

InDret

Estructura de un derecho europeo de daños

Desarrollo histórico y dogmática moderna

Nils Jansen
Facultad de Derecho
Universidad de Regensburg

Working Paper n°: 128
Barcelona, abril de 2003
www.indret.com

Sumario

1. **Introducción**
2. **Bolton v. Stone**
3. **El problema de la distinción entre responsabilidad objetiva y por culpa**
 - 3.1. **La homogeneidad del derecho de daños y la heterogeneidad de la regulación europea**
 - 3.2. **La uniformidad en la valoración de la responsabilidad civil**
4. **Fundamentos de la distinción entre responsabilidad objetiva y por culpa**
 - 4.1. **Deberes civiles de conducta**
 - 4.2. **Compensación y distribución**
5. **Una explicación histórica**
 - 5.1. **El origen del derecho de la responsabilidad civil en el derecho romano de daños**
 - 5.2. **Hacia un derecho de daños moderno**
 - 5.3. **El derecho de daños en la discusión del derecho natural**
 - 5.4. **Evolución en los siglos XIX y XX**
6. **Un modelo alternativo**

1. Introducción¹

El derecho de daños actual se estructura fundamentalmente en torno a la división entre la responsabilidad por culpa, de una parte, y la responsabilidad objetiva, de la otra². De esta forma, es presupuesto del régimen de responsabilidad por culpa la existencia de una conducta contraria a un deber jurídico: el causante de un daño sólo es responsable del mismo si ha realizado un acto ilícito, esto es, si ha realizado un acto no permitido por el derecho. De ahí que la cuestión dogmática se centre en el concepto de antijuricidad y de culpa. Distintos son los presupuestos de la responsabilidad objetiva, tales como la responsabilidad por riesgo y por sacrificio. En este contexto, el causante del daño responde con independencia de que su conducta haya sido más o menos diligente, de forma que la acción de daños debe basarse en requisitos objetivos, tales como la peligrosidad de la conducta dañosa y la injerencia intencionada en bienes jurídicos ajenos³.

Esta distinción fundamental se encuentra hoy en la totalidad de sistemas jurídicos europeos y ocupa también un lugar central en el análisis económico del derecho⁴. Asimismo, la distinción parece constituir un principio estructural del derecho europeo de daños. No obstante, a nivel dogmático, es más clara en el derecho alemán que en otros ordenamientos jurídicos. Así, sólo en derecho alemán se considera esta distinción como algo más que un principio de orden público y se ha revalorizado desde un punto de vista teleológico como un fundamento teórico de justicia⁵. Conceptualmente, sin embargo, esta distinción parece constituir una asunción básica en todos los ordenamientos jurídicos, de modo que, tanto conceptual como ideológicamente, las propuestas en este sentido se van a mantener en un futuro derecho europeo, en el que la responsabilidad por una conducta contraria a un deber jurídico, en particular, la responsabilidad por culpa, se distingue de la responsabilidad objetiva desde un punto de vista estrictamente sistemático⁶.

La tesis principal que se sostiene en este artículo es que la distinción es errónea y, por ello, debería ser abandonada. En efecto, el derecho de daños está estructurado de modo uniforme, de ahí que la distinción constituya una cuestión más dogmática que de fondo. No obstante, lo anterior no significa que una conducta no antijurídica no constituya como tal un fundamento de responsabilidad. Lo contrario es el caso previsto en el § 823 II BGB, que constituye un ejemplo clásico al respecto. No obstante, en este trabajo la responsabilidad por culpa no va a

¹ El trabajo, que fue presentado en un seminario que tuvo lugar en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo, se basa en su mayor parte en mi libro *Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Jus Privatum.

² J. ESSER, *Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts*, JZ 1953, págs. 129 y ss.

³ E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 1995, marginales 5, 8, 9, 13, 14 y ss.; K. LARENZ/C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts II/2*, 1994, págs. 351 y ss., 605. En esta afirmación se basa el trabajo del *Study Group on a European Civil Code* de Christian VON BAR; *vid.* JANSEN (nota al pie 1), § 9 I. 4.1.

⁴ En detalle, JANSEN (nota al pie 1), § 3 I. 1.; desde una perspectiva económica puede tener pleno sentido una graduación diferenciada entre la responsabilidad por culpa y objetiva: a.a.O., § 3 I. 1.3.3.

⁵ *Vid. infra* 4.2.

⁶ C. V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, 1996, marginales 5 y ss.; Bd. II, 1999, marginales 179, 244, 278; *vid.* también DENS., *Konturen des Deliktsrechtskonzepts der Study Group*, ZEuP 9 (2001), págs. 515, 526; también G. WAGNER, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, en R. ZIMMERMANN (Ed.), *Grundstrukturen eines Europäischen Deliktsrechts, Arbeiten zur Rechtsvergleichung* (Nomos), 2003, V. 1.c.

constituir el centro de atención⁷. Lo realmente importante es que no existe ninguna diferencia estructural entre la responsabilidad por culpa del § 823 I BGB, que encuentra su equivalente en la responsabilidad por negligencia (*negligence*) del *Common Law* o en el art. 1382 del *Code civil* francés, y la responsabilidad objetiva: se trata de una responsabilidad personal por los daños causados a bienes jurídicos ajenos.

Cabe destacar que la aplicación de la tesis que se defiende en este trabajo no requiere una modificación material del derecho, sino que basta con una descripción adecuada del derecho vigente. Tal reformulación debe ser tenida en cuenta en una futura codificación del derecho de daños para evitar decisiones contradictoria de los Tribunales.

2. *Bolton v. Stone*

El caso británico *Bolton v. Stone*⁸ ilustra con especial claridad el problema de la dualidad responsabilidad por culpa y objetiva del derecho de daños. La decisión responde a la cuestión de cómo debería valorarse la negligencia, es decir, cuál debería ser el estándar de diligencia razonable en las relaciones del tráfico. En este sentido, *Bolton v. Stone* constituye un caso de libro en Inglaterra: los estudiantes aprenden que en la responsabilidad por culpa se cuestiona si el comportamiento dañoso fue o no razonable, esto es, conforme a un deber, lo cual no depende, ciertamente, de la previsibilidad del daño⁹.

En el caso, la Sra. Bessie Stone se encontraba en la calle delante de su casa, mientras que en el campo de críquet cercano tenía lugar un partido. Un lanzamiento extraordinario de 103 yardas hizo que la pelota sobrepasara la valla de seguridad, le alcanzara y le causara heridas de consideración. En el proceso la sociedad demandada alegó que no se le podía reprochar ninguna falta de cuidado: la valla era lo suficientemente alta como para que la mayoría de las pelotas no la sobrepasaran, de modo que en los últimos treinta años sólo seis pelotas habían sobrepasado la valla. Además la calle adyacente al campo de críquet no estaba concurrida normalmente. En este sentido, es relevante que en los 85 años de historia de la sociedad demandada no había sucedido ningún accidente de este tipo. No hubiera sido razonable, por tanto, exigir a la sociedad la construcción de una valla más alta.

Una argumentación como ésta es evidente y parece plausible. Además, el Grupo de Estudio del Código Civil Europeo (*Study Group on a European Civil Code*), dirigido por el Prof. Christian VON BAR y que pretende codificar el derecho civil europeo, ha adoptado en el art. 1:103 el principio de responsabilidad que subyace en la anterior argumentación¹⁰. Sin embargo cabe preguntarse por qué la Sra. Stone debe asumir efectivamente los costes que desde la perspectiva del club son justificados, esto es, ¿por qué se permite al club externalizar sus costes cuando sean de escasa entidad? Desde un punto de vista de justicia material, sin duda, desestimar la demanda es menos razonable que la regla de responsabilidad adoptada¹¹.

⁷ *Vid.* nota al pie 134.

⁸ [1951] AC 850 (H.L.)

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

¹⁰ *Cfr.* VON BAR, *Konturen des Deliktsrechtskonzept der Study Group* (nota al pie 6).

¹¹ Se puede discutir esto de un modo abstracto como una cuestión de justicia derivada de la eficiencia de

Entre los juristas ingleses se rumorea que el juez y el abogado del club habían llegado a un acuerdo antes de que se dictara la Sentencia para que el club –sin el reconocimiento de un deber jurídico- asumiera el daño. En Alemania semejante posición, más pragmática, no está a disposición de los juristas. En casos semejantes, por tanto, Jueces y Magistrados deberían decidir, por ejemplo, que los clubes de fútbol deben asegurarse de que la ventana del vecino no será alcanzada por los balones –las normas técnicas del ordenamiento jurídico alemán establecen exigencias mínimas de seguridad¹²-. Sin embargo, no es evidente que en la práctica se pueda exigir a los clubes de fútbol esta conducta: los balones de fútbol son conocidamente menos peligrosos que las pelotas de críquet, las cuales –el caso de la Sra. Stone es un ejemplo claro- pueden causar claramente daños más graves que una pelota de fútbol. En el asunto, por tanto, debería haber resultado de aplicación un tipo de responsabilidad de garantía por daños, esto es, una regla de responsabilidad objetiva. La doctrina predominante –desde un punto de vista dogmático- rechaza lo anterior y reclama una ampliación de la responsabilidad por riesgo¹³ –esto es, de la responsabilidad objetiva¹⁴ por un lado y la limitación de la responsabilidad por culpa, por otro lado¹⁵. Esto es necesario, según VON BAR, para preservar la capacidad funcional de la responsabilidad por culpa¹⁶.

Una responsabilidad basada en deberes generales de conducta conlleva dificultades que no constituyen un problema específico del derecho inglés: aunque los Jueces alemanes son reacios a establecer deberes de cuidado con el objetivo de fundamentar una condena de responsabilidad, sí encontramos en el derecho alemán casos resueltos de manera similar a *Bolton v. Stone*. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof* –BGH-) decidió en 1995 que en aquellos casos en que no sea razonable prever el daño a un tercero podría excluirse una pretensión de responsabilidad con base en el § 823 I del Código Civil alemán (*Bürgerlichesgesetzbuch* –BGB-), precisamente por la falta de culpa¹⁷. El caso se había originado por la denuncia de la huída que un pariente del denunciante había planeado para abandonar la República Democrática Alemana. El demandado había asumido el papel de confidente para convencer a su tío y demostrarle que cruzar ilegalmente la frontera era un caso extremadamente difícil de probar. Para tal actividad de confidente no existía sin embargo ninguna obligación derivada del derecho de la República Democrática Alemana; no se

Kaldor Hicks-Effizienz entre personas privadas; sin embargo esto no debería plantearse aquí, pues no aporta nada para la solución del concreto problema jurídico.

