídica no constitueixi en si un fonament de responsabilitat. El cas contrari és el previst al § 823 II BGB, que n'és un exemple clàssic. Tot i això, en aquest treball la responsabilitat per culpa no serà el centre d'atenció<sup>7</sup>. El que realment importa és que no hi ha cap diferència estructural entre la responsabilitat per culpa del § 823 I BGB, que troba el seu equivalent en la responsabilitat per negligència (*negligence*) del *Common Law* o en l'art. 1382 del Code civil francès, i la responsabilitat objectiva: és una responsabilitat personal pels danys causats a béns jurídics aliens.

Cal destacar que l'aplicació de la tesi que es defensa en aquest treball no requereix cap modificació material del dret, sinó que és suficient amb una descripció adequada del dret vigent. Caldrà tenir en compte aquesta reformulació en una futura codificació del dret de danys per evitar decisions contradictòries dels Tribunals.

## 2. *Bolton v. Stone*

El cas britànic *Bolton v. Stone*<sup>8</sup> il·lustra amb especial claredat el problema de la dualitat responsabilitat per culpa i objectiva del dret de danys. La decisió respon a la qüestió de com s'hauria de valorar la negligència, és a dir, quin hauria de ser l'estàndard de diligència raonable en les relacions del tràfic. En aquest sentit, *Bolton v. Stone* és un cas de llibre a Anglaterra: els estudiants aprenen que en la responsabilitat per culpa es qüestiona si el comportament danyós fou o no fou raonable, és a dir, conforme a un deure, la qual cosa no depèn, certament, de la previsibilitat del dany<sup>9</sup>.

En aquest cas, la Sra. Bessie Stone era al carrer davant de casa seva, mentre es disputava un partit en un camp de cricket pròxim. Un llançament extraordinari de 103 iardes feu que la pilota sobrepasés la tanca de seguretat, arribés a la Sra. Bessie i li causés ferides de consideració. En el procés la societat demandada al·legà que no se li podia retreure cap manca de precaució: la tanca era prou alta com perquè la majoria de les pilotes no la sobrepasessin, de manera que en els últims trenta anys només sis pilotes havien sobrepasat la tanca. A més, el carrer adjacent al camp de cricket no era concorregut habitualment. Així, és rellevant que en els 85 anys d'història de la societat demandada no havia succeït cap altre accident d'aquest tipus. No hagués estat raonable, per tant, exigir a la societat la construcció d'una tanca més alta.

Una argumentació com aquesta és evident i sembla plausible. A més, el Grup d'Estudi per a un Codi Civil Europeu (*Study Group on a European Civil Code*), dirigit pel Prof. Christian von Bar i que pretén codificar el dret civil europeu, ha adoptat a l'art. 1:103 el principi de responsabilitat implícit a l'argumentació anterior<sup>10</sup>. Tot i això, cal preguntar-se per què la Sra. Stone ha d'assumir efectivament els costos que des de la perspectiva del club són

<sup>7</sup> Vegeu nota al peu 134.

<sup>8</sup> [1951] AC 850 (H.L.).

<sup>9</sup> *B.S. Markesinis & S.F. Deakin*, *Tort Law*<sup>4</sup>, 1999, S. 167 f.

<sup>10</sup> Contrasteu amb. VON BAR, *Konturen des Deliktsrechtskonzept der Study Group* (nota al peu 6).

justificats, és a dir, per què es permet al club externalitzar els seus costos quan aquests siguin d'escassa entitat? Des d'un punt de vista de justícia material, sens dubte, desestimar la demanda és menys raonable que la regla de responsabilitat adoptada<sup>11</sup>.

Entre els juristes anglesos es comenta que el jutge i l'advocat del club havien arribat a un acord abans que es dictés la Sentència, per a què el club –sense el reconeixement d'un deure jurídic- assumís el dany. A Alemanya una posició com aquesta, més pragmàtica, no està a disposició dels juristes. Per tant, en casos semblants, Jutges i Magistrats haurien de decidir, per exemple, si els clubs de futbol s'han d'assegurar de què les pilotes no arribin a la finestra del veí –les normes tècniques de l'ordenament jurídic alemany estableixen exigències mínimes de seguretat<sup>12</sup>. Tot i això, no és evident que a la pràctica aquesta conducta es pugui exigir als clubs de futbol: és conegut que les pilotes de futbol són menys perillosos que les pilotes de cricket, les quals –el cas de la Sra. Stone n'és un exemple clar- poden causar clarament danys més greus que una pilota de futbol. En el cas, per tant, s'hauria d'haver aplicat un tipus de responsabilitat de garantia per danys, és a dir, una regla de responsabilitat objectiva. La doctrina predominant –des d'un punt de vista dogmàtic- rebutja l'anterior i reclama una ampliació de la responsabilitat per risc<sup>13</sup> – és a dir, de la responsabilitat objectiva<sup>14</sup>, d'una banda, i la limitació de la responsabilitat per culpa, de l'altra<sup>15</sup>. Això és necessari, segons von Bar, per preservar la capacitat funcional de la responsabilitat per culpa<sup>16</sup>.

Una responsabilitat basada en deures generals de conducta comporta dificultats que no són un problema específic del dret anglès: tot i que els Jutges alemanys són poc propensos a establir deures de precaució amb l'objectiu de fonamentar una condemna de responsabilitat, sí que trobem en el dret alemany casos resolts de manera semblant a *Bolton v. Stone*. Així, per exemple, el Tribunal Suprem Federal alemany (*Bundesgerichtshof* –BGH-) decidí el 1995 que en els casos en els què no sigui raonable preveure un dany a un tercer es podria excloure una pretensió de responsabilitat amb base en el § 823 I del Codi Civil alemany (*Bürgerlichesgesetzbuch* –BGB-), precisament per l'absència de culpa<sup>17</sup>. El cas s'havia originat per la denúncia de la fugida que un parent del demandant havia planejat per abandonar la República Democràtica Alemanya. El demandat havia assumit el paper de

<sup>11</sup> És possible discutir-ho d'una forma abstracta com una qüestió de justícia derivada de l'eficiència de *Kaldor Hicks* entre persones privades; no obstant això, no s'hauria de plantejar aquí, ja que no aporta res a la solució del problema jurídic concret.

<sup>12</sup> *Staudingers Kommentar zum BGB*-HAGER, § 823, marginal E 337.

<sup>13</sup> Vegeu l'informe presentat per DEUTSCH i WEITNAUER al *Karlsruher Forum* de 1968, particularment H. KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr*, AcP 170 (1970), pàgs. 1, 19 i ss., 22 i ss., m.w.N.; M. R. WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, 1980, pàgs. 277 i ss.; actualment, vegeu VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al peu 6), marginal 350; WAGNER (nota al peu 6), V. 3. i 4.; en certa mesura, també LARENZ/CANARIS, *SchuldR II/2* (nota al peu 3), pàg. 602; en el mateix sentit BRÜGGEMEIER, *Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht*, AcP 182 (1982), pàgs. 385, 401 i ss. També s'ha seguit aquesta postura a una proposta de codificació del dret de danys suís (Art. 50 VE, a D. KOCH, *Die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts*, ZEuP 9 (2001), pàgs. 753, 758 i ss.). També P. WIDMER & P. WESENER, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht*, 2001, pàgs. 137 i ss.

<sup>14</sup> B.A. KOCH, *Die Sachhaftung*. 1992.

<sup>15</sup> En detall sobre els problemes d'aquesta concepció, JANSEN (nota al peu 1), § 9 I. 3.3.

<sup>16</sup> V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al peu 6), marginal 313 (pàg. 343).

<sup>17</sup> BGHZ 127, 195.

confident per convèncer el seu oncle i demostrar-li que creuar il·legalment la frontera era un cas extremadament difícil de provar. No obstant això, no existia cap obligació derivada del dret de la República Democràtica Alemanya per l'activitat de confident; només es requeria una denúncia per condemnar algú per un intent de fugir il·legalment del país. Possiblement, segons el BGH, el demandat estava en aquell moment tan implicat en el sistema de seguretat estatal que per ell no hagués estat raonable comportar-se d'una altra manera.

Aquí sorgeix de nou el mateix problema que a *Bolton v. Stone*: en el pla dels estàndars de comportament, és perfectament comprensible que, ateses les especials circumstàncies del sistema de la República Democràtica Alemanya, una persona actuï com a confident. Malgrat això, assumir que el causant del dany pugui alliberar-se de respondre pels danys materials significatius causats a la víctima (concretament, el lucre cessant derivat de l'estada a la presó), no és tan clar. Per aquest motiu la distinció entre responsabilitat per culpa i responsabilitat objectiva del dret de danys és errònia des d'un punt de vista teleològic.

### **3. El problema de la distinció entre responsabilitat objectiva i per culpa**

#### *3.1. L'homogeneïtat del dret de danys i l'heterogeneïtat de la regulació europea*

En contraposició a una estricta divisió categòrica del dret de danys mitjançant grups de responsabilitat creats dogmàticament, la realitat jurídica actual es caracteritza per una transició cap a les responsabilitats individuals. Una divisió útil del dret de danys prescindeix, aquesta és la meua segona tesi, de la distinció entre responsabilitat per culpa i objectiva.

