



Conversatorio con Massimo Franzoni(*)
y Giulio Ponzanelli(**)

Exposición de temas de Derecho Civil: Los deberes de protección y el daño existencial(***)

Exposition of issues of Civil Law: The protection duties and the existential damage

Resumen: Con motivo del V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial organizado por IUS ET VERITAS, se tuvo como invitados de honor a especialistas italianos. Entre estos se encontraron los reconocidos especialistas Massimo Franzoni y Giulio Ponzanelli, quienes, paralelamente al Congreso, accedieron a la realización de un conversatorio sobre temas de Derecho Civil. Es así como contamos con la magistral exposición del doctor Franzoni sobre los deberes de protección, tema que ha tratado a menudo en sus trabajos académicos; así como también con la ponencia del doctor Ponzanelli sobre el daño existencial, figura jurídica de la cual fue crítico desde su aparición en su tierra natal.

Palabras clave: Responsabilidad Civil - Deberes de protección - Buena fe - Principio de lealtad Principio de solidaridad social - Daño existencial

Abstract: On the occasion of the V International Congress of Civil Property Law organized by IUS ET VERITAS, we had as guests of honor Italian specialists. Among these recognized specialists were Massimo Franzoni and Giulio Ponzanelli, who, alongside the Congress, agreed to conducting a conversation about issues of Civil Law. This is how we count on the masterly exposition of Dr. Franzoni on the protection duties, an issue that has often been treated in his academic work, as well as with a presentation

-
- (*) Graduado con honores de la Facultad de Derecho de la Università di Bologna. Ha sido profesor en la cátedra de Instituciones de Derecho Privado y ahora la de Derecho Civil. Director de la Escuela de especialización de los Profesores Legales en esa casa de estudios. Miembro de Colegios de docentes de diversos doctorados de investigación en el área del Derecho Civil y del Comité de Dirección y de Redacción de múltiples revistas jurídicas