¹² *Staudingers Kommentar zum BGB*-HAGER, § 823, marginal E 337.

¹³ *Vid.* el informe presentado por DEUTSCH y WEITNAUER en el *Karlsruher Forum* de 1968 particularmente H. KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr*, AcP 170 (1970), págs. 1, 19 y ss., 22 y ss.; M. R. WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, 1980, págs. 277 y ss.; actualmente, *vid.* VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al pie 6), marginal 350; WAGNER (nota al pie 6), V. 3. y 4.; en cierta medida, también LARENZ/CANARIS, *SchuldR II/2* (nota al pie 3), pág. 602; en el mismo sentido BRÜGGEMEIER, *Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht*, AcP 182 (1982), págs. 385, 401 y ss. También se ha seguido esta postura en una propuesta de codificación del derecho de daños suizo (Art. 50 VE, en D. KOCH, *Die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts*, ZEuP 9 (2001), págs. 753, 758 y ss.). También P. WIDMER & P. WESENER, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht*, 2001, págs. 137 y ss.

¹⁴ B.A. KOCH, *Die Sachhaftung*. 1992.

¹⁵ En detalle sobre los problemas de esta concepción, JANSEN (nota al pie 1), § 9 I. 3.3

¹⁶ V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al pie 6), marginal 313 (pág. 343).

¹⁷ BGHZ 127, 195.

requería más que una simple denuncia para condenar a alguien por un intento de huir del país de forma ilegal. Posiblemente, según el BGH, el demandado estaba por aquel entonces tan implicado en el sistema de seguridad estatal que para él personalmente no hubiera sido razonable comportarse de otra manera.

De nuevo aparece aquí el mismo problema que en *Bolton v. Stone*: en el plano de los estándares de comportamiento, es perfectamente comprensible que, bajo las especiales circunstancias del sistema de la República Democrática Alemana, una persona actúe como confidente. Sin embargo, asumir que el causante del daño pueda librarse de responder de los daños materiales significativos causados a la víctima (en concreto, el lucro cesante derivado de la estancia en prisión), no está tan claro. Es por ello que la distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva del derecho de daños es errónea desde un punto de vista teleológico.

3. El problema de la distinción entre responsabilidad objetiva y por culpa

3.1. La homogeneidad del derecho de daños y la heterogeneidad de la regulación europea

En contraposición a una estricta división categórica del derecho de daños mediante grupos de responsabilidad creados dogmáticamente, la realidad jurídica actual se caracteriza por una transición hacia las responsabilidades individuales. Una división útil del derecho de daños prescinde, esta es mi segunda tesis, de la distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva.

No constituye ninguna novedad que entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo existe una transición gradual¹⁸. En el derecho alemán esto lo muestra especialmente la responsabilidad por culpa. La jurisprudencia alemana ha establecido especiales y severos deberes del tráfico, de tal forma que en el ordenamiento jurídico alemán la responsabilidad por culpa con frecuencia constituye más o menos una responsabilidad de garantía. Es interesante señalar –como ya se ha indicado– que la afirmación anterior no sólo es válida para actividades especialmente peligrosas: es llamativo, por ejemplo, el caso de la responsabilidad del dueño de un negocio por los accidentes que suceden en él, como por ejemplo, la responsabilidad por accidentes en supermercados¹⁹. Parecidamente esto vale para la obligación del quitanieves: caer enfermo de manera repentina y sufrir una estancia en el hospital a consecuencia de la enfermedad no constituye un daño: el obligado por el tráfico debería haber tenido cuidado²⁰. Cuando se sale el agua de un lavavajillas o de una lavadora, quien los usa debe responder del buen estado de

¹⁸ Para una fluida transición entre deberes del tráfico y responsabilidad por riesgo en el derecho alemán, vid. J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 1969, págs. 23 y ss.; E. V. CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, pág. 13; actualmente, C. V. BAR, *Verkehrspflichten*, 1980, págs. 103 y ss., 128 y ss.; H. KOZIOL, *Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit und Traum*, JBl. 2001, págs. 29, 35 y ss.; T. MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht*, 1993, págs. 114 y ss.; E. STEFFEN, *Haftung im Wandel*, ZVersWiss. 82 (1993), págs. 13, 18, 20 y ss., 25, 27 y ss.; w.N. bei JANSEN (nota al pie 1), § 9 I 3.1.

¹⁹ BGHNJW 1985, págs. 482 y ss.; NJW 1991, 921 y ss.; OLG Köln, VersR 1999, págs. 243 y ss.

²⁰ BGH VersR 1970, pág. 182.

conservación de la máquina y del uso adecuado de la misma²¹. Las agencias de viajes, por su parte, deben garantizar la seguridad en los hoteles; por ejemplo, la seguridad de las barandillas de los balcones²². A esto se añade la intensificación de las exigencias de cuidado mediante instrumentos procesales, tales como la inversión de la carga de la prueba en la acreditación de la culpa, lo que en definitiva puede significar la imposición de una responsabilidad objetiva.

A la inversa, la estricta responsabilidad por riesgo está limitada en los supuestos de exclusión de responsabilidad, esto es, los supuestos de fuerza mayor y suceso inevitable, de modo que con ello se aproxima a la responsabilidad por culpa. Cuando el resultado inevitable –según las viejas teorías subjetivas de la fuerza mayor– es descrito mediante el estándar de cuidado de un conductor ideal, esto puede responder en conclusión a una particularmente estricta responsabilidad por culpa²³. Ciertamente el legislador ha suprimido la división entre fuerza mayor y suceso inevitable en favor de la graduación objetiva y precisa de la fuerza mayor; esto obedece principalmente a motivos dogmáticos abstractos que se pusieron de manifiesto en los años cincuenta del siglo pasado²⁴.

Este resultado de la sustitución mutua funcional entre la responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo se constata especialmente también en el derecho comparado²⁵. Así lo demuestra la “responsabilidad del guardián” (*responsabilité du gardien*) del ordenamiento jurídico francés, que conceptualmente supone una responsabilidad objetiva por la puesta en peligro de las cosas bajo su custodia, tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas de la responsabilidad por deberes del tráfico del derecho alemán²⁶. Por otro lado, la responsabilidad por daños causados por vehículos de motor en Inglaterra se rige por un estándar de diligencia que, a la postre, no la hace menos estricta que la alemana²⁷. A la inversa, en Inglaterra, la responsabilidad por los daños causados por una fuga de agua en una lavadora o un lavavajillas sería determinada de modo natural como una responsabilidad objetiva derivada de inmisiones (*nuisance*)²⁸ con los mismos resultados que en Alemania. Paralelamente muchos ordenamientos jurídicos conocen también genuinos supuestos de hecho híbridos cuya clasificación en la responsabilidad por culpa o en la responsabilidad por riesgo se muestra especialmente difícil. En especial se aprecia lo anterior en la responsabilidad estricta por actividades peligrosas en el derecho italiano y portugués²⁹. Dificultades parecidas aparecen también en la responsabilidad por productos defectuosos del derecho alemán³⁰.

²¹ Vid. notas al pie 36 y 37.

²² BGHZ 103, 298, 305 f.

²³ En detalle JANSEN (nota al pie 1), § 9 V. 2. y 3.

²⁴ En detalle, JANSEN, *Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik. Zur Reform des Schadensersatzrechts 2002*, que será publicado próximamente en *Juristenzeitung*.

²⁵ V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al pie 6), marginales 244, 306, 313.

²⁶ U. HÜBNER, *Zur Problematik der „Verkehrssicherungspflichten“ im französischen Recht*, *VersR* 1980, págs. 795 y ss.; V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (nota al pie 6), Bd. I, marginales 98 y ss., 106, Bd. II, marginales 244, 306, 313, 315 y ss., 322 y ss.

²⁷ Vid. *Roberts v Ramsbottom* [1980] 1 All ER 7.

²⁸ Cfr. J. FLEMMING, *The Law of Torts*, 1998, pág. 457; *Sedleigh-Denfield v O'Callaghan* [1940] AC 880 (H. L.): escape de agua a consecuencia del atasco de una cañería.

²⁹ Art. 2050 ital. Cc; art. 493 Abs. 2 port. Cc.

³⁰ P. MARBURGER, *Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluß der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten- und zur Umwelthaftung*, *AcP* 192 (1992), págs. 1, 10 y ss.

Semejante transición sucede no sólo entre la responsabilidad por culpa y por riesgo sino también especialmente entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por sacrificio. El caso típico de este tipo de responsabilidad requiere, de acuerdo con el derecho alemán, una intromisión intencionada y autorizada por la ley en el sentido del § 904.2 BGB. Si el causante del daño se cree capaz de evitar el daño (cree que podría evitar el daño), entonces por consiguiente no le debería ser impuesta responsabilidad³¹. Valorativamente esta distinción no aclara nada, pues también resulta aplicable a los daños causados conscientemente y por motivos egoístas. Correspondientemente, en el derecho americano el caso típico que ilustra el problema de la responsabilidad por sacrificio es el siguiente: un barco solicitó recalar en un puerto extranjero debido a la inminente amenaza de una tormenta y, dadas las circunstancias, recibió autorización. Una vez en puerto, el barco dañó el muelle al ser empujado contra él por el fuerte viento y el oleaje. El Tribunal determinó que la autorización para atracar en el muelle no podía excluir la responsabilidad por los daños causados³²: quien obtiene un beneficio de bienes jurídicos ajenos –sea por una intervención directa, sea por un riesgo conocido y egoísta-, tiene que compensar al eventual dañado. Correspondientemente, según el nuevo derecho holandés, un interés público fundamental puede excluir la acción negatoria (pretensión de abstención) contra una acción dañosa, más no la eventual reclamación indemnizatoria, que permanece inalterada (Art. 6: 168 I BW); en concreto esto ocurriría, por ejemplo, en el caso de que fueran bloqueados los accesos a una planta productora de cloro por parte de activistas de *Greenpeace*³³.