No representa cap novetat que entre la responsabilitat per culpa i la responsabilitat per risc hi hagi una transició gradual<sup>18</sup>. Al dret alemany això es mostra a la responsabilitat per culpa, especialment. La jurisprudència alemanya ha establert deures de tràfic especials i severs i, per tant, a l'ordenament jurídic alemany la responsabilitat per culpa freqüentment constitueix més o menys una responsabilitat de garantia. Cal assenyalar –com ja s'ha indicat– que l'afirmació anterior no només és vàlida per a activitats especialment perilloses: és interessant, per exemple, el cas de la responsabilitat del propietari d'un negoci pels accidents que hi succeeixen, com per exemple, la responsabilitat per accidents en supermercats<sup>19</sup>. De manera semblant, això serveix per a l'obligació d'una llevaneus: caure malalt sobtadament i restar a l'hospital com a conseqüència de la malaltia no constitueix

<sup>18</sup> Per a una transició fluïda entre deures del tràfic i responsabilitat per risc en el dret alemany, vegeu J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 1969, pàgs. 23 i ss.; E. v. CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, pàg. 13; actualment, C. v. BAR, *Verkehrspflichten*, 1980, pàgs. 103 i ss., 128 i ss.; H. KOZIOL, *Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit und Traum*, JBl. 2001, pàgs. 29, 35 i ss.; T. MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht*, 1993, pàgs. 114 i ss.; E. STEFFEN, *Haftung im Wandel*, ZVersWiss. 82 (1993), pàgs. 13, 18, 20 i ss., 25, 27 i ss.; w.N. bei JANSEN (nota al peu 1), § 9 I 3.1.

<sup>19</sup> BGHNJW 1985, pàgs. 482 i ss.; NJW 1991, 921 i ss.; OLG Köln, VersR 1999, pàgs. 243 i ss.

cap dany: l'obligat pel tràfic hauria d'haver parat atenció<sup>20</sup>. Quan surt l'aigua d'un rentaplats o d'una rentadora, qui els usa ha de respondre del bon estat de conservació de la màquina i del seu ús adequat<sup>21</sup>. Les agències de viatges, per la seva banda, han de garantir la seguretat als hotels; per exemple, la seguretat de les baranes dels balcons<sup>22</sup>. S'hi afegeix la intensificació de les exigències de precaució mitjançant instruments processals, com la inversió de la càrrega de la prova en l'acreditació de la culpa, la qual cosa en definitiva pot significar la imposició d'una responsabilitat objectiva.

Inversament, la responsabilitat estricta per risc està limitada als supòsits d'exclusió de responsabilitat, és a dir, als supòsits de força major i succés inevitable i, per tant, s'aproxima a la responsabilitat per culpa. Quan es descriu el resultat inevitable –segons les velles teories subjectives de la força major– mitjançant l'estàndard de precaució d'un conductor ideal, això pot respondre en conclusió a una responsabilitat per culpa particularment estricta<sup>23</sup>. De fet, el legislador ha suprimit la divisió entre força major i succés inevitable en favor de la graduació precisa i objectiva de la força major; això obeeix principalment a motius dogmàtics abstractes que es posaren de manifest als anys cinquanta del segle passat<sup>24</sup>.

Aquest resultat de la substitució mútua funcional entre la responsabilitat per culpa i la responsabilitat per risc també es constata especialment en el dret comparat<sup>25</sup>. Així ho demostra la “responsabilitat del guardià” (*responsabilité du gardien*) de l'ordenament jurídic francès, que conceptualment suposa una responsabilitat objectiva per posar en perill de les coses que té sota la seva custòdia, tant de fet com també a les conseqüències jurídiques de la responsabilitat per deures del tràfic al dret alemany<sup>26</sup>. D'altra banda, la responsabilitat per danys causats per vehicles a motor es regeix a Anglaterra per un estàndard de diligència que, finalment, no la fa menys estricta que l'alemanya<sup>27</sup>. Ans al contrari, a Anglaterra la responsabilitat pels danys causats per una fuga d'aigua en una rentadora o en un rentaplats seria determinada normalment com a responsabilitat objectiva derivada d'immissions (*nuisance*)<sup>28</sup> amb els mateixos resultats que a Alemanya. Paral·lelament, molts ordenaments jurídics coneixen també genuïns supòsits de fet híbrids la classificació dels quals com a responsabilitat per culpa o com a responsabilitat per risc és especialment difícil. Concretament, es pot apreciar a la responsabilitat estricta per activitats perilloses en

<sup>20</sup> BGH VersR 1970, pàg. 182.

<sup>21</sup> Vegeu notes al peu 36 i 37.

<sup>22</sup> BGHZ 103, 298, 305 f.

<sup>23</sup> En detall, JANSEN (nota al peu 1), § 9 V. 2. i 3.

<sup>24</sup> En detall, JANSEN, *Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik. Zur Reform des Schadensersatzrechts 2002*, que es publicarà pròximament a *Juristenzeitung*.

<sup>25</sup> v. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al peu 6), marginals 244, 306, 313.

<sup>26</sup> U. HÜBNER, *Zur Problematik der „Verkehrssicherungspflichten“ im französischen Recht*, VersR 1980, pàgs. 795 i ss.; v. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (nota al peu 6), Bd. I, marginals 98 i ss., 106, Bd. II, marginals 244, 306, 313, 315 i ss., 322 i ss.

<sup>27</sup> Vegeu *Roberts v Ramsbottom* [1980] 1 All ER 7.

<sup>28</sup> Confronteu amb J. FLEMMING, *The Law of Torts*, 1998, pàg. 457; *Sedleigh-Denfield v O'Callaghan* [1940] AC 880 (H. L.): fuga d'aigua a conseqüència de l'embussament d'una canonada.

el dret italià i en el portuguès<sup>29</sup>. Dificultats semblants sorgeixen també en la responsabilitat per productes defectuosos del dret alemany<sup>30</sup>.

Una transició semblant succeeix no només entre la responsabilitat per culpa i per risc, sinó també entre la responsabilitat per culpa i la responsabilitat per sacrifici, especialment. El cas típic d'aquest tipus de responsabilitat requereix, d'acord amb el dret alemany, una intromissió intencionada i autoritzada per la llei en el sentit del § 904.2 BGB. Si el causant del dany es creu capaç d'evitar-lo (creu que podria evitar el dany), llavors no se l'hauria de fer respondre<sup>31</sup>. Valorativament aquesta distinció no aclareix res, perquè també resulta aplicable als danys causats conscientment i per motius egoistes. En el dret Amèrica, el cas típic que il·lustra el problema de la responsabilitat per sacrifici és el següent: un vaixell sol·licità fondejar en un port estranger a causa de la imminent amenaça d'una tempesta i, ateses les circumstàncies, en va rebre autorització. Un cop al port, l'embarcació danyà el moll en ser empès contra ell pel fort vent i les onades. El Tribunal determinà que l'autorització per atracar al moll no podia excloure la responsabilitat pels danys causats<sup>32</sup>: qui obté un benefici de béns jurídics aliens –ja sigui per una intervenció directa o per un risc conegut i egoista–, ha de compensar l'eventual danyat. Corresponentment, d'acord amb el nou dret holandès, un interès públic fonamental pot excloure l'acció negatòria (pretensió d'abstenció) contra una acció danyosa, però no l'eventual reclamació indemnitzatòria, que roman inalterada (Art. 6: 168 I BW); en concret això succeiria, per exemple, en el cas que fossin bloquejats els accessos a una planta productora de clor per part d'activistes de Greenpeace<sup>33</sup>.

La base normativa d'aquestes regles i decisions es troba en la senzilla idea segons la qual l'equilibri d'interessos contraposats no es deixa regular satisfactòriament, mentre no se'n reconegui la primacia d'un d'aquests, de manera que l'activitat corresponent es prohibirà. Així, un interès està justificat si una part afecta l'interès d'una altra sense causar-li un dany<sup>34</sup>. Anàlogament, un tribunal holandès havia decidit amb anterioritat, que no seria imaginable que un productor de cotxes, sota determinades circumstàncies, examínés tots els components de la seva activitat funcional; econòmicament, si més no, sí que ha d'assumir el seu propi risc si omet l'anterior<sup>35</sup>. De la mateixa manera es resolldria originàriament a Alemanya el cas de la rentadora, de forma que no se podria exigir a una mestressa una custòdia constant de l'aparell; és natural, malgrat tot, que incorregués en responsabilitat en ometre la cura exigida<sup>36</sup>. El danyat conserva com a mínim una

<sup>29</sup> Art. 2050 Cc ital.; art. 493 Abs. 2 port. Cc.

<sup>30</sup> P. MARBURGER, *Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluß der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten- und zur Umwelthaftung*, AcP 192 (1992), pàgs. 1, 10 i ss.

<sup>31</sup> LARENZ/CANARIS, *SchuldR II/2* (nota al peu 3), pàg. 668; E. DEUTSCH, *Die Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund*, FS H. Stoll, 1999, pàgs. 3, 9; confronteu amb BGHZ 92, 357, 359 i ss. relatius a maniobra d'evasió en el tràfic.

<sup>32</sup> *Vincent v Lake Erie Transp. Co.* 124 NW 221 (1910) (Supreme Court of Minnesota); el cas es decidí amb base a la responsabilitat per culpa.

<sup>33</sup> *Rechtsbank Roermund KG* 1993 411, pàg. 824.

<sup>34</sup> En detall, JANSEN (nota al peu 1), § 1 III. 1. i 2.

<sup>35</sup> *Hof Amsterdam* NedJur 1958, núm. 104, pàg. 297.

<sup>36</sup> *OLG Düsseldorf* VersR 1975, pàgs. 159 i ss.



compensació –la qual cosa fa acceptable el risc dels seus béns jurídics; i permet a la mestressa sortir de casa seva–encara que fins al preu del risc assumit.

Avui en dia els tribunals fonamenten la responsabilitat en aquests casos amb l'afirmació de deures de conducta i del tràfic<sup>37</sup>, però això no és admissible<sup>38</sup>: no és evident que aquests casos hagin de suposar una responsabilitat per conductes negligents. Evidentment, no és possible en aquest punt una clara delimitació entre la responsabilitat per culpa i per risc o entre responsabilitat per culpa i per sacrifici. Respectivament, la responsabilitat resulta – independentment de l'autorització del comportament danyós- del fet que el causant del dany ha portat a terme egoïstament i conscientment un risc fatal per al danyat.