La base normativa de tales reglas y decisiones se encuentra en la sencilla idea de que el equilibrio de intereses contrapuestos no se deja regular satisfactoriamente, en tanto que no se reconozca la primacía de uno de ellos, de manera que la correspondiente actividad será prohibida. Así, un interés está justificado si una parte afecta al interés de otro sin causarle un daño³⁴. Análogamente un tribunal holandés había decidido con anterioridad, que no sería de esperar que un productor de coches, bajo determinadas circunstancias, examinara todos los componentes de su actividad funcional; económicamente, sin embargo, sí tiene que asumir su propio riesgo si omite lo anterior³⁵. Del mismo modo sería decidido en Alemania el caso de la lavadora, que a una ama de casa no le podría ser exigido una custodia constante de la lavadora; es obvio, sin embargo, que incurra en responsabilidad cuando omite dicho cuidado³⁶. El dañado cuanto menos tiene derecho a una compensación –esto hace aceptable el riesgo de sus bienes jurídicos; y al ama de casa se le permite salir de vivienda– aunque hasta el precio del riesgo asumido.

Hoy en día los tribunales fundamentan la responsabilidad en estos casos con la afirmación de

³¹ LARENZ/CANARIS, *SchuldR II/2* (nota al pie 3), pág. 668; E. DEUTSCH, *Die Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund*, FS H. Stoll, 1999, págs. 3, 9; *cf.* BGHZ 92, 357, 359 y ss. sobre maniobra de evasión en el tráfico.

³² *Vincent v Lake Erie Transp. Co.* 124 NW 221 (1910) (Supreme Court of Minnesota); el caso se decidió con base en la responsabilidad por culpa.

³³ *Rechtsbank Roermund KG* 1993 411, pág. 824.

³⁴ En detalle, JANSEN (nota al pie 1), § 1 III. 1. y 2.

³⁵ *Hof Amsterdam NedJur* 1958, n.º. 104, pág. 297.

³⁶ *OLG Düsseldorf VersR* 1975, págs. 159 y ss.

deberes de conducta y del tráfico³⁷, mas esto no es admisible³⁸: no es evidente que estos casos deban significar una responsabilidad por conductas negligentes. Evidentemente no es posible en este punto una clara delimitación entre la responsabilidad por culpa y por riesgo o entre responsabilidad por culpa y por sacrificio. Respectivamente resulta la responsabilidad – independientemente de la autorización del comportamiento dañoso- de que el causante del daño ha llevado a cabo egoísta y conscientemente un riesgo fatal para el dañado.

3.2. La uniformidad en la valoración de la responsabilidad civil

Las sentencias relativas a la responsabilidad civil se fundamentan de forma manifiesta bien en el régimen de la responsabilidad por culpa bien en el de la responsabilidad objetiva y, con frecuencia, ello se realiza conforme a idénticas consideraciones normativas. Esta concepción en bloque del derecho de la responsabilidad civil se construye desde un punto de vista teleológico mediante un argumento que es decisivo para superar la dogmática división actual del derecho de daños en dos o más regímenes jurídicos de responsabilidad. Los Tribunales no sólo se preguntan si el causante del daño ha actuado de forma adecuada, sino además quién debe asumir un determinado riesgo. En efecto, las sentencias que se basan en la responsabilidad por culpa parten, con carácter general, de consideraciones que son propias de la responsabilidad por riesgo desde un punto de vista dogmático. El derecho de la responsabilidad civil decide con carácter general quién debe asumir un determinado riesgo.

Además, en la actualidad los modos de conducta que no son precisamente peligrosos con frecuencia también están sujetos a un especial régimen de responsabilidad objetiva. Los ejemplos indicados con anterioridad así lo ponen de manifiesto: negocios, supermercados y aceras³⁹ son tan poco peligrosas como un lavavajillas o una lavadora. Las valoraciones principales que guían estas decisiones no se acomodan, no obstante, al juicio sobre la conducta dañosa, sino sólo a la protección justa de los intereses en conflicto. Estructuralmente, lo anterior se basa en el carácter simétrico de las sentencias de responsabilidad civil⁴⁰. El derecho de la responsabilidad civil trata de distribuir de forma justa los riesgos de daño y ello no depende sólo de una valoración de la conducta del causante del daño. La distribución justa de los riesgos de daño es presupuesto de la actual dogmática sobre la conducta del causante del daño y ello es así en la responsabilidad por culpa y en la responsabilidad por riesgo. Del mismo modo, cabe preguntarse qué circunstancias de un supuesto de daños interesan típicamente, así como qué ámbito de protección merece la víctima. En este sentido, hoy en día son objeto de protección todas las circunstancias de la vida cotidiana⁴¹, cuestión que muestran los ejemplos anteriormente mencionados: acudir a un supermercado, caminar por la acera, habitar en una vivienda. En sentido contrario, la actividad empresarial está sometida a un especial grado de responsabilidad⁴². En el *Common Law* se percibe un intento claro en este

³⁷ Siehe etwa *OLG Hamm* MDR 1984, pág. 668; *LG Gießen* VersR 1997, pág. 1023: el conductor avisó óptica y acústicamente a corta distancia.

³⁸ N. JANSEN, *Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB*, AcP 202 (2002), págs. 517, 528.

³⁹ En este punto la jurisprudencia establece con carácter general exigencias estrictas y acepta normalmente sólo casos de insignificantes desigualdades en el suelo.

⁴⁰ JANSEN (Nota al pie 1), § 1 III. 3.

⁴¹ JANSEN (Nota al pie 1), § 9 VI. 3.2.

⁴² JANSEN (Nota al pie 1), § 9 VI. 3.1.

sentido: se trata de evitar los privilegios en materia de responsabilidad civil y, por eso, el ejemplo de la conducta de la madre –para evitar un incentivo al aborto – no puede ser conceptualizado como la vulneración de un deber⁴³.

Es también decisiva la razonabilidad de llevar a cabo una conducta en propio riesgo los motivos de la cual están especialmente en el propio beneficio. Un riesgo extraordinario para un bien jurídico ajeno constituye un caso típico. Ciertamente, no es válida la frase: quien crea el riesgo debe asumir la responsabilidad por la materialización del mismo. Los accidentes se originan de forma típica con motivo de la actividad del causante del daño y, también, de la actividad de la propia víctima. Ambos buscan normalmente con su actividad un interés propio: quien busca unos grandes almacenes, a pesar de estar delicado de las piernas, lo hace comúnmente en interés propio, de igual forma que lo hace el arrendatario de un negocio.

En sentido contrario, no obstante, la potencial víctima puede ser responsable en relación con un determinado riesgo: quizás podría haber prevenido de forma especialmente fácil un determinado peligro; quizás debería haber tenido en cuenta que había expuesto a un peligro cosas delicadas; quizás para la potencial víctima era más fácil y propicio contratar un seguro de cosas que para el causante del daño contratar un seguro de responsabilidad civil. En este último caso, el dañado debería asumir la obligación de asegurarse y el correspondiente riesgo de daño quedaría dentro de su ámbito de responsabilidad⁴⁴.

Desde un punto de vista teleológico, después de todo no existen diferencias entre las circunstancias que basan una responsabilidad objetiva y las que basan una responsabilidad por culpa. Una concreta sentencia en materia de responsabilidad civil se fundamenta en un gran número de criterios que pueden y deben ser ponderados⁴⁵. En tanto que la dogmática de la responsabilidad civil se basa sólo en una conducta culposa, esto es, en un especial riesgo, no deja espacio para la valoración de tales criterios, por lo que los jueces sólo pueden apuntar sus consideraciones al respecto en casos excepcionales⁴⁶. En tanto que no es necesaria la existencia de ninguna circunstancia especial para afirmar la responsabilidad por riesgo, los jueces deberían preguntarse cómo tendría que comportarse el causante del daño para evitar el mismo. El hecho de que el juez no pueda establecer las consideraciones que fundamentan su decisión comporta que el actual derecho de la responsabilidad civil sólo pueda describirse mediante constelaciones de casos. Al mismo tiempo lo anterior aumenta el riesgo de que existan sentencias arbitrarias e inconsistentes, como sucedió en el caso ya analizado del confidente. Ahora bien, los jueces no disponen de un sistema de responsabilidad civil secreto

⁴³ J. STAPLETON, *Duty of Care Factors: a Selection from the Judicial Menus*, en: P. CANE & J. STAPLETON (Eds.), *The Law of Obligations*, GS FLEMING, 1998, págs. 59 y 87; Decisiones concretas afectan al consumo de drogas por parte de la madre, quien no deben responder frente a sus futuros hijos que sufren daños a consecuencia de ello.

⁴⁴ La relevancia de la mejor asegurabilidad para la asignación de los riesgos de daño, JANSEN (Nota al pie 1), § 2 II. 5.4, § 9 VI. 3.4.

⁴⁵ Para la formulación de un sistema ágil e inteligible de tales principios de responsabilidad, JANSEN (Nota al pie 1), § 9 IV. – VI.

⁴⁶ Por el contrario, en la actualidad no es posible formular una lista completa de los principios de responsabilidad válidos, los que se utilizan en la práctica. Las reflexiones que han regido las decisiones judiciales sólo se presumen. Cfr. también STAPLETON, *Duty of Care Factors* (Nota al pie 43), pág. 87, donde juzga de forma escéptica una formulación definitiva de tales principios.

que puedan mantener oculto ante el resto del mundo.

4. Fundamentos de la distinción entre responsabilidad objetiva y por culpa

En la realidad jurídica, la visión unitaria del derecho de la responsabilidad civil no excluye en ningún caso la existencia de buenas razones para estructurarlo en la distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva. Esta visión es un resultado de la jurisprudencia, la cual puede ser errónea, por lo que cabe preguntarse sobre las razones que, de manera frecuente, se alegan para justificar dicha división.

4.1. Deberes civiles de conducta

Junto con el argumento económico⁴⁷, se acepta que una específica función del derecho de daños consiste en establecer un catálogo de deberes civiles de conducta⁴⁸. Esta idea hoy ya no es plausible, pues las exigencias de determinadas conductas de hecho se encuentran en reglas detalladas del derecho público, en las normas industriales alemanas (*DIN-Normen*) y en las normas técnicas aplicables a los distintos sectores profesionales. En este sentido, el complemento que suponen las normas de derecho privado a lo anterior es superfluo. Además, el derecho de la responsabilidad civil indica sólo, siempre *ex post* y para concretos casos individuales, qué diligencia hubiera sido exigible. Por su parte, la jurisprudencia sobre deberes del tráfico no es capaz de ofrecer una escala adecuada que gradúe las conductas de las personas en términos de diligencia. Los seres humanos conocen que tienen que comportarse adecuadamente en relación con los bienes jurídicos ajenos, pero la idea de que uno ajusta su conducta a lo que establezca la jurisprudencia –a lo que HAGER dedica más de cien páginas⁴⁹– no es ni realista ni deseable.

4.2. Compensación y distribución

Más importante que el anterior argumento relativo a los deberes de conducta es la tesis de justicia –propuesta por ESSER⁵⁰–, según la cual el derecho de la responsabilidad por culpa sirve sólo a la justicia compensatoria, mientras que el derecho de la responsabilidad por riesgo

⁴⁷ Cfr. nota al pie 4: Según la posición dominante en el análisis económico del derecho, los estándares de cuidado ineficientes, aquéllos que exigen el más alto grado de diligencia, no tienen sentido desde un punto de vista económico, en atención a la conducta real, y comportan incentivos a comportarse ineficientemente desde el punto de vista económico general. Esto se basa en presupuestos jurídicos falsos: los estándares de cuidado ineficientes podrían ser tan eficientes como una responsabilidad objetiva.

⁴⁸ Este argumento ha sido formulado expresamente en escasas ocasiones, pero sí ha sido reconocido de forma tácita cuando se ha alegado que los estándares de cuidado son contrarios a la función de prevención del derecho de daños. (cfr. *Münchener Kommentar BGB-Mertens*, Vor §§ 823-825, marginal 57; DEUTSCH, *Haftungsrecht* (Nota al pie 3), marginal 18, pág. 246); también utiliza este argumento V. BAR en relación con las funciones del derecho de daños (arriba, nota al pie 16) y rechaza las exigencias “encubiertas” de cuidado: *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (Nota al pie 6), por ejemplo, marginales 224, 244, 278, 284.

⁴⁹ *Staudinger*¹³-HAGER (Nota al pie 12), § 823, marginal E 1-406.

⁵⁰ ESSER, *Gefährdungshaftung* (Nota al pie 18), S. 69 y ss.; ESSER, *Zweispurigkeit* (Nota al pie 2).

afecta a la distribución de los riesgos inevitables de daños, esto es, aquéllos aceptados socialmente y que derivan de la industrialización y del progreso técnico. Éste es el argumento frecuentemente utilizado por la dogmática alemana⁵¹ y supone un desarrollo de la clasificación, ante todo, pragmática del derecho de daños. Mientras que la doctrina alemana ha asumido sin más la tesis concisa de ESSER, una intensa e interesante discusión en este sentido se ha producido en el ámbito del *Common Law*⁵².

La tesis de ESSER sirve de base para explicar los diferentes fundamentos de las distintas responsabilidades: así, mientras que la justicia compensatoria regula el equilibrio legal de los intereses en conflicto, la justicia distributiva se pronuncia sobre el reparto de los beneficios y las cargas dentro de una constelación relevante de casos. En este sentido, mientras que la responsabilidad por culpa se basa en la responsabilidad personal del causante del daño, la responsabilidad por riesgo funciona como un tipo de seguro colectivo. Históricamente, esta tesis parte de una observación adecuada, pues los supuestos de hecho concretos de la responsabilidad por riesgo actual se aplicarían a aquellos grupos de casos para los que la aplicación de la responsabilidad por culpa conduciría a resultados que por razones sociales no serían asumibles⁵³.

En la actualidad, esta distinción aristotélica entre las distintas razones que justifican una y otra responsabilidad es útil para la mejor comprensión del derecho de la responsabilidad civil, pero no confirma la tesis de ESSER, pues el derecho de daños está estructurado de forma más compleja y exige una combinación entre la justicia compensatoria, por un lado, y la distributiva, por el otro –consideración que constituye mi tercera tesis-. El derecho de la responsabilidad civil está ligado a la justicia compensatoria, lo que significa que la acción de daños se basa en la responsabilidad personal del causante de un determinado perjuicio: uno no responde por los daños que, conforme al principio de justicia compensatoria, no tiene la obligación de asumir. La justicia compensatoria, en este sentido, determina el marco normativo de la responsabilidad civil, que por ejemplo serviría para una decisión frente a la propuesta de sustituir el derecho de la responsabilidad civil mediante un modelo de reforma de un seguro colectivo.

La consideración de que el derecho de daños se basa en la responsabilidad personal del causante del daño no explica, claro está, el alcance de la misma. Es más, las posiciones acerca del alcance de la responsabilidad personal han sido totalmente diferentes tanto desde un punto de vista histórico como material, esto es, entre las distintas ramas del derecho, así como también en relación con la moral pública⁵⁴. Así, por ejemplo, sería absurdo establecer en el ámbito del derecho penal una responsabilidad con independencia de la culpa, mientras que en

⁵¹ Véase, especialmente, LARENZ/CANARIS, *SCHULDR II/2* (Nota al pie 3), S. 354, 607; además, S. MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, págs. 209 y ss., 274 y ss.; A. LAUFS, *Unglück und Unrecht. Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems*, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1994, S. 8 y ss.; H.J. MERTENS, *Verkehrspflichten und Deliktsrecht*, *VersR* 1980, págs. 397 y 405.

⁵² De forma muy detallada JANSEN (Nota al pie 1), § 2 I. y II.

⁵³ R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, 1975, págs. 99 y ss., 113 y ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, ed. 1996, págs. 1133 y ss.

⁵⁴ Cfr. B. WILLIAMS, *Recognizing responsibility*, en *idem*, *Shame and Necessity*, 1993, págs. 50, 55, 63 y ss., 67; D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, 1999, págs. 58 y ss., 155 y ss., 164 y ss.; MEDER, *Risiko* (Nota al pie 51), págs. 20 y ss., 46 y ss.

el ámbito del derecho civil, tal posición es, de forma creciente, más clara. Los padres no responden por las travesuras de sus hijos, pero moralmente se van a sentir, con frecuencia, responsables de ello y repararán el eventual daño causado quizás con independencia de la existencia de un deber jurídico en ese sentido.

La responsabilidad personal se muestra así como un concepto teleológicamente abierto y ofrece un ámbito para valoraciones adicionales, que ahora forman parte de la justicia distributiva: la decisión, según la cual uno es responsable o debería serlo, afecta a la distribución de una determinada carga, esto es, la distribución de los riesgos de daño dentro de una sociedad. Asimismo, la frase –evidente– de que uno debe responder por los daños que causa negligentemente es, en este sentido, una forma de distribución del riesgo creado. Históricamente, esta cuestión no ha sido en absoluto algo evidente, sino que en su origen expresaba una responsabilidad creciente por los daños causados indirectamente⁵⁵.

De acuerdo con lo anterior, las decisiones sobre responsabilidad civil deberían incluir además de valoraciones de justicia compensatoria, otras de tipo distributivo. En ese sentido, no cabe establecer ninguna distinción entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. Por una parte, la responsabilidad por riesgo se basa también en una justicia compensatoria: por ejemplo, la empresa que explota una línea férrea no responde por los daños causados cuando no concurre culpa por su parte, sino por los daños imputables a su ámbito de responsabilidad⁵⁶. Asimismo, quien causa un accidente de tráfico no responde del mismo si el siniestro ha sido imprevisible, de forma que no cabe imputarle ninguna conducta negligente. Ahora bien, del mismo modo, los empresarios que realizan una actividad de riesgo no quedan exonerados de responsabilidad por los daños causados mediante el argumento de que la actividad se ha prestado de forma correcta. Por otra parte, la responsabilidad por culpa implica también una valoración de tipo distributivo desde el momento en que la responsabilidad civil se limita a los daños causados por una conducta negligente.

Desde el punto de vista de la estructura normativa, tampoco cabe establecer ninguna diferencia entre la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por culpa. Hacerlo es también erróneo.

5. Una explicación histórica

Si conforme a lo anterior y, en todo caso, hoy en día, ninguna buena razón explica la actual separación estructural del derecho de daños, habrá que buscarla en la historia: ¿por qué la mayoría de los juristas mantienen la distinción entre regímenes de responsabilidad como si se tratase de un principio estructural propio del derecho de daños, a pesar de que este modelo acarrea muchos problemas? Mi cuarta tesis, de carácter histórico, sostiene que la división errónea del derecho de daños unida a las dificultades actuales que el mismo presenta parten

⁵⁵ JANSEN (Nota al pie 1), § 4 II. 3.3.1 en materia de *culpa* en el derecho romano.

⁵⁶ La decisión del legislador no reconoce una indemnización por los daños morales en el ámbito de la responsabilidad por riesgo. Una decisión de este tipo no se deja explicar de una forma meramente distributiva, sino que depende de que el causante de los daños sea responsable; con detalle, JANSEN, *Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik* (Nota al pie 24).

de que los conceptos de antijuricidad (*iniuria*) y de culpa (*culpa*), originarios del derecho romano, se han convertido en conceptos disfuncionales con motivo de las múltiples transformaciones⁵⁷ que ha experimentado el derecho de daños.