### *3.2. La uniformitat en la valoració de la responsabilitat civil*

Les sentències relatives a la responsabilitat civil es fonamenten, de forma manifesta, o bé en el règim de la responsabilitat per culpa o bé en el de la responsabilitat objectiva i, amb freqüència, això es realitza d'acord amb idèntiques consideracions normatives. Aquesta concepció en bloc del dret de la responsabilitat civil es construeix des d'un punt de vista teleològic mitjançant un argument que és decisiu per a superar l'actual divisió dogmàtica del dret de danys en dos o més règims jurídics de responsabilitat. Els Tribunals no solament es pregunten si el causant del dany ha actuat de forma adequada, sinó també qui ha d'assumir un risc concret. De fet, les sentències que es basen en la responsabilitat per culpa parteixen, amb caràcter general, de consideracions que són pròpies de la responsabilitat per risc des d'un punt de vista dogmàtic. El dret de la responsabilitat civil decideix amb caràcter general qui ha d'assumir un risc determinat.

A més, a l'actualitat els modes de conducta que no són precisament perillosos, amb freqüència, també estan sotmesos a un règim especial de responsabilitat objectiva. Els exemples indicats amb anterioritat ho mostren: negocis, supermercats i voreres<sup>39</sup> són tan poc perilloses com un rentaplats o una rentadora. Les valoracions principals que guien aquestes decisions no s'acomoden, malgrat l'anterior, al judici sobre la conducta danyosa, sinó només a la protecció justa dels interessos en conflicte. Estructuralment, l'anterior es basa en el caràcter simètric de les sentències de responsabilitat civil<sup>40</sup>. El dret de la responsabilitat civil tracta de distribuir de forma justa els riscos de dany, la qual cosa no depèn només d'una valoració de la conducta del causant del dany. La distribució justa dels riscos de dany és pressupòsit de l'actual dogmàtica sobre la conducta del causant del dany, i això és així en la responsabilitat per culpa i en la responsabilitat per risc. De la mateixa manera, podem preguntar-nos quines circumstàncies d'un supòsit de danys interessin típicament, així com quin àmbit de protecció mereix la víctima. En aquest sentit, avui en

<sup>37</sup> En aquest sentit, *OLG Hamm* MDR 1984, pàg. 668; *LG Gießen* VersR 1997, pàg. 1023: el conductor avisa òpticament i acústicament a curta distància.

<sup>38</sup> N. JANSEN, *Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB*, AcP 202 (2002), pàgs. 517, 528.

<sup>39</sup> En aquest punt la jurisprudència estableix amb caràcter general exigències estrictes i accepta normalment només casos de desigualtats insignificants al terra.

<sup>40</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 1 III. 3.

dia són objecte de protecció totes les circumstàncies de la vida quotidiana<sup>41</sup>, cosa que mostren els exemples abans esmentats: anar a un supermercat, caminar per la vorera, viure en un habitatge. En sentit contrari, l'activitat empresarial està sotmesa a un grau especial de responsabilitat<sup>42</sup>. Al *Common Law* es percep un intent clar en aquest sentit: es tracta d'evitar els privilegis en matèria de responsabilitat civil i, per això, l'exemple de la conducta de la mare –per evitar un incendi a l'avortament – no pot ser conceptualitzat com la vulneració d'un deure<sup>43</sup>.

És també decisiva la raonabilitat de portar a terme una conducta en risc propi els motius de la qual resideixen especialment en el benefici propi. Un risc extraordinari per a un bé jurídic aliè constitueix un cas típic. Vertaderament, no és vàlida la frase (qui crea el risc ha d'assumir la responsabilitat per la seva materialització). Els accidents s'originen de forma típica amb motiu de l'activitat del causant del dany i, també, de l'activitat de la pròpia víctima. Ambdós busquen normalment amb la seva activitat un interès propi: qui busca uns grans magatzems, malgrat trobar-se delicat de les cames, ho fa normalment en interès propi, de la mateixa manera que ho fa l'arrendatari d'un negoci.

En sentit contrari, si més no, la potencial víctima pot ser responsable en relació a un risc determinat: potser hauria pogut prevenir de forma especialment fàcil un perill determinat; potser hauria d'haver considerat que havia exposat a un perill coses delicades; potser, per a la potencial víctima, era més fàcil i adequat contractar una assegurança de coses que per al causant del dany contractar una assegurança de responsabilitat civil. En aquest últim cas, el danyat hauria d'assumir l'obligació d'assegurar-se i el corresponent risc de dany quedaria dins del seu àmbit de responsabilitat<sup>44</sup>.

Des d'un punt de vista teleològic, després de tot, no hi ha diferències entre les circumstàncies que basen una responsabilitat objectiva i les que basen una responsabilitat per culpa. Una concreta sentència en matèria de responsabilitat civil es fonamenta en un gran nombre de criteris que poden i han de ser ponderats<sup>45</sup>. En tant que la dogmàtica de la responsabilitat civil es basa només en una conducta culposa, això és, en un risc especial, no deixa espai per a la valoració d'aquets criteris, pel que els jutges només poden apuntar les seves consideracions respecte d'això en casos excepcionals<sup>46</sup>. En tant que no és necessària l'existència de cap circumstància especial per afirmar la responsabilitat per risc, els jutges

---

<sup>41</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 9 VI. 3.2.

<sup>42</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 9 VI. 3.1.

<sup>43</sup> J. STAPLETON, Factors sobre el deure de precaució: una selecció del Judicial Menus, a: P. CANE & J. STAPLETON (Eds.), *The Law of Obligations*, GS FLEMING, 1998, pàgs. 59 i 87; decisions concretes afecten el consum de drogues per part de la mare, qui no ha de respondre davant dels seus futurs fills que en conseqüència pateixin danys.

<sup>44</sup> La rellevància de la millor assegurabilitat per a l'assignació dels riscos de dany, JANSEN (Nota al peu 1), § 2 II. 5.4, § 9 VI. 3.4.

<sup>45</sup> Per a la formulació d'un sistema àgil i intel·ligible d'aquests principis de responsabilitat, JANSEN (Nota al peu 1), § 9 IV. – VI.

<sup>46</sup> Pel contrari, en l'actualitat no és possible formular una llista completa dels principis de responsabilitat vàlids, que s'utilitzen a la pràctica. Les reflexions que han regit les decisions judicials només es presumeixen. Confronteu també amb STAPLETON, *Duty of Care Factors* (Nota al peu 43), pàg. 87, on jutja de forma escèptica una formulació definitiva d'aquests principis.

haurien de preguntar-se com hauria de comportar-se el causant del dany per evitar-lo. El fet que el jutge no pugui establir les consideracions que fonamenten la seva decisió comporta que l'actual dret de la responsabilitat civil només pugui descriure's mitjançant constel·lacions de casos. Al mateix temps això augmenta el risc que existeixin sentències arbitràries i inconsistentes, com va succeir en el cas ja analitzat del confident. Ara bé, els jutges no disposen d'un sistema de responsabilitat civil secret que puguin mantenir ocult davant la resta del món.

#### **4. Fonaments de la distinció entre responsabilitat objectiva i per culpa**

A la realitat jurídica, la visió unitària del dret de la responsabilitat civil no exclou en cap cas l'existència de bones raons per estructurar-lo en la distinció entre responsabilitat per culpa i objectiva. Aquesta visió és un resultat de la jurisprudència, que pot ser errònia, pel que cal preguntar-se sobre les raons que, de manera freqüent, s'al·leguen per justificar l'esmentada divisió.

##### *4.1. Deures civils de conducta*

Junt amb l'argument econòmic<sup>47</sup>, s'accepta que una funció específica del dret de danys consisteix a establir un catàleg de deures civils de conducta<sup>48</sup>. Aquesta idea avui ja no és plausible, perquè les exigències de determinades conductes de fet es troben a regles detallades del dret públic, a les normes industrials alemanyes (*DIN-Normen*) i a les normes tècniques aplicables als diferents sectors professionals. En aquest sentit, el complement que les normes de dret privat impliquen per a l'anterior és superflu. A més a més, el dret de la responsabilitat civil indica només, sempre exposat i per a concrets casos individuals, quina diligència hagués estat exigible. Per la seva banda, la jurisprudència sobre deures del tràfic no és capaç d'oferir una escala adequada que graduï les conductes de les persones en termes de diligència. Els éssers humans saben que han de comportar-se adequadament en relació amb els béns jurídics aliens, però la idea de què hom ajusta la seva conducta al que estableixi la jurisprudència –al qual HAGER dedica més de cent pàgines<sup>49</sup>– no és ni realista ni desitjable.

<sup>47</sup> Confronteu amb nota al peu 4: d'acord amb la posició dominant a l'anàlisi econòmica del dret, els estàndards de precaució ineficients, aquells que exigeixen el grau més alt de diligència, no tenen sentit des d'un punt de vista econòmic, en atenció a la conducta real, i generen incentius a comportar-se ineficientment des del punt de vista econòmic general. Això es basa en pressupòsits jurídics falsos: els estàndards de precaució ineficients com una responsabilitat objectiva.

<sup>48</sup> Aquest argument s'ha formulat expressament poques vegades, però sí s'ha reconegut de forma tàcita quan s'ha al·legat que els estàndards de precaució són contraris a la funció de prevenció del dret de danys (confronteu amb *Münchener Kommentar BGB-Mertens*, Vor §§ 823-825, marginal 57; DEUTSCH, *Haftungsrecht* (Nota al peu 3), marginal 18, pàg. 246); qui utilitza també l'argument és v. BAR en relació amb les funcions del dret de danys (*supra*, nota al peu 16) i el seu rebuig a les exigències "encobertes" de precaució: Dret europeu de danys II (Nota al peu 6), per exemple, marginals 224, 244, 278, 284.

<sup>49</sup> *Staudinger*<sup>13</sup>-HAGER (Nota al peu 12), § 823, marginal E 1-406.