5.1. *El origen del derecho de la responsabilidad civil en el derecho romano de daños*

Los conceptos mencionados proceden de la *actio legis Aquiliae*, la cual fundamenta la demanda para obtener una compensación por los daños materiales. Un sistema de responsabilidad como el que hoy rige en los ordenamientos jurídicos europeos no existía bajo el derecho romano. En la actualidad, la función del derecho de daños es la de compensar de forma justa los daños causados. En este sentido, el derecho de daños se pregunta si el causante de un determinado daño debe responder del mismo. Por el contrario, el derecho romano de daños se preguntaba si la víctima de un ilícito debía vengarse frente al causante del mismo. Así, el juicio acerca de la conducta del causante en términos de negligencia y la compensación adecuada de la víctima no constituían cuestiones centrales del derecho romano de daños.

De forma especial, lo anterior está contemplado en el derecho de las XII Tablas, que preveía una serie de normas, sistemáticamente desordenadas, que respectivamente disponían una sanción especial para cada uno de los delitos tipificados: al ladrón que es pillado en flagrante delito se le puede matar o convertir en esclavo (T. XII 8, 14⁵⁸); en el caso de que alguien cause lesiones corporales a otra persona, es aplicable el Talión (T. XII 8, 3); si un hombre muere de forma accidental, a su familia le corresponde una compensación en especie –un animal– (T. XII 8, 24); también era aplicable una regla especial para el caso de un incendio provocado⁵⁹ o de la tala de árboles (T. XII 8, 11); y también contemplaba el caso en que la reestructuración de un inmueble modifica el desagüe de las aguas pluviales y causa daños en la finca vecina (T. XII 7, 8)⁶⁰.

Desde tiempos inmemoriales era usual evitar la aplicación del Talión mediante el pago, de forma comparativa, de un dinero de rescate. Así, para controlar o evitar una venganza ilimitada se constituyó como obligatorio, bajo las XII Tabla, el pago de dicha suma de rescate⁶¹. Una vez ofrecida tal pena por parte del causante del daño a la víctima, ésta perdía el derecho a la aplicación del Talión. Esta situación jurídica fue antecedente de la *lex Aquilia*⁶², que, en su primer capítulo, disponía para los casos de muerte de esclavos y de animales la obligación de pago de una *poena*, en valor real, de los bienes⁶³. Del mismo modo, también para los daños

⁵⁷ El concepto es propio de E. V. CAEMMERER para los últimos períodos de desarrollo en el siglo XX: *Wandlungen des Deliktsrechts, FS zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, págs. 49 y ss.

⁵⁸ Las abreviaturas utilizadas en el derecho romano siguen la convención usual; véase en este sentido, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, 1971.

⁵⁹ T. XII 8, 10: en el caso de un incendio causado de forma negligente, corresponde una indemnización por los daños; en el caso de que concurra dolo la sanción para el autor es la muerte.

⁶⁰ En general y con detalle, JANSEN (Nota al pie 1), § 4 I. 1.

⁶¹ XII T. 8, 3-4; véase, A. VÖLKL, *Die Verfolgung von Körperverletzungen im frühen römischen Recht*, 1984, págs. 77 y ss.; KASER, *Privatrecht I* (Nota al pie 58), pág. 37 y ss.

⁶² La Ley fue promulgada probablemente en el año 287/86 AC; acerca de la discusión sobre la fecha, véase ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al pie 53), S. 955 y ss.

⁶³ De forma más precisa: el valor más alto de los bienes alcanzado en los últimos años antes del perjuicio; acerca del sentido de esta regla, ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al pie 53), pág. 961 y ss.; F.H. LAWSON &

materiales consistentes en quemar o romper bienes u otras formas de daños directos, la *lex Aquilia* preveía en su tercer capítulo el correspondiente deber de indemnización⁶⁴. Esta última regla reconocía sólo en apariencia el derecho legal a una indemnización en el sentido moderno de los términos, ya que se trataba en definitiva de reconocer a la víctima el derecho a la revancha por el perjuicio sufrido, que consistía precisamente en causar al responsable los mismos daños económicos sufridos. La *actio legis Aquiliae* fundamentaba, en este sentido, un derecho sobre un Talion de tipo económico⁶⁵. Las normas sobre la concurrencia de acciones muestran lo anterior: en el caso de que el daño hubiera sido causado por más de una persona, cada uno de los cocausantes tenía que pagar a la víctima la totalidad del importe de los daños⁶⁶ y ésta obtenía, de este modo, una indemnización múltiple. En efecto, la pena servía ante todo no para indemnizar a la víctima, sino para ofrecer a ésta una adecuada revancha por la conducta injusta de cada causante del daño. En este sentido, en el caso en que una persona, en primer lugar, lesionara a un esclavo y a los animales y, en segundo lugar, mediante otra acción, les matara, era procedente una doble indemnización, una por la lesión y otra por la muerte⁶⁷, sin que el enriquecimiento de la víctima constituyera ningún problema.

En este contexto, los conceptos de antijuricidad y de culpa se adaptaban de forma adecuada a la idea de la compensación del daño a título privado (*private Unrechtsausgleich*). Tales conceptos describían el comportamiento que merecía ser sancionado. Asimismo se defendía que el instrumento de la sanción adecuada al tipo de conducta injusta debía ser utilizado en mayor medida que el derecho de daños para obtener una compensación justa de los daños. Una persecución penal pública no conseguía ese objetivo en la antigua Roma y la compensación del daño sufrido era claramente un asunto particular⁶⁸. El principio de la realización privada del derecho (*privaten Rechtsverfolgung*) ha influido hasta el final en la moral pública romana y, consecuentemente, también en el derecho de daños: así, primero bajo SULLA y durante el período del Principado, fue el fundamento de la persecución penal pública; después, durante el final de la Dictadura, la propia persecución privada se convirtió en otr poder público.⁶⁹

Es totalmente comprensible que la compensación económica de un daño en una sociedad de pequeños campesinos, como lo era la vieja Roma, pudiera parecer tan poco importante como la sanción adecuada de una conducta negligente. Bajo el emperador Augusto Roma se había convertido en una ciudad de millones de habitantes: mientras la economía y el comercio estaban en pleno auge, se produjeron en la sociedad romana significativos rechazos sociales; las relaciones privadas no eran capaces de integrar a la sociedad por mucho tiempo. Los crímenes anónimos, que con frecuencia no eran esclarecidos, estaban a la orden del día. En los casos de daños el mecanismo de compensación de los mismos resultó progresivamente más importante que la sanción privada por el perjuicio o la injusticia sufrida: la indemnización de los daños causados constituía de manera habitual el motivo de una acción conforme a la *actio*

B.S. MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and Civil Law*, vol. I, 1982, pág. 5.

⁶⁴ Gai. D. 9, 2, 2 pr.; Ulp. D. 9, 2, 27, 5.

⁶⁵ JANSEN (Nota al pie 1), § 4 I. 2.1.

⁶⁶ Iul. D. 9, 2, 51, 1; Ulp. D. 9, 2, 11, 2 y 4.

⁶⁷ Gai. D. 9, 2, 32, 1.

⁶⁸ JANSEN (Nota al pie 1), § 4 I. 1.3.

⁶⁹ En general y con detalle, JANSEN (Nota al pie 1), § 4 II. 2.

legis Aquiliae. Por eso, los juristas clásicos tuvieron en cuenta de forma progresiva y dentro del marco de la *actio legis Aquiliae* los intereses indemnizatorios de los demandantes⁷⁰. Consecuentemente, se esforzaron por volver al concepto de culpa, el cual ha ido acompañado, de manera poco clara, del más viejo concepto de antijuricidad para delimitar la esfera de responsabilidad individual⁷¹. Asimismo, era también aceptado que uno pudiera ser responsable por los daños bajo determinadas circunstancias a pesar de no concurrir una conducta negligente. ULPIANO acuñó esta idea con la expresión culpa levisima (*culpa levissima*)⁷².

Los juristas romanos también reconocieron conceptualmente la compensación de los daños en el ámbito de una *actio legis Aquiliae* sancionadora de la conducta dañosa y, precisamente, no crearon una específica institución de responsabilidad civil para la compensación de los daños. La razón de ello se encuentra primariamente en el desarrollo tardío del instrumento de la persecución pública de la conducta dañosa: desde hacía mucho tiempo se había convertido en una evidencia que la acción aquiliana debía ofrecer también la adecuada indemnización de los daños⁷³. Dado que los juristas romanos no querían renunciar en absoluto a un tipo de acción privada de carácter sancionador, nunca se preguntaron sobre las viejas normas relativas a la concurrencia de acciones y, donde tal idea convenía, ellos argumentaron hasta el final el carácter penal de la acción⁷⁴: que la sanción de la *actio legis Aquiliae*, que se ajustaba en su origen al valor real de los bienes dañados, en ocasiones no permitiera la reparación total de los daños económicos de la víctima era para los juristas un problema, el cual han superado con la perfección del derecho⁷⁵. Por el contrario, no han cuestionado la posibilidad de que la víctima recibiera varias indemnizaciones por el mismo daño.

5.2. Hacia un derecho de daños moderno

Los juristas europeos de la edad media y sobre todo los juristas del *usus modernus* han transformado esta herencia romana en las reglas actuales del derecho de daños poco a poco. Bajo la batuta de los Tribunales vencieron la resistencia de la acción, cuya formulación originaria resultaba excesivamente restrictiva⁷⁶, y generalmente usaron la

⁷⁰ JANSEN (Nota al pie 1), § 4 II.

⁷¹ ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al pie 53), págs. 1004 y ss.; U. V. LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, 1971, págs. 83 y ss.; JANSEN (Nota al pie 1), § 4 II. 3.3.

⁷² Ulp. D. 9, 2, 44 pr.: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; véase, JANSEN (Nota al pie 1), § 4 II. 3.3.2.1. La *actio legis Aquiliae* fundamentaba también una responsabilidad por impericia (*imperitia*) y también por un defecto en el uso de la fuerza corporal; Gai. D. 9, 2, 8, 1: *infirmas culpa adnumeratur* (un defecto en la intensidad o en la fuerza es imputable a la culpa). Mientras que la responsabilidad por *imperitia* se deja explicar con la idea de la culpa, esta interpretación no es posible extenderla a la responsabilidad por *infirmas*. Pues esta responsabilidad debería aplicarse a todas las circunstancias de la vida cotidiana, tales como llevar un mulo, las cuales uno no podía prever fácilmente: se trata de una responsabilidad objetiva y personal por los bienes sobre los que uno es propietario.

⁷³ GAIUS ha calificado esta acción como una acción mixta (*actio mixta*) (Gai. Inst. 4, 9), la cual al mismo tiempo debía sancionar la causación del perjuicio y garantizar una adecuada indemnización; para mayor detalle, véase Jansen (Nota al pie 1), § 4 II. 3. vor 3.1 m.w.N. acerca de una interpretación discutida.

⁷⁴ JANSEN (Nota al pie 1), § 4 II. 3.1 m.w.N.

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

⁷⁶ Así, la demanda –como demanda de daños materiales y con base en la idea de que los daños a las personas no se dejan comparar económicamente (Gai. D. 9, 3, 7: *liberum corpus nullam recipit aestimationem*)

acción dónde observaron una correspondiente necesidad de reemplazo. Al mismo tiempo, estos juristas dismantelaron gradualmente sólo reglas penalmente explicables⁷⁷, como la responsabilidad por cumplimiento, y con ello clarificaron que en la *actio legis Aquiliae* observaban una acción de indemnización, no una sanción por un comportamiento dañoso. La *actio de damno dato* (acción de daños) se convertiría con ello en una amplia “cláusula general del derecho civil”⁷⁸.

Correlativamente estos juristas han llevado particularmente la responsabilidad hasta la *culpa levissima*, y con ejemplos han dejado claro que debería producirse no con un comportamiento culpable –acaso perdonable– sino con una responsabilidad objetiva⁷⁹. El tardoescolástico español MOLINA, cuya doctrina fue recibida directamente por autores del *usus modernus*⁸⁰, expuso la teoría anterior con claridad: de vez en cuando sería perfectamente admisible permitir actividades de riesgo que comporten riesgo para los bienes jurídicos ajenos. No obstante, sería inadmisibile permitir llevar a cabo tales actividades sin establecer a mismo tiempo una obligación de reparar los daños causados por tales actividades⁸¹. Lo anterior sería expresado a través de la *culpa levisima*: no se trataría de una responsabilidad por un comportamiento prohibido sino que se basaría en un razonamiento similar al contractual de una asunción de riesgo silenciosa⁸². Dogmáticamente se trata de una responsabilidad de garantía objetiva; el requisito de que el daño sea antijurídico sólo se puede entender en el sentido de un concepto de antijuricidad dirigido al resultado puro: *iniuria* no indica aquí un comportamiento antijurídico sino la lesión de un derecho subjetivo absoluto⁸³.

La *actio de damno dato* ofreció con ello un fundamento unificado a la pretensión por daños completamente imputables a bienes jurídicos individuales. Los supuestos de hecho de la responsabilidad objetiva se consideraban por tanto, para esta acción, superfluos. Que todo eso no tenía en común con la original *actio legis Aquilia* más que el nombre era ya conocido

– no sería aplicable a la lesión de un hombre libre.

⁷⁷ G. ROTONDI, *Dalla „Lex Aquilia“ all’art. 1151 Cod. Civ.*, en: *idem*, *Scritti Juridici* Bd. 2, 1922, págs. 465, 501 y ss.; H. KAUFMANN, *Rezeption und Usus Modernus der Lex Aquilia*, 1958, *passim*, particularmente *vid.* págs. 46 y ss., 104 y ss.; ZIMMERMANN, *Obligations* (Nota al pie 53), págs. 1018 y ss.; JANSEN (Nota al pie 1), § 5 II. 1. y 2.

⁷⁸ 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* (el ámbito de aplicación de este título es extraordinariamente amplio, de manera que la sustitución de cada daño será válida, en tanto que se pruebe la culpa de otro).

⁷⁹ Caída de una taza de te a consecuencia del susto producido por un disparo (N.H. GUNDLING, *Discourse über Die sämtlichen Pandecten*, Frankfurt und Leipzig 1748, lib. IX, tit. II, § 2), entrada en un henil con una lámpara de aceite, incluso si se protege de la mejor de forma posible (L.J.F. HÖPFNER, *Theoretisch-practischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen*, A.D. WEBER, Frankfurt a.M. 1818, §§ 757, 758); *vid.* JANSEN (Nota al pie 1), § 5 II. 3.2 m.w.N.

⁸⁰ *vid.* sólo la referencia de G.A. STRUVE, *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, con adiciones 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 y 5.

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

⁸² ...ratione pacti seu quasi pacti. MOLINA, *iustitia* (Nota al pie 81), disp. 698, marginal 3.

⁸³ JANSEN (Nota al pie 1), § 5 II. 3.2, III. 2.3.

por los juristas del *usus modernus*⁸⁴. Christian THOMASIIUS quería suprimir por ello la máscara de la ley aquiliana de la *actio de damno dato*⁸⁵; esto hubiera significado una reforma conceptual y terminológica del derecho de daños, en favor de sus considerables cambios funcionales experimentados.

5.3. El derecho de daños en la discusión del derecho natural

Tal reforma, en efecto, no ha llegado. El motivo se encuentra en el hecho de que la doctrina mayoritaria del *usus modernus* no estaba interesada en una cuestión dogmática mientras fuera posible acomodarse pragmáticamente al derecho romano tradicional. Además, a largo plazo fue fundamental que en la construcción del sistema iusnaturalista, la orientación de la sanción del derecho de daños, así como su relación conceptual con la infracción del deber civil de comportamiento, se hubiera endurecido de un modo particular.

GROTIUS, cuya doctrina está directamente influida por autores tardoescolásticos como MOLINA y LESSIUS, ofrece aquí una imagen ambivalente: en su principal trabajo de derecho privado, "*Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*", la responsabilidad está teleológicamente dirigida a la protección individual de posiciones jurídicas individuales (vida, salud, libertad, honor y propiedad) y a la responsabilidad personal por un daño⁸⁶. En el mismo sentido, GROTIUS también se ha posicionado por estos motivos a favor de una ampliación de la responsabilidad cuasidelictual y por una responsabilidad por sacrificio⁸⁷. Esta postura ha permanecido en el pensamiento jurídico europeo hasta hoy; así, la han formulado claramente –en particular con considerables diferencias conceptuales– autores como THOMASIIUS⁸⁸, KANT⁸⁹, VON ZEILLER⁹⁰, el Juez inglés Baron BRAMWELL⁹¹ y el belga *Procureur Général* LECLERCQ⁹²; en el siglo XX se pronuncian en este sentido, en Francia Boris

⁸⁴ Por ello algunos autores habían dado por suprimida la *actio legis Aquiliae* y habían considerado la *actio de damno dato* conforme al derecho nacional; por ejemplo, J. SCHILTER, *Praxis Iuris Romani in Foro Germanico* (Francofurti et Lipsiae 1713), exerc. XIX, 67; HÖPFNER, *Kommentar* (nota al pie 79), § 1060; otros querían clasificar la responsabilidad por culpa en la responsabilidad objetiva: 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*.

⁸⁵ Así la nota de la Tesis, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato* (Halaë Magdeburgicae 1720, nueva edición de M. HEWETT, 2000); THOMASIIUS mismo escribió probablemente la Tesis: R. ZIMMERMANN, *Christian Thomasius, the Reception of Roman Law and the History of the Lex Aquilia*, en: THOMASIIUS, *cit.*, pág. 49, 68.

⁸⁶ H. GROTIUS, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*, nueva edición de R.W. LEE, 1926, *boeck II, deel 32 y ss.*; *vid. JANSEN* (nota al pie 1), § 5 III. 3.2.

⁸⁷ GROTIUS, *Inleiding* (nota al pie 34), II, 32, §§ 22 f.; *cfr. dens.*, *De iure belli ac pacis libri tres* (Amsterdami 1642), *lib. II, cap. II, §§ 6, 9, lib. III, cap. XII, § 1* (marginal 1).

⁸⁸ THOMASIIUS, *Larva legis Aquiliae* (nota al pie 85), §§ 2, 10; *vid. JANSEN* (nota al pie 1), § 5 IV. 2.2.

⁸⁹ I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Königsberg 1798, pág. 97.

⁹⁰ F. v. ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, Wien 1819, §§ 4 y ss., 49, 179.

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

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

STARCK⁹³, en Inglaterra TONY HONORÉ⁹⁴ y en Estados Unidos de América RICHARD EPSTEIN⁹⁵. Intelectualmente esta postura doctrinal se encuentra también en la jurisprudencia sobre deberes del tráfico⁹⁶; y es capaz de ofrecer muy generalmente un motivo apropiado para una responsabilidad objetiva⁹⁷.

A favor de la construcción dogmática de un sistema consecuencialista se mostró rápidamente la teoría del derecho de daños de GROTIUS, como se observa en su trabajo principal de derecho natural *De iure belli ac pacis*⁹⁸. Allí la responsabilidad, conceptualmente, constituye la consecuencia de la vulneración de un deber de comportamiento interpersonal; teleológicamente, el principio de culpabilidad se encuentra así en el centro del derecho de daños –lo que ya para PUFENDORF constituía un axioma⁹⁹-. Desde PUFENDORF la doctrina iusnaturalista dominante había concebido el derecho privado, con creciente naturalidad, como un ordenamiento de deberes civiles, lo que en un sistema como éste supone entender la responsabilidad como una sanción por el incumplimiento de deberes de conducta¹⁰⁰. Estructuralmente, por tanto, la obligación de indemnizar no se diferencia de la imposición de una sanción pública; de nuevo aparecen como una función adecuada en este modelo orientado a la sanción los conceptos de la antijuricidad y la culpa. Ciertamente -se debe poner un especial énfasis aquí-, este desarrollo no fue objeto de específicas consideraciones desde el punto de vista del derecho de daños. Más bien fue simplemente dirigido para formular un sistema del derecho privado sistemáticamente fácil y cerrado. Para ello la reducción del derecho a un ordenamiento interpersonal de deberes de conducta constituye de hecho un principio adecuado.