#### 4.2. Compensació i distribució

Més important que l'argument anterior relatiu als deures de conducta és la tesi de justícia – proposada per ESSER<sup>50</sup>-, segons la qual el dret de la responsabilitat per culpa serveix només a la justícia compensatòria, mentre que el dret de la responsabilitat per risc afecta la distribució dels riscos inevitables de danys, això és, aquells acceptats socialment i que deriven de la industrialització i del progrés tècnic. Aquest és l'argument freqüentment utilitzat per la dogmàtica alemanya<sup>51</sup> i suposa un desenvolupament de la classificació, primer que res, pragmàtica del dret de danys. Mentre que la doctrina alemanya ha assumit sense més la tesi concisa d'ESSER, una intensa i interessant discussió en aquest sentit s'ha produït a l'àmbit del *Common Law*<sup>52</sup>.

La tesi d'ESSER serveix de base per explicar els diferents fonaments de les diferents responsabilitats: així, mentre que la justícia compensatòria regula l'equilibri legal dels interessos en conflicte, la justícia distributiva es pronuncia sobre el repartiment dels beneficis i de les càrregues dins d'una constel·lació rellevant de casos. En aquest sentit, mentre que la responsabilitat per culpa es basa en la responsabilitat personal del causant del dany, la responsabilitat per risc funciona com un tipus d'assegurança col·lectiva. Històricament, aquesta tesi parteix d'una observació adequada, perquè els supòsits de fet concrets de la responsabilitat per risc actual s'aplicarien a aquells grups de casos per als quals l'aplicació de la responsabilitat per culpa conduiria a resultats que no serien assumibles per raons socials<sup>53</sup>.

Actualment, aquesta distinció aristotèlica entre les distintes raons que justifiquen una i una responsabilitat i l'altra és útil per a la millor comprensió del dret de la responsabilitat civil, però no confirma la tesi d'ESSER, perquè el dret de danys està estructurat de forma més complexa i exigeix una combinació entre la justícia compensatòria, d'una banda, i la distributiva, per l'altra –consideració que constitueix la meua tercera tesi-. El dret de la responsabilitat civil està lligat a la justícia compensatòria, el que significa que l'acció de danys es basa en la responsabilitat personal del causant d'un determinat perjudici: un no respon pels danys que, d'acord amb el principi de justícia compensatòria, no té l'obligació d'assumir. La justícia compensatòria, en aquest sentit, determina el marc normatiu de la responsabilitat civil, que serviria, per exemple, per a una decisió enfront de la proposta de substituir el dret de la responsabilitat civil mitjançant un model de reforma d'una assegurança col·lectiva.

La consideració que el dret de danys es basa en la responsabilitat personal del causant del dany no explica, és clar, l'abast d'aquesta. A més, les posicions sobre l'abast de la

<sup>50</sup> ESSER, *Gefährdungshaftung* (Nota al peu 18), S. 69 i ss.; ESSER, *Zweispurigkeit* (Nota al peu 2).

<sup>51</sup> Vegeu, especialment, LARENZ/CANARIS, *SCHULDR II/2* (Nota al peu 3), S. 354, 607; a més, S. MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, pàgs. 209 i ss., 274 i ss.; A. LAUFS, *Unglück und Unrecht. Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems*, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1994, S. 8 i ss.; H.J. MERTENS, *Verkehrspflichten und Deliktsrecht*, *VersR* 1980, pàgs. 397 i 405.

<sup>52</sup> De forma molt detallada, JANSEN (Nota al peu 1), § 2 I. i II.

<sup>53</sup> R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, 1975, pàgs. 99 i ss., 113 i ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, ed. 1996, pàgs. 1133 i ss.

responsabilitat personal han estat totalment diferents tant des d'un punt de vista històric com material, això és, entre les distintes branques del dret, així com també en relació amb la moral pública<sup>54</sup>. En efecte seria absurd, per exemple, establir en l'àmbit del dret penal una responsabilitat amb independència de la culpa, mentre que en l'àmbit del dret civil, aquesta posició és, de forma creixent, més clara. Els pares no responen per les entremaliadures dels seus fills, però moralment se'n sentiran, amb freqüència, responsables i repararan l'eventual dany causat, potser amb independència de l'existència d'un deure jurídic en aquest sentit.

La responsabilitat personal es mostra així com un concepte teleològicament obert i ofereix un àmbit per a valoracions addicionals, que ara formen part de la justícia distributiva: la decisió, segons la qual una persona és responsable o hauria de ser-ho, afecta la distribució d'una determinada càrrega, això és, la distribució dels riscos de dany dins de la societat. Així mateix, la frase –evident– de què hom ha de respondre pels danys que causa negligentment és, en aquest sentit, una forma de distribució del risc creat. Històricament, aquesta qüestió no ha estat en absolut evident, sinó que a l'origen expressava una responsabilitat creixent pels danys causats indirectament<sup>55</sup>.

D'acord amb l'anterior, les decisions sobre responsabilitat civil haurien d'incloure, a més de valoracions de justícia compensatòria, altres de tipus distributiu. En aquest sentit, no cal establir cap distinció entre la responsabilitat per culpa i la responsabilitat objectiva. D'una banda, la responsabilitat per risc es basa també en una justícia compensatòria: per exemple, l'empresa que explota una línia fèrria no respon pels danys causats quan no concorre culpa de la seva banda, sinó pels danys imputables al seu àmbit de responsabilitat<sup>56</sup>. Així mateix, qui causa un accident de tràfic no en respon si el sinistre ha estat imprevisible, de forma que no cal imputar-li cap conducta negligent. Ara bé, de la mateixa manera, els empresaris que realitzen una activitat de risc no queden exonerats de responsabilitat pels danys causats mitjançant l'argument que l'activitat s'ha prestat de forma correcta. D'altra banda, la responsabilitat per culpa implica també una valoració de tipus distributiu des del moment en què la responsabilitat civil es limita als danys causats per una conducta negligent.

Des del punt de vista de l'estructura normativa, tampoc no cal establir cap diferència entre la responsabilitat per risc i la responsabilitat per culpa. Fer-ho és també erroni.

---

<sup>54</sup> Confronteu amb B. WILLIAMS, *Recognizing responsibility*, a *idem*, *Shame and Necessity*, 1993, pàgs. 50, 55, 63 i ss., 67; D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, 1999, pàgs. 58 i ss., 155 i ss., 164 i ss.; MEDER, *Risiko* (Nota al peu 51), pàgs. 20 i ss., 46 i ss.

<sup>55</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 4 II. 3.3.1 en matèria de culpa en el dret romà.

<sup>56</sup> La decisió del legislador no reconeix una indemnització pels danys morals en l'àmbit de la responsabilitat per risc. Una decisió d'aquest tipus no es deixa explicar d'una forma merament distributiva, sinó que depèn de que el causant dels danys sigui responsable; amb detall, JANSEN, *Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik* (Nota al peu 24).

## 5. Una explicació històrica

D'acord amb això, actualment no hi ha cap raó convincent que expliqui l'actual separació estructural del dret de danys, caldrà trobar-la a la història: per què la majoria dels juristes mantenen la distinció entre els règims de responsabilitat com si fos un principi estructural propi del dret de danys, tot i que aquest model comporta tants problemes? La meua quarta tesis, de caràcter històric, postula que la divisió errònia del dret de danys juntament amb les dificultats actuals que presenta sorgeixen degut a què els conceptes de antijuricitat (*iniuria*) i de culpa (*culpa*), originaris del dret romà, han esdevingut conceptes disfuncionals amb motiu de les múltiples transformacions<sup>57</sup> que ha experimentat el dret de danys.

### 5.1. L'origen del dret de la responsabilitat civil al dret romà de danys

Els conceptes esmentats procedeixen de l'*actio legis Aquiliae*, que fonamenta la demanda per obtenir una compensació pels danys materials. Un sistema de responsabilitat, com el que regeix actualment als ordenaments jurídics europeus, no existia al dret romà. Avui en dia, la funció del dret de danys és compensar de forma justa els danys causats. En aquest sentit, el dret de danys es qüestiona si el causant d'un determinat dany ha de respondre per aquest. Pel contrari, el dret romà de danys es qüestionava si la víctima d'un il·lícit havia de venjar-se enfront del seu causant. Per tant, el judici sobre la conducta del causant en termes de negligència i la compensació adequada de la víctima no constituïen qüestions centrals del dret romà de danys.

De manera especial, aquesta situació es contemplava al dret de les XII Taules, que preveia una sèrie de normes, sistemàticament desordenades, que disposaven una sanció especial per a cadascun dels delictes tipificats: al lladre que era agafat en flagrant delicte se'l podia matar o convertir en esclau (T. XII 8, 14<sup>58</sup>); en cas que algú causés lesions corporals a una altra persona, era aplicable el Talió (T. XII 8, 3); si un home moria de forma accidental, corresponia a la seva família una compensació en espècie –un animal– (T. XII 8, 24); també era aplicable una regla especial pel cas d'incendi provocat<sup>59</sup> o pel cas de la tala d'arbres (T. XII 8, 11); i també contemplava el cas en què es causaven danys a la finca veïna quan la reestructuració d'un immoble modificava el desguàs de les aigües pluvials (T. XII 7, 8)<sup>60</sup>.

Des de temps immemorials fou usual evitar l'aplicació del Talió mitjançant el pagament, de manera comparativa, d'un diner de rescat. Per a controlar o per a evitar una venjança il·limitada, es constituí com a obligatori, sota la vigència de les XII Taules, el pagament de

<sup>57</sup> El concepte és propi de E. V. CAEMMERER per als últims períodes de desenvolupament en el segle XX: *Wandlungen des Deliktsrechts, FS zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, pàgs. 49 i ss.

<sup>58</sup> Les abreviatures utilitzades al dret romà segueixen la convenció usual; vegeu en aquest sentit, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, 1971.

<sup>59</sup> T. XII 8, 10: en el cas d'un incendi causat de forma negligent, correspon una indemnització pels danys, en el cas que concorri dol, la sanció per l'autor és la mort.