Ciertamente, en tales sistemas no había lugar para la imputación objetiva de riesgos que desde entonces se han mostrado como irrenunciables para una justa compensación del daño y también habían encontrado entrada en la praxis del *usus modernus*. Correspondientemente la *culpa levisima* de la praxis o bien fue ignorada o bien vista como un auténtico acto ilícito¹⁰¹; por ello una responsabilidad objetiva debía aparecer como algo ridículo¹⁰². CHRISTIAN WOLFF formuló finalmente esta doctrina, que influyó

⁹³ B. STARCK, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, RTD civ. LVI (1958), S. 475, 501 y ss.: una “teoría de garantía” del derecho subjetivo como fundamento de la responsabilidad objetiva».

⁹⁴ T. HONORÉ, *Responsibility and Fault*, 1999; *vid.* JANSEN (nota al pie 1), § 2 III.

⁹⁵ R. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, *JLSt.* 2 (1973), 151 y ss.; JANSEN (nota al pie 1), § 2 II. 2.

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

⁹⁷ JANSEN (nota al pie 1), § 2 III. 2., § 9 II. 2.

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

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

¹⁰⁰ En detalle, *vid.* JANSEN (nota al pie 1), § 5 IV. 1. y 3.; particularmente importantes fueron *Pufendorf* y *Christian Woly ss*.

¹⁰¹ PUFENDORF, *De iure naturae* (nota al pie 47), *lib.* I, *cap.* V, § 15 a.E.; *cf.* *lib.* I, *cap.* VII, § 16 y *lib.* III, *cap.* I, § 6; acerca de esta parte de la teoría de PUFENDORF, *vid.* JANSEN (nota al pie 1), § 5 IV. 1.2.

¹⁰² S. PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, *Cantabrigae 1682* (nueva edición de K. LUIG, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1994), *lib.* I, *cap.* VI, § 10; PUFENDORF, de acuerdo con la práctica de su tiempo, ha considerado supuestos de hecho estrictos cuya fundamentación ha basado exclusivamente en la equidad sin clarificarlo con mayor detalle: *cit.*, *lib.* I, *cap.* V, § 24, *cap.* VI, §§ 11.

considerablemente en las codificaciones iusnaturalistas por un lado y en la doctrina pandectista del siglo XIX por el otro¹⁰³.

5.4. Evolución en los siglos XIX y XX

Esta concepción del derecho de daños orientada a la sanción coincidía de un modo especial con el derecho de daños romano, que parecidamente servía a la sanción para los ilícitos. No sorprende por ello que la doctrina pandectística, cuya pretensión escolástica estaba determinada del mismo modo por la fidelidad a las fuentes y la resolución sistemática, hiciera suya esta concepción del derecho natural sin más¹⁰⁴. No quedó lugar para la culpa levísima en los sistemas pandectísticos¹⁰⁵, y la responsabilidad por culpa no debió en ningún caso ir más allá de deberes de cuidado sensibles¹⁰⁶. Muchas veces serían presentadas incluso las penas privadas del derecho romano como derecho válido¹⁰⁷, y VON JHERING en su famoso *Schuldmoment des römischen Privatrechts* trató de obtener la prueba del carácter axiomático de los principios de la culpa¹⁰⁸: el principio de que sólo la culpa puede fundar un deber de responsabilidad sería tan evidente como la frase de que una llama necesita oxígeno. Junto a ello la asunción de la responsabilidad como sanción (“Kein Uebel ohne Schuld“¹⁰⁹) fue en realidad plausible.

Sin duda desde entonces era conocido que un principio culpabilístico como éste no ofrecía ninguna pauta para una compensación razonable del daño. El legislador prusiano ya estableció en 1838, al tiempo de la inauguración de la primera línea de ferrocarril, una responsabilidad por riesgo¹¹⁰; para ello fue decisivo el Consejero de Estado Friedrich Carl VON SAVIGNY¹¹¹, gracias a cuya actividad intelectual ha permanecido inalterado¹¹². En 1871 la regla de la responsabilidad objetiva se convirtió en obligatoria con la Ley de Responsabilidad por Riesgo del *Reich* (*Reichshaftpflichtgesetz*) para todo el *Reich* Prusiano; ya

¹⁰³ Vid. Jansen (nota al pie 1), § 5 IV. 3.

¹⁰⁴ Ciertamente los miembros de la escuela historia no se han ocupado inmediatamente de la teoría iusnaturalista, cuyos principios rechazan; vid. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, págs. 348 y ss., 367 y ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2001, pág. 11 y ss.

¹⁰⁵ Según A.J.F. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts I*, 1823, § 253, grundlegend J.C. HASSE, *Die Culpa des Römischen Rechts*, Bonn 1838, págs. 4, 65 y ss., 90 y ss.

¹⁰⁶ FR. MOMMSEN, *Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa*, Braunschweig 1855, págs. 361 y ss., 367 y ss.; en la manualística, L. ARNDTS R. v. ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart 1889, § 86 (pág. 144); G.F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig 1863, § 266 (págs. 408 y ss.); C.G. V. WÄCHTER, *Pandekten I*, Leipzig 1880, § 87 (págs. 446 y ss.); B. WINDSCHEID/T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, 1906, § 101 (págs. 521 y ss.); más pruebas en JANSEN (nota al pie 1), § 7 (nota al pie 278).

¹⁰⁷ Vid. THIBAUT, *Pandekten* (nota al pie 53), §§ 66 y ss., 68 (S. 52 y ss.); PUCHTA, *Pandekten* (nota al pie 54), §§ 230, 261 (págs. 356, 403); más pruebas en JANSEN (nota al pie 1), § 6 I.

¹⁰⁸ R. V. JHERING, *Das Schuldmoment des römischen Privatrechts*, 1867, págs. 40 y ss. y *passim*.

¹⁰⁹ V. JHERING, *Schuldmoment* (nota al pie 56), págs. 8, 60 y ss.

¹¹⁰ § 25 de la Ley de ferrocarriles; vid. ZIMMERMANN, *Obligations* (nota al pie 53), pág. 1131 m.w.N.

¹¹¹ T. BAUMS, *Die Einführung der Gefährdungshaftung durch F.C. von Savigny*, ZSS (germ.) 104 (1987), págs. 277 y ss.

¹¹² SAVIGNY no ha hablado de responsabilidad por riesgo ni en su *System des heutigen römischen Rechts* ni en su *Obligationenrecht*, y los cuasidelitos los trata muy someramente: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II*, Berlin 1853, págs. 3, 330 y ss.

en 1864 se introdujo la responsabilidad objetiva en la ley de minas; y se aplica en la resolución sobre seguros para accidentes de trabajo desde 1884.

Con ello se estructura la evolución de la dualidad del sistema del derecho de daños, tal y como hoy se conoce: el clásico derecho civil de daños será concebido en el sentido del derecho romano y de la construcción del sistema iusnaturalista como una sanción por la infracción de un deber –en el BGB los §§ 823 y ss. están bajo la rúbrica del término elocuente del derecho natural “actos ilícitos“ (*Unerlaubte Handlungen*)¹¹³-. Si lo anterior conduce a conclusiones inaceptables deben añadirse hechos complementarios de responsabilidad por riesgo, los cuales son delimitados como un sistema extraño en leyes especiales. Ello ha conducido ciertamente a una extraordinariamente fragmentada e inconsistente regulación de la responsabilidad por riesgo¹¹⁴, y ello ha ganado importancia en el transcurso del s. XX, pero obviamente no ha cambiado nada, dado que tanto ahora como antes muchos no conciben las anomalías del sistema de responsabilidad por riesgo como un sistema extraño¹¹⁵. Que la dualidad de la responsabilidad civil no concuerde con la estructura del juicio uniforme del derecho de daños no ha devenido un problema¹¹⁶.

Por el contrario la doctrina civilística mayoritaria, principalmente se ha esforzado en desarrollar de manera sistemática y conceptualmente consecuente la regla de responsabilidad del BGB basada en la conducta negligente; no se han planteado alternativas dogmáticas a esta concepción: esto aclara también, por ejemplo, la discusión sobre el concepto de antijuricidad de los años 70 y 80 del siglo pasado¹¹⁷: un exitoso concepto de antijuricidad sería acorde con el objetivo legislativo de una efectiva protección de los bienes jurídicos y de la concepción original del BGB¹¹⁸; el concepto dominante¹¹⁹ corresponde al sistema sancionatorio. Consecuentemente, debería bastar a este respecto, según sostuvo VON CAEMMERER en su principal trabajo de derecho de daños, “desarrollar las normas de conducta, a cuya vulneración debería ir anudado un deber de indemnizar

¹¹³ El concepto proviene de Christian WOLFF, *vid. supra: Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1754, §§ 87, 88.

¹¹⁴ Por todos, KÖTZ, *Besondere Gefahr* (nota al pie 13), S. 14 y ss.; Zimmermann, *Obligations* (nota al pie 53), págs. 1134 y ss.

¹¹⁵ Así CANARIS entiende la responsabilidad por riesgo todavía como una „inferioridad ético-jurídica“ („rechtsethisch unterlegen“): *Die Gefährdungshaftung im Licht der neueren Rechtsentwicklung*, JBl. 1995, págs. 2 y 16; LARENZ/CANARIS, *SchuldR II/2* (nota al pie 3), págs. 608 y ss.; *vid. JANSEN* (nota al pie 1), Einleitung I. 3.2.

¹¹⁶ Ciertamente se dió una discusión de fondo a finales del s. XIX, principios del s. XX, que cuestionó los fundamentos del principio culpabilístico (JANSEN, nota al pie 1, § 6 IV). La posibilidad de un sistema de responsabilidad unificado, en que la responsabilidad por un comportamiento ilícito, mayormente en hechos de la vida cotidiana, puede unirse sistemáticamente con casos de responsabilidad objetiva, no se ha recibido todavía.