<sup>60</sup> En general i amb detall, JANSEN (Nota al peu 1), § 4 I. 1.

la suma esmentada<sup>61</sup>. Una vegada el causant del dany oferia aquesta pena a la víctima, aquesta perdia el dret a aplicar el Talió. Aquesta situació jurídica fou l'antecedent de la *lex Aquilia*<sup>62</sup>, que, en el seu primer capítol, disposava, pels casos de mort d'esclaus i d'animals, l'obligació de pagament d'una *poena*, en valor real, dels béns<sup>63</sup>. De la mateixa manera, pels danys materials consistents a cremar o a trencar béns o altres formes de danys directes, la *lex Aquilia* preveia en el seu tercer capítol el corresponent deure d'indemnitzar<sup>64</sup>. Aquesta última regla només reconeixia en aparença el dret legal a una indemnització en el sentit modern dels termes, ja que, en realitat, es tractava de reconèixer a la víctima el dret a la revenja pel perjudici patit, que consistia precisament en causar al responsable els mateixos danys econòmics patits. L'*actio legis Aquiliae* fonamentava, en aquest sentit, un dret a un Talió de tipus econòmic<sup>65</sup>. Les normes sobre la concurrència d'accions mostren l'anterior afirmació: en cas que el dany hagués estat causat per més d'una persona, cadascun dels cocausants havia de pagar a la víctima la totalitat de l'import dels danys<sup>66</sup>, obtenint d'aquesta manera una indemnització múltiple. En efecte, la pena servia, en primer terme, no per a indemnitzar la víctima, sinó per oferir-li una revenja adequada per la conducta injusta de cada causant del dany. En aquest sentit, si es donava el cas en què una persona lesionava primer un esclau i els animals i, en segon lloc, mitjançant una altra acció, els matava, era procedent una doble indemnització, una per la lesió i una altra per la mort<sup>67</sup>, sense que l'enriquiment de la víctima generés cap problema.

En aquest context, els conceptes d'antijuridicitat i de culpa s'adaptaven de manera adequada a la idea de compensació del dany a títol privat (*private Unrechtsausgleich*). Els esmentats conceptes descrivien el comportament que mereixia ser sancionat. A més, es defensava que s'havia d'utilitzar en major grau l'instrument de la sanció adequada al tipus de conducta injusta que el dret de danys per tal d'obtenir una compensació justa dels danys. Una persecució penal pública no aconseguia aquest objectiu a l'antiga Roma i la compensació del dany patit era clarament un afer particular<sup>68</sup>. El principi de realització privada del dret (*privaten Rechtsverfolgung*) influí fins al final la moral pública romana i, consegüentment, el dret de danys: així, primer amb SULLA i durant el període del Principat, fou el fonament de la persecució penal pública; després, durant el final de la Dictadura, la persecució privada es convertí en un altre poder públic<sup>69</sup>.

És totalment comprensible que, en una societat de petits camperols, com ho era l'antiga Roma, la compensació econòmica d'un dany pogués semblar tan poc important com la

<sup>61</sup> XII T. 8, 3-4; vegeu, A. VÖLKL, *Die Verfolgung von Körperverletzungen im frühen römischen Recht*, 1984, pàgs. 77 i ss.; KASER, *Privatrecht I* (Nota al peu 58), pàg. 37 i ss.

<sup>62</sup> La Llei fou promulgada probablement l'any 287/86 AC; respecte de la discussió sobre la data, vegeu ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al peu 53), S. 955 i ss.

<sup>63</sup> De forma més precisa: el valor més alt dels béns assolit els últims anys abans del perjudici; respecte del sentit d'aquesta regla, ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al peu 53), pàg. 961 i ss.; F.H. LAWSON & B.S. MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and Civil Law*, vol. I, 1982, pàg. 5.

<sup>64</sup> Gai. D. 9, 2, 2 pr.; Ulp. D. 9, 2, 27, 5.

<sup>65</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 4 I. 2.1.

<sup>66</sup> Iul. D. 9, 2, 51, 1; Ulp. D. 9, 2, 11, 2 i 4.

<sup>67</sup> Gai. D. 9, 2, 32, 1.

<sup>68</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 4 I. 1.3.

<sup>69</sup> En general i amb detall, JANSEN (Nota al peu 1), § 4 II. 2.

sanció adequada d'una conducta negligent. Amb l'emperador August, Roma s'havia convertit en una ciutat de milions d'habitants: mentre l'economia i el comerç estaven en ple auge, es van produir a la societat romana rebuigs socials significatius; les relacions privades no eren capaces d'integrar la societat per molt més. Els crims anònims, sovint no aclarits, estaven a l'ordre del dia. Als casos de danys, el mecanisme per la seva compensació adquirí més rellevància que la sanció privada pel perjudici o la injustícia patida: la indemnització dels danys causats constituïa normalment el motiu d'una acció conforme a l'*actio legis Aquiliae*. Per això, els juristes clàssics tingueren en compte, de forma progressiva i dins del marc de l'*actio legis Aquiliae*, els interessos indemnitzatoris dels demandants<sup>70</sup>. A conseqüència, es van esforçar per retornar al concepte de culpa, el qual ha anat acompanyat, de manera poc clara, pel concepte més antic d'antijuridicitat per tal de delimitar l'esfera de responsabilitat individual<sup>71</sup>. D'altra banda, també s'acceptava que una persona pogués ser responsable pels danys sota determinades circumstàncies malgrat no concórrer una conducta negligent. Ulpia introduí aquesta idea amb l'expressió *culpa levissima*<sup>72</sup>.

Els juristes romans també reconegueren, des d'un punt de vista conceptual, la compensació dels danys dins de l'àmbit d'una *actio legis Aquiliae* sancionadora de la conducta danyosa i, en aquest sentit, no crearen una institució de responsabilitat civil específica per la compensació dels danys. La raó està, primàriament, en el desenvolupament tardà de l'instrument de la persecució pública de la conducta danyosa: des de feia molt temps era una evidència que l'acció aquiliana també havia d'oferir una adequada indemnització dels danys<sup>73</sup>. Atès que els juristes romans no volien renunciar a un tipus d'acció privada de caràcter sancionador, mai no es qüestionaren les antigues normes sobre la concurrència d'accions i, quan aquesta convenia, argumentaren fins al final el caràcter penal de l'acció<sup>74</sup>: el fet que la sanció de l'*actio legis Aquiliae*, que en el seu origen s'ajustava al valor real dels béns danyats, no permetés en determinades ocasions la reparació total dels danys econòmics de la víctima constituïa un problema pels juristes, el qual fou superat gràcies al perfeccionament del dret<sup>75</sup>. Pel contrari, no van qüestionar la possibilitat que la víctima rebés diverses indemnitzacions per un mateix dany.

<sup>70</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 4 II.

<sup>71</sup> ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al peu 53), pàgs. 1004 i ss.; U. V. LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, 1971, pàgs. 83 i ss.; JANSEN (Nota al peu 1), § 4 II. 3.3.

<sup>72</sup> Ulp. D. 9, 2, 44 pr.: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; vegeu, JANSEN (Nota al peu 1), § 4 II. 3.3.2.1. La *actio legis Aquiliae* fundamentava també una responsabilitat per imperícia (*imperitia*) i també per un defecte en l'ús de la força corporal: Gai. D. 9, 2, 8, 1: *infirmas culpa adnumeratur* (un defecte en la intensitat o en la força és imputable a la culpa). Mentre que la responsabilitat per *imperitia* es deixa explicar amb la idea de culpa, aquesta interpretació no es pot estendre a la responsabilitat per *infirmas*. Ja que aquesta responsabilitat s'hauria d'aplicar a totes les circumstàncies de la vida quotidiana, com pot ser portar un mul, les quals hom no podia preveure fàcilment: es tracta d'una responsabilitat objectiva i personal pels béns dels quals se n'és propietari.

<sup>73</sup> Gaius ha qualificat aquesta acció com a una acció mixta (*actio mixta*) (Gai. Inst. 4, 9), que alhora havia de sancionar la causació del perjudici i garantir una adequada indemnització; per un major detall, vegeu Jansen (Nota al peu 1), § 4 II. 3. vor 3.1 m.w.N. per a una interpretació discutida.

<sup>74</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 4 II. 3.1 m.w.N.

<sup>75</sup> Iul. D. 9, 2, 51, 2; Ulp. D. 47, 2, 50, 4; Gai. Inst. 3, 202.



## 5.2. Cap a un dret de danys modern

Els juristes europeus de l'edat mitjana i, sobretot, els juristes de *l'usus modernus* transformaren de mica en mica aquesta herència romana en les regles actuals del dret de danys. Sota la direcció dels Tribunals, vanceren la resistència que suposava l'acció, la formulació originària de la qual resultava excessivament restrictiva<sup>76</sup>, i normalment la utilitzaren quan observaven una necessitat de reemplaçament. Alhora, aquests juristes desmantellaren gradualment regles que només tenien una explicació penal<sup>77</sup>, com la responsabilitat per compliment, i d'aquesta manera aclariren que en l'*actio legis Aquiliae* observaven una acció d'indemnització i no una sanció per un comportament danyós. L'*actio de damno dato* (acció de danys) es convertiria així en una àmplia "clàusula general del dret civil"<sup>78</sup>.

Correlativament, aquests juristes anaren portant la responsabilitat fins la *culpa levissima* i, amb exemples, deixaren clar que això s'havia de produir, no amb un comportament culpable –potser perdonable– sinó amb una responsabilitat objectiva<sup>79</sup>. El tardoescolàstic espanyol MOLINA, la doctrina del qual fou rebuda directament pels autors de *l'usus modernus*<sup>80</sup>, exposà l'anterior teoria amb claredat: ocasionalment seria perfectament admissible permetre activitats de risc que comportin riscos per a béns jurídics aliens. Però seria inadmissible permetre la realització d'aquestes activitats sense establir una obligació de reparar els danys causats per aquestes<sup>81</sup>. Això queda expressat mitjançant la *culpa levissima*: no es tractaria d'una responsabilitat per la realització d'un comportament prohibit, sinó que es basaria en un raonament semblant al raonament contractual d'una assumptió de risc silenciosa<sup>82</sup>. Dogmàticament, es tracta d'una responsabilitat de garantia objectiva; el requisit que el dany sigui antijurídic només es pot entendre com un concepte d'antijuridicitat dirigit al resultat pur: *iniuria* no significa aquí un comportament antijurídic, sinó la lesió d'un dret subjectiu absolut<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> Així, la demanda –com a demanda de danys materials i amb base a la idea de què els danys a les persones no es deixen comparar econòmicament (Gai. D. 9, 3, 7: *liberum corpus nullam recipit aestimationem*) – no seria aplicable a la lesió de un home lliure.