¹¹⁷ En detalle para lo que sigue, *vid. JANSEN* (nota al pie 1), § 7 II. 3.1.

¹¹⁸ *Cfr. F.P. v. KÜBEL, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1. Allgemeiner Teil*, editado por V. W. SCHUBERT, *Die Vorentwürfe der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1980, pág. 663 (*Unerlaubte Handlungen*, pág. 7); *vid. también A. v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II/2, 1918, págs. 453 y ss.; JANSEN (nota al pie 1), § 7 II. 2.

¹¹⁹ También según la doctrina de un resultado ilícito debería ser antijurídico no ya el resultado en sí sino el comportamiento que lesionó el bien jurídico; *cfr. DEUTSCH, Haftungsrecht* (nota al pie 3), marginal 237 m.w.N.

los daños¹²⁰; y particularmente consecuente ha sostenido esta concepción del derecho de daños, para finalizar, RÖDIG: la responsabilidad regulada en el § 823 II BGB para la vulneración del deber jurídico informa los principios esenciales del derecho de daños, y el § 823 I BGB, desde su punto de vista, no sería más que una descripción breve de comportamientos prohibidos¹²¹.

6. *Un modelo alternativo*

Ahora se ha apuntado entre tanto, que esta concepción del derecho de daños o de la responsabilidad es equivocada: los problemas de una asignación justa de riesgos no se limitan a los riesgos extraordinarios y la tarea de la ciencia del derecho no debe consistir por lo general en la formulación de un ordenamiento de deberes civiles sino en la descripción correcta de juicios de responsabilidad que por norma también derivan de actos negligentes.

Un sistema tal debería, al mismo tiempo, describir apropiadamente los juicios reales de control de la responsabilidad y ofrecer mediante supuestos de hecho claros de la jurisprudencia pautas de decisión. Al mismo tiempo debería vincularse, en la medida de lo posible, al sistema de responsabilidad histórico tradicional. Así, esta capacidad histórica de relación es indispensable tanto para la aceptación como para la simple inteligibilidad de un nuevo sistema¹²². He propuesto un modelo para tal sistema, cuya idea básica se basa en la responsabilidad por la violación de cargas de responsabilidad frente a bienes jurídicos protegidos¹²³.

Este modelo se basa en la asunción de que la vulneración imputable de un bien jurídico ajeno constituye *prima facie* un motivo para indemnizar el daño sucedido. Esta idea de la posible protección individual de posiciones jurídicas señaladas estuvo presente en la historia¹²⁴ del derecho de daños desde la reformulación del derecho romano en el s. XIX¹²⁵, y hoy constituye una convicción fundamental en derecho europeo¹²⁶. Por supuesto, la lesión de bienes jurídicos ajenos no puede conducir siempre a una responsabilidad, pues esto conduciría a una responsabilidad objetiva inaceptable por su excesiva amplitud. Por último, que sea el causante del daño o la víctima quién deba subvenir el daño está en función de la ponderación de una multitud de principios de responsabilidad pertinentes y relevantes, que constituyen un “sistema móvil” del derecho de daños¹²⁷; este sistema móvil del derecho de daños se observa, por ejemplo, en que se aplica el principio

¹²⁰ E. V. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB*, Karlsruher Forum 1961, pág. 19; *vid. idem, Wandlungen* (nota al pie 57), págs. 75 y ss., 127 y ss., 131.

¹²¹ J. RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß*, 1973, págs. 56 y ss., 78 y ss.

¹²² En detalle, para una correcta construcción del sistema, *vid. JANSEN* (nota al pie 1), § 9 I. 1.

¹²³ JANSEN (nota al pie 1), § 9, II.-VI.; para una formulación de este sistema como *restatement* del derecho actual *vid. § 9 VII*.

¹²⁴ JANSEN (nota al pie 1), § 2 II. 2.1, § 5 IV. 2.

¹²⁵ JANSEN (nota al pie 1), § 5 III.

¹²⁶ *Vid. supra* nota al pie 34, 36 y ss.

¹²⁷ JANSEN (nota al pie 1), § 9 IV., VI.

culpabilístico para algunos casos y el de responsabilidad por riesgo para otros; además encontramos los principios de la mejor asegurabilidad de la especial protección de menores, de la responsabilidad objetiva de las empresas y la exoneración de las actividades cotidianas, así como una apropiada prevención de daños. Tales principios podrían ser relevantes al mismo tiempo en un caso concreto; así su ponderación determina el estándar de responsabilidad. No obstante, debido a su abstracción algunas consideraciones deberían excluirse del ámbito jurídico. Especialmente, no deberían desempeñar ningún rol la consideración de las circunstancias financieras actuales y correspondientemente tampoco las del asegurado para una decisión de responsabilidad¹²⁸.

De acuerdo con el peso de los concretos principios que resulten de aplicación la responsabilidad debe ser considerada más o menos objetiva. Un modelo apropiado requiere por ello de un catálogo de estándares de responsabilidad graduados, que vaya de la responsabilidad absoluta sobre la intensificación del estándar de responsabilidad (con exclusión de responsabilidad por hechos inevitables –fuerza mayor-) a la inferior responsabilidad por culpa y a la responsabilidad restringida sólo a los casos de dolo o culpa grave¹²⁹. En un modelo como éste deberían estar incluidos los –parcialmente basados en juicios objetivos - estándares de cuidado cuya infracción da lugar a responsabilidad no como requisitos de comportamiento sino como cargas de responsabilidad: esto no significa cuál es el cuidado realmente debido en el tráfico sino qué negligencia dá lugar a responsabilidad¹³⁰. Tales cargas de responsabilidad se vinculan con la dogmática desarrollada para la responsabilidad por culpa, de manera que por ejemplo la “doctrina del fin de protección de la norma” todavía tiene un lugar en el derecho de daños. Vencen, sin embargo, la confusa identificación de estándares de responsabilidad y requerimientos de comportamiento en el derecho actual.

La jurisprudencia no ofrece un catálogo claro de principios, pues es muy general e inespecífica. Por este motivo es necesario un conjunto de casos ejemplificativos que ordene los diferentes estándares de responsabilidad y que servirían para ofrecer criterios de decisión homogéneos. Es más importante, no obstante, que tales ejemplos al mismo tiempo comporten una entendible afirmación indirecta e intersubjetivamente clara sobre el peso de los diferentes principios individuales de la responsabilidad. Estos principios individuales de la responsabilidad serían aplicables por la jurisprudencia. La declaración de los principios de responsabilidad relevantes sirven también para la valoración adecuada del modelo: el modelo permite expresamente hablar de puntos de vista normativos que conducen a una decisión. Por otro lado, los ejemplos garantizan el requerimiento de que existan claras indicaciones para orientar la adopción de una decisión y con ello logran hacer manejable para la práctica el adecuadamente valorado “sistema móvil”.

Junto con la exoneración de responsabilidad por el cumplimiento de la diligencia que excluye la responsabilidad se encuentra otro grupo de hechos que también exoneran de

¹²⁸ JANSEN (nota al pie 1), § 9 VI. 2.

¹²⁹ JANSEN (nota al pie 1), § 9 I. 3., V.

¹³⁰ JANSEN (nota al pie 1), § 9 V. 3.; *vid.* JANSEN, *Rechtswidrigkeit* (nota al pie 33), págs. 546 y ss.; *idem*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht*, ZEuP 9 (2001), págs. 30, 57 y ss.

responsabilidad¹³¹, que –como el consentimiento- hasta ahora son discutidos como causas de justificación. Esta posición constituye la consecuencia de una dogmática del derecho de daños presente orientada sólo hacia el dañante, hacia el comportamiento negligente. Lo inadecuado que resulta esto se muestra aquí con particular claridad. Entonces, por un lado, las “justificaciones” también pueden excluir la responsabilidad por riesgo, aunque casi no se trata de una antijuricidad¹³²; y por otro lado, alguna responsabilidad por riesgo se mantiene por interés de la justificación que tienen en cuenta los causantes de daño. Un ejemplo particularmente claro sobre lo anterior lo ofrece la permisión de dañar bienes jurídicos ajenos en caso de emergencia. No es la permisión de la injerencia lo que impide en estos casos la responsabilidad, sino la cancelación jurídica de la posición de protección del dañado, pues ya sea por su disposición, o por su omisión, el derecho le retira la protección de su bienes jurídicos (defensa propia, estado de emergencia defensivo). Una tal exclusión de responsabilidad no se basa en una graduación del comportamiento dañoso sino en una valoración de la definición de la protección del dañado. La responsabilidad por sacrificio no constituye ya, sin embargo, una “anomalía de la responsabilidad” difícil de entender¹³³ sino una pieza consecuente en un modelo de responsabilidad, que no proviene de la sanción de un comportamiento sino de la responsabilidad personal por un daño.

En conjunto un modelo tal puede exigir la descripción adecuada del derecho de daños válido y real tal y como resulta de las decisiones jurisprudenciales y de la doctrina actual. Se debe añadir –esto se relaciona con las reservas formuladas- que un modelo tal para unos supuestos de hecho como los del § 823 II BGB debe ser completado con el hecho de que la responsabilidad se basa en la lesión de un deber jurídico y no en la protección de un bien jurídico. De este modo la violación de un deber jurídico fundamental comporta la responsabilidad por el daño resultante de ella. Así, la responsabilidad no se basa en la confianza legítima en la integridad de determinados bienes jurídicos, como lo son los derechos subjetivos de carácter absoluto, sino en la confianza legítima de que los terceros se comportarán conforme a la ley y no llevarán a cabo actos ilícitos en contra de los intereses ajenos¹³⁴.

¹³¹ JANSEN (nota al pie 1), § 9 III. 1.

¹³² V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al pie 6), marginal 488; WAGNER, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (nota al pie 6), V. 1. b; JANSEN, *Europäisches Haftungsrecht* (nota al pie 78), págs. 44 y ss.

¹³³ Así, V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (nota al pie 6), marginal 502.

¹³⁴ JANSEN (nota al pie), § 1 II. 2.3, § 9 I. 4.4.