<sup>77</sup> G. ROTONDI, *Dalla „Lex Aquilia“ all'art. 1151 Cod. Civ.*, a: *idem*, *Scritti Juridici* Bd. 2, 1922, pàgs. 465, 501 i ss.; H. KAUFMANN, *Rezeption und Usus Modernus der Lex Aquilia*, 1958, *passim*, vegeu en concret les pàgs. 46 i ss., 104 i ss.; ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al peu 53), pàgs. 1018 i ss.; JANSEN (Nota al peu 1), § 5 II. 1. i 2.

<sup>78</sup> S. STRYK, *Specimen usus moderni pandectarum (Halaë Magdeburgicae 1723)*, lib. IX, tit. II, § 1: *tituli praesentis usus amplissimus est, cum omnium damnorum reparatio ex hoc petatur, si modo ulla alterius culpa doceri possit* (l'àmbit d'aplicació d'aquest títol és extraordinàriament ampli, de manera que la substitució de cada dany serà vàlida, sempre que sigui provada la culpa de l'altre).

<sup>79</sup> Caiguda de una tassa de te com a conseqüència del sobresalt produït per un tret. (N.H. GUNDLING, *Discourse über Die sämtlichen Pandecten*, Frankfurt und Leipzig 1748, lib. IX, tit. II, § 2), entrada en un herbera amb un llum d'oli, encara que es protegeixi de la millor forma possible (L.J.F. HÖPFNER, *Theoretisch-practischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen*, A.D. WEBER, Frankfurt a.M. 1818, §§ 757, 758); vegeu JANSEN (Nota al peu 1), § 5 II. 3.2 m.w.N.

<sup>80</sup> Vegeu tan sols la referència de G.A. STRUVE, *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, amb afegits de P. MÜLLERI (Francofurti & Lipsiae 1738), D. 9, 2, *exerc. XIV*, § 20; J. BRUNNEMANN, *Commentarius in Pandectas (Coloniae Allobrogum 1752)*, D. 9, 2, 44, marginal 1 i 5.

<sup>81</sup> L. MOLINA, *De iustitia et iure (Moguntiae 1659)*, tract. II, disp. 698, marginals 3 i ss.; *cf.* R.P.L. LESSIUS, *De iustitia et iure (Venetiis 1734)*, lib. II, cap. VII, dub. VI.

<sup>82</sup> ...ratione pacti seu quasi pacti. MOLINA, *iustitia* (Nota al peu 81), disp. 698, marginal 3

<sup>83</sup> JANSEN (Nota al peu 1), § 5 II. 3.2, III. 2.3.

L'*actio de damno dato* oferí, d'aquesta manera, un fonament unificat a la pretensió per danys completament imputables a béns jurídics individuals. Per tant, els supòsits de fet de la responsabilitat objectiva es consideraven, per a aquesta acció, superflus. I el fet que tot això només tenia en comú amb l'original *actio legis Aquiliae* el nom era conegut pels juristes de l'*usus modernus*<sup>84</sup>. Per aquesta raó, Christian THOMASIVUS volgué suprimir la màscara de la llei aquiliana de l'*actio de damno dato*<sup>85</sup>; això hagués significat una reforma conceptual i terminològica del dret de danys a favor dels seus considerables canvis funcionals experimentats.

### 5.3. El dret de danys a la discussió del dret natural

Aquesta reforma, en efecte, no ha arribat encara. El motiu radica en el fet que la doctrina majoritària de l'*usus modernus* no estava interessada en endinsar-se en una qüestió dogmàtica mentre fos possible acomodar-se pragmàticament al dret romà tradicional. A més, a llarg termini fou fonamental que, en la construcció del sistema iusnaturalista, l'orientació de la sanció del dret de danys, així com la seva relació conceptual amb la infracció del deure civil de comportament, s'hagués endurit d'una manera particular.

GROTIUS, la doctrina del qual està directament influïda per autors tardoescolàstics com MOLINA i LESSIUS, dóna en aquesta matèria una imatge ambivalent: al seu principal treball de dret privat, "*Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*", la responsabilitat s'adreça, des d'un punt de vista teleològic, a la protecció individual de posicions jurídiques individuals (vida, salut, llibertat, honor i propietat) i a la responsabilitat personal per un dany<sup>86</sup>. En el mateix sentit, GROTIUS també es posiciona a favor d'una ampliació de la responsabilitat quasidelictual i d'una responsabilitat per sacrifici<sup>87</sup>. Aquesta postura ha existit en el pensament jurídic europeu fins avui; així, ha estat formulada clarament – amb considerables diferències conceptuais – per autors com THOMASIVUS<sup>88</sup>, KANT<sup>89</sup>, VON ZEILLER<sup>90</sup>,

<sup>84</sup> Per això, alguns autors van donar per suprimida l'*actio legis Aquiliae* i van considerar l'*actio de damno dato* conforme al dret nacional; per exemple, J. SCHILTER, *Praxis Iuris Romani in Foro Germanico* (Francofurti et Lipsiae 1713), exerc. XIX, 67; HÖPFNER, *Kommentar* (nota al peu 79), § 1060; altres volien classificar la responsabilitat per culpa dins la responsabilitat objectiva: J.G. HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* (Lipsiae 1766), §§ 1034, 1081; *idem.*, *Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum* (Leovardiae et Franquerae 1773), § 1112; W.A. LAUTERBACH, *Collegium theoretico-practicum* (Tubingae 1734), *lib. IX, tit. II, § 3 y lib. XLVII, tit. I, § 8*.

<sup>85</sup> En aquest sentit la nota de la Tesi, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato* (Halaë Magdeburgicae 1720, nova edició de M. HEWETT, 2000); el propi THOMASIVUS va escriure probablement la Tesi: R. ZIMMERMANN, *Christian Thomasius, the Reception of Roman Law and the History of the Lex Aquilia*, a: THOMASIVUS, *cit.*, pàg. 49, 68.

<sup>86</sup> H. GROTIUS, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*, nova edició de R.W. LEE, 1926, *boeck II, deel 32 i ss.*; vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 5 III. 3.2.

<sup>87</sup> GROTIUS, *Inleiding* (nota al peu 34), II, 32, §§ 22 f.; confronteu amb *De iure belli ac pacis libri tres* (Amsterdami 1642), *lib. II, cap. II, §§ 6, 9, lib. III, cap. XII, § 1* (marginal 1).

<sup>88</sup> THOMASIVUS, *Larva legis Aquiliae* (nota al peu 85), §§ 2, 10; vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 5 IV. 2.2.

<sup>89</sup> I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Königsberg 1798, pàg. 97.

<sup>90</sup> F. v. ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, Wien 1819, §§ 4 i ss., 49, 179.

el Jutge anglès Baron BRAMWELL<sup>91</sup> i el belga *Procureur Général* LECLERCQ<sup>92</sup>; durant el segle XX es pronunciaren en aquest sentit, a França Boris STARCK<sup>93</sup>, a Anglaterra Tony HONORÉ<sup>94</sup> i als Estats Units d'Amèrica Richard EPSTEIN<sup>95</sup>. Des d'un punt de vista intel·lectual, aquesta postura doctrinal també es troba a la jurisprudència sobre deures del tràfic<sup>96</sup>; i és capaç d'oferir, encara que molt generalment, un motiu adequat per a una responsabilitat objectiva<sup>97</sup>.

La teoria del dret de danys de GROTIUS es mostrà ràpidament a favor de la construcció dogmàtica d'un sistema conseqüencialista, tal com s'observa al seu treball principal de dret natural *De iure belli ac pacis*<sup>98</sup>. Aquí, des d'un punt de vista conceptual, la responsabilitat és la conseqüència a la vulneració d'un deure de comportament interpersonal; teleològicament, al centre del dret de danys està el principi de culpabilitat –la qual cosa ja era un axioma per a PUFENDORF<sup>99</sup>-. Des de PUFENDORF, la doctrina iusnatural dominant havia concebut el dret privat, en naturalitat creixent, com un ordenament de deures civils, la qual cosa suposava entendre la responsabilitat com una sanció per l'incompliment dels deures de conducta<sup>100</sup>. Estructuralment, l'obligació d'indemnitzar no es diferenciava de la imposició d'una sanció pública; per aquest motiu, els conceptes de l'antijuridicitat i de la culpa tornen a complir una funció adequada en aquest model orientat a la sanció. Certament - s'ha de posar un èmfasi especial en aquest punt-, aquest desenvolupament no fou objecte de consideracions específiques des del punt de vista del dret de danys, sinó que, més aviat, s'adreçà a formular un sistema de dret privat sistemàticament fàcil i tancat. Per aquesta raó, la reducció del dret a un ordenament interpersonal de deures de conducta constitueix de fet un principi adequat.

Indiscutiblement, en aquests sistemes no hi havia lloc per a la imputació objectiva dels riscos que, des de llavors, s'havien mostrat com a irrenunciabls per a una compensació justa del dany i que també havien trobat entrada a la praxi de *l'usus modernus*. A conseqüència, la *culpa levissima* de la praxi, o bé fou ignorada o bé considerada com un autèntic acte il·lícit<sup>101</sup>; una responsabilitat objectiva havia d'aparèixer com quelcom ridícul<sup>102</sup>. Finalment, Christian WOLFF formulà aquesta doctrina, que influí

<sup>91</sup> Vegeu *Bamford v Turnley* (3 B & S 62, 84 f., 122 ER, 25, 27, 33) i *Brand v Hammersmith and City Railway Co.* ((1867) LR 2 QB 223, 230 i ss.)

<sup>92</sup> A. TUNC, *Introduction*, IECL XI/I, 1983, Cap. 1, marginal 175.

<sup>93</sup> B. STARCK, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, RTD civ. LVI (1958), S. 475, 501 i ss.: una "teoria de garantia" del dret subjectiu con a fonament de la responsabilitat objectiva».

<sup>94</sup> T. HONORÉ, *Responsibility and Fault*, 1999; vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 2 III.

<sup>95</sup> R. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, *JLSt.* 2 (1973), 151 i ss.; JANSEN (nota al peu 1), § 2 II. 2.

<sup>96</sup> E. STEFFEN, *Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit*, *VersR* 1980, pàgs. 409-410: „*Schutzpositionen für den Schadensausgleich*“; JANSEN (nota al peu 1), § 8 II. 3.1.

<sup>97</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 2 III. 2., § 9 II. 2.

<sup>98</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis* (nota al pie 35), *lib. II, cap. XVII*.

<sup>99</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo, Francofurti et Lipsiae 1759, lib. I, cap. V, § 5: axioma in moralibus*.

<sup>100</sup> En detall, vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 5 IV. 1. i 3; especialment importants van ser *Pufendorf i Christian Woly*.

<sup>101</sup> PUFENDORF, *De iure naturae* (nota al peu 47), *lib. I, cap. V, § 15 a. E.; cfr. lib. I, cap. VII, § 16 i lib. III, cap. I, § 6*; sobre aquesta part de la teoria de PUFENDORF vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 5 IV. 1.2.

<sup>102</sup> S. PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, *Cantabrigae 1682* (nova edició de K. LUIG, *Über die Pflicht des*

considerablement a les codificacions iusnaturalistes, d'una banda, i a la doctrina pandectista del segle XIX, de l'altra<sup>103</sup>.

#### 5.4. Evolució durant els segles XIX i XX

Aquesta concepció del dret de danys orientada a la sanció coincidia d'una manera especial amb el dret de danys romà, que també servia a la sanció dels il·lícits de manera semblant. Per aquest motiu no sorprèn que la doctrina pandectística, la pretensió escolàstica de la qual estava determinada per la fidelitat a les fonts i per la resolució sistemàtica, fes seva aquesta concepció del dret natural<sup>104</sup>. Als sistemes pandectístics no quedà lloc per a la *culpa levissima*<sup>105</sup>, i la responsabilitat per culpa no va anar més enllà dels deures d'importància sensible<sup>106</sup>. Fins i tot, en moltes ocasions, les penes privades del dret romà serien presentades com a dret vàlid<sup>107</sup>, i VON JHERING, al seu famós *Schuldmoment des römischen Privatrechts*, tractà d'obtenir la prova del caràcter axiomàtic dels principis de la culpa<sup>108</sup>: el principi que només la culpa pot fonamentar un deure de responsabilitat seria tan evident com l'enunciat de que una flama necessita oxigen. Al costat d'això, l'assumpció de la responsabilitat com a sanció ("Kein Uebel ohne Schuld"<sup>109</sup>) fou plausible a la realitat.

No hi ha dubtes que un principi culpabilístic com aquest no oferiria cap pauta per obtenir una compensació raonable del dany. El legislador prussià ja establí el 1838, quan tingué lloc la inauguració de la primera línia de ferrocarril, una responsabilitat per risc<sup>110</sup>; però per a aquesta fita fou decisiu el Conseller d'Estat Friedrich Carl VON SAVIGNY<sup>111</sup>, gràcies a l'activitat intel·lectual del qual es manté inalterada<sup>112</sup>. El 1871 la regla de la responsabilitat objectiva es convertí en obligatòria per a tot el Reich Prussià gràcies a la Llei de Responsabilitat per Risc del Reich (*Reichshaftpflichtgesetz*); el 1864 s'introduí la

---

*Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1994), lib. I, cap. VI, § 10; PUFENDORF, d'acord amb la pràctica del seu temps, ha considerat supòsits de fet estrictes la fonamentació dels quals ha basat exclusivament sense aclarir-lo amb major detall: *cit.*, lib. I, cap. V, § 24, cap. VI, §§ 11.

<sup>103</sup> Vegeu. Jansen (nota al peu 1), § 5 IV. 3.

<sup>104</sup> Certament els membres de l'escola històrica no s'han ocupat immediatament de la teoria iusnaturalista, els principis de la qual refusen; vegeu F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, pàgs. 348 i ss., 367 i ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2001, pàg. 11 i ss.

<sup>105</sup> Segons A.J.F. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts I*, 1823, § 253, grundlegend J.C. HASSE, *Die Culpa des Römischen Rechts*, Bonn 1838, pàgs. 4, 65 i ss., 90 i ss.

<sup>106</sup> FR. MOMMSEN, *Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa*, Braunschweig 1855, pàgs. 361 i ss., 367 i ss.; als manuals, L. ARNDTS R. V. ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart 1889, § 86 (pàg. 144); G.F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig 1863, § 266 (pàgs. 408 i ss.); C.G. V. WÄCHTER, *Pandekten I*, Leipzig 1880, § 87 (pàgs. 446 i ss.); B. WINDSCHEID/T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, 1906, § 101 (pàgs. 521 i ss.); més proves a JANSEN (nota al peu 1), § 7 (nota al peu 278).

<sup>107</sup> Vegeu THIBAUT, *Pandekten* (nota al peu 53), §§ 66 i ss., 68 (S. 52 i ss.); PUCHTA, *Pandekten* (nota al peu 54), §§ 230, 261 (pàgs. 356, 403); més proves a JANSEN (nota al peu 1), § 6 I.

<sup>108</sup> R. V. JHERING, *Das Schuldmoment des römischen Privatrechts*, 1867, pàgs. 40 i ss. i *passim*.

<sup>109</sup> V. JHERING, *Schuldmoment* (nota al peu 56), pàgs. 8, 60 i ss.

<sup>110</sup> § 25 de la Llei de Ferrocarrils; vegeu ZIMMERMANN, *Obligations* (nota al peu 53), pàg. 1131 m.w.N.

<sup>111</sup> T. BAUMS, *Die Einführung der Gefährdungshaftung durch F.C. von Savigny*, ZSS (germ.) 104 (1987), pàgs. 277 i ss.

<sup>112</sup> SAVIGNY no ha esmentat la responsabilitat per risc ni al seu *System des heutigen römischen Rechts* ni tampoc al *Obligationenrecht*, i els quasidelictes els tracta sumàriament: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II*, Berlin 1853, pàgs. 3, 330 i ss.

responsabilitat objectiva a la llei de mines; i s'aplicà a la resolució de casos sobre assegurances per accidents de treball des de 1884.

Així s'estructura l'evolució de la dualitat del sistema del dret de danys, tal com avui es coneix: el dret civil de danys clàssic serà concebut en el sentit del dret romà i de la construcció del sistema iusnaturalista com una sanció per a la infracció d'un deure –en el BGB, els §§ 823 i ss. estan sota la rúbrica de l'eloqüent terme del dret natural “actes il·lícits” (*Unerlaubte Handlungen*<sup>113</sup>). Si això condueix a conclusions inacceptables, s'hi han d'afegir els fets complementaris de responsabilitat per risc, que apareixen delimitats com a un sistema estrany a lleis especials. Això ha comportat una regulació extraordinàriament fragmentada i inconsistent de la responsabilitat per risc<sup>114</sup>, la qual cosa ha guanyat importància durant el transcurs del s. XX, si bé és obvi que no ha canviat res, ja que tant ara com abans no es conceben les anomalies del sistema de responsabilitat per risc com a un sistema estrany<sup>115</sup>. El fet que la dualitat de la responsabilitat civil no concordi amb l'estructura del judici uniforme del dret de danys no ha esdevingut un problema<sup>116</sup>.

Pel contrari, la doctrina civilística majoritària s'ha esforçat a desenvolupar d'una manera sistemàtica i conceptualment conseqüent la regla de la responsabilitat del BGB basada en la conducta negligent; no s'han plantejat alternatives dogmàtiques a aquesta concepció: això també aclareix, per exemple, la discussió sobre el concepte d'antijuridicitat dels anys 70 i 80 del segle passat<sup>117</sup>: un nou concepte d'antijuridicitat estaria d'acord amb l'objectiu legislatiu d'una protecció efectiva dels béns jurídics i amb la concepció original del BGB<sup>118</sup>; el concepte dominant<sup>119</sup> correspon al sistema sancionador. A conseqüència, hauria de ser suficient, segons sostingué von Caemmerer al seu principal treball de dret de danys, “desenvolupar les normes de conducta, la vulneració de les quals hauria d'anar acompanyada d'un deure d'indemnitzar els danys”<sup>120</sup>; i de manera particularment

<sup>113</sup> Aquest concepte prové de Christian WOLFF, vegeu *supra*: *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1754, §§ 87, 88.

<sup>114</sup> Per tots, KÖTZ, *Besondere Gefahr* (nota al peu 13), S. 14 i ss.; Zimmermann, *Obligations* (nota al peu 53), pàgs. 1134 i ss.

<sup>115</sup> Així CANARIS encara entén la responsabilitat per risc com una “inferioritat ètico-jurídica” (*rechtsethisch unterlegen*): *Die Gefährdungshaftung im Licht der neueren Rechtsentwicklung*, JBl. 1995, pàgs. 2 i 16; LARENZ/CANARIS, *SchuldR II/2* (nota al peu 3), pàgs. 608 i ss.; vegeu JANSEN (nota al peu 1), Einleitung I. 3.2.

<sup>116</sup> Certament va haver una discussió de fons a finals del s. XIX i a principis del s. XX, en què es va qüestionar els fonaments del principi de culpabilitat (JANSEN, nota al peu 1, § 6 IV). La possibilitat d'un sistema de responsabilitat unificat, en què la responsabilitat per comportament il·lícit, majoritàriament en fets de la vida quotidiana, pot unir-se sistemàticament amb casos de responsabilitat objectiva, no s'ha rebut encara.

<sup>117</sup> En detall pel que ve a continuació, vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 7 II. 3.1.

<sup>118</sup> Confronteu amb F.P. v. KÜBEL, *Recht der Schuldverhältnisse Teil 1. Allgemeiner Teil*, editat per v. W. SCHUBERT, *Die Vorentwürfe der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1980, pàg. 663 (*Unerlaubte Handlungen*, pàg. 7); vegeu també A. v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II/2, 1918, pàgs. 453 i ss.; JANSEN (nota al peu 1), § 7 II. 2.

<sup>119</sup> També segons la doctrina d'un resultat il·lícit, hauria de ser antijurídic no solament el resultat sinó també el comportament que va lesionar el bé jurídic; confronteu amb DEUTSCH, *Haftungsrecht* (nota al peu 3), marginal 237 m.w.N.

<sup>120</sup> E. v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB*, *Karlsruher Forum* 1961, pàg. 19; vegeu *idem*, *Wandlungen* (nota al peu 57), pàgs. 75 i ss., 127 i ss., 131.

conseqüent, aquesta concepció del dret de danys ha estat sostinguda per RÖDIG: la responsabilitat regulada al § 823 II BGB per a la vulneració del deure jurídic informa els principis essencials del dret de danys, i el § 823 I BGB, des del seu punt de vista, no seria res més que una breu descripció de comportaments prohibits<sup>121</sup>.

## 6. Un model alternatiu

Ja ha quedat apuntat que aquesta concepció del dret de danys o de la responsabilitat està equivocada: els problemes d'una assignació justa de riscos no es limiten als riscos extraordinaris i la funció de la ciència del dret no ha de consistir en la formulació d'un ordenament de deures civils sinó en la descripció correcta de judicis de responsabilitat que, per regla general, també deriven d'actes negligents.

Un sistema com aquest també hauria de descriure de manera adequada els judicis reals de control de la responsabilitat i oferir, mitjançant supòsits de fet clars de la jurisprudència, unes pautes de decisió. Alhora, hauria de vincular-se, en la mesura que fos possible, al sistema històric de responsabilitat tradicional. Aquesta capacitat històrica de relació és indispensable tant per a l'acceptació com per a la simple intel·ligibilitat d'un nou sistema<sup>122</sup>. He proposat un model per a aquest sistema, la idea bàsica del qual es fonamenta en la responsabilitat per la violació de les càrregues de responsabilitat enfront de béns jurídics protegits<sup>123</sup>.

Aquest model es basa en l'assumpció que la vulneració imputable d'un bé jurídic aliè constitueix *prima facie* un motiu per a indemnitzar el dany produït. Aquesta idea de la possible protecció individual de posicions jurídiques fou present a la història<sup>124</sup> del dret de danys des de la reformulació del dret romà durant el s. XIX<sup>125</sup>, i avui constitueix una convicció fonamental en dret europeu<sup>126</sup>. Per descomptat, la lesió de béns jurídics aliens no pot suposar sempre una responsabilitat, ja que això conduiria a una responsabilitat objectiva inacceptable per la seva excessiva amplitud. Com a molt, el fet que sigui el causant del dany o la víctima qui hagi de fer front al dany depèn de la ponderació d'una multitud de principis de responsabilitat pertinents i rellevants, que constitueixen un "sistema mòbil" del dret de danys<sup>127</sup>; aquest sistema mòbil s'observa, per exemple, pel fet que el principi culpabilístic s'aplica a alguns casos i el de responsabilitat per risc a d'altres; a més, existeixen els principis de la millor assegurabilitat de la protecció especial de menors, de la responsabilitat objectiva de les empreses i de l'exoneració de les activitats

<sup>121</sup> J. RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß*, 1973, pàgs. 56 i ss., 78 i ss.

<sup>122</sup> En detall, per a una correcta construcció del sistema, vegeu JANSEN (nota al peu 1), § 9 I. 1.

<sup>123</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 9, II.-VI.; per a una formulació d'aquest sistema com a *restatement* del dret actual vegeu § 9 VII.

<sup>124</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 2 II. 2.1, § 5 IV. 2.

<sup>125</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 5 III.

<sup>126</sup> Vegeu. *supra* nota al peu 34, 36 i ss.

<sup>127</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 9 IV., VI.

quotidianes, així com una prevenció de danys apropiada. Aquests principis podrien ser alhora rellevants en un cas concret; així, la seva ponderació determina l'estàndard de responsabilitat. No obstant això, donada la seva abstracció, algunes consideracions s'haurien d'excloure de l'àmbit jurídic. Especialment, avui no hauria de tenir cap paper la consideració de les circumstàncies financeres i, a conseqüència, tampoc les de l'assegurat, a l'hora d'adoptar una decisió de responsabilitat<sup>128</sup>.

D'acord amb el pes dels principis concrets que resulten aplicables, la responsabilitat ha de ser considerada més o menys objectiva. Per això, un model apropiat requereix un catàleg d'estàndards de responsabilitat graduats, que vagi de la intensificació de l'estàndard de responsabilitat amb la responsabilitat absoluta (a exclusió de la responsabilitat per fets inevitables –força major-) a la inferior responsabilitat per culpa i a la responsabilitat restringida només pels casos de dol o culpa greu<sup>129</sup>. En un model com aquest, haurien d'incloure's els estàndards més importants –parcialment basats en judicis objectius-, la infracció dels quals dona lloc a responsabilitat, però no com a requisits de comportament sinó com a càrregues de responsabilitat: això no indica l'atenció realment deguda en el tràfic, sinó la negligència que dona lloc a responsabilitat<sup>130</sup>. Aquestes càrregues de responsabilitat es vinculen a la dogmàtica desenvolupada per la responsabilitat per culpa, de manera que, per exemple, la “doctrina del fi de protecció de la norma” encara té lloc dins del dret de danys. No obstant això, cal tenir en compte la confusa identificació d'estàndards de responsabilitat i de requeriments de comportament que existeixen al dret actual.

La jurisprudència no proporciona un catàleg clar de principis, ja que és molt general i inespecífica. Per això, seria necessari establir un conjunt de casos exemplificatius que ordenés els diferents estàndards de responsabilitat i que servís per a proporcionar criteris de decisió homogenis. Tan mateix, és més important que aquests exemples comptin, alhora, una afirmació indirecta entenedora i intersubjetivament clara del pes dels diferents principis individuals de la responsabilitat. Aquests principis serien aplicables per la jurisprudència. La declaració dels principis de responsabilitat rellevants serveixen també per a la valoració adequada del model: aquest permet parlar expressament de punts de vista normatius que condueixen a una decisió. D'altra banda, els exemples garanteixen l'existència d'indicacions clares per a orientar l'adopció d'una decisió i, d'aquesta manera, aconseguen fer manejable a la pràctica l'adequadament valorat “sistema mòbil”.

Juntament amb l'exoneració de responsabilitat pel compliment de la diligència, que exclou la responsabilitat, existeix un altre grup de fets que també exoneren de responsabilitat<sup>131</sup>, que –com el consentiment- fins ara han estat discutits com a causes de justificació. Aquesta posició és conseqüència d'una actual dogmàtica del dret de danys orientada només cap al danyant, cap al comportament negligent. Això resulta clarament inadequat. D'una banda,

<sup>128</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 9 VI. 2.

<sup>129</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 9 I. 3., V.

<sup>130</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 9 V. 3.; vegeu JANSEN, *Rechtswidrigkeit* (nota al peu 33), pàgs. 546 i ss.; *idem*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht*, ZEuP 9 (2001), pàgs. 30, 57 i ss.

<sup>131</sup> JANSEN (nota al peu 1), § 9 III. 1.

les “justificacions” també poden excloure la responsabilitat per risc, encara que gairebé no es tracta d'una antijuridicitat<sup>132</sup>; d'altra banda, es manté alguna responsabilitat per risc en interès de la justificació, que té en compte els causants de dany. Un exemple particularment clar sobre l'anterior afirmació la proporciona la permissió de danyar béns jurídics aliens en cas d'emergència. No és la permissió de la ingerència allò que impedeix en aquests casos la responsabilitat, sinó la cancel·lació jurídica de la posició de protecció del danyat, doncs ja sigui per la seva disposició o per la seva omissió, el dret li retira la protecció del seu béns jurídics (defensa pròpia, estat d'emergència defensiu). Aquesta exclusió de responsabilitat no es basa en una graduació del comportament danyós sinó en una valoració de la definició de la protecció del danyat. Però, no obstant això, la responsabilitat per sacrifici ja no constitueix una “anomalia de la responsabilitat” difícil d'entendre<sup>133</sup>, sinó una peça conseqüent en un model de responsabilitat que no prové de la sanció d'un comportament, sinó de la responsabilitat personal per un dany.

En conjunt, un model com aquest pot establir la descripció adequada d'un dret de danys vàlid i real tal com resulta de les decisions jurisprudencials i de la doctrina actual. S'ha d'afegir –en relació amb les reserves formulades– que aquest model, per a uns supòsits de fet com els del § 823 II BGB, ha de ser completat amb el fet que la responsabilitat es basa en la lesió d'un deure jurídic i no en la protecció d'un bé jurídic. D'aquesta manera, la violació d'un deure jurídic fonamental comporta la responsabilitat pel dany resultant. La responsabilitat no es basa en la confiança legítima en la integritat de determinats béns jurídics, com ho són els drets subjectius de caràcter absolut, sinó en la confiança legítima de què els tercers es comportaran d'acord amb la llei i no duran a terme actes il·lícits en contra dels interessos aliens<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al peu 6), marginal 488; WAGNER, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (nota al peu 6), V. 1. b; JANSEN, *Europäisches Haftungsrecht* (nota al peu 78), pàgs. 44 i ss.

<sup>133</sup> Així, V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al peu 6), marginal 502.

<sup>134</sup> JANSEN (nota al peu ), § 1 II. 2.3, § 9 I. 4.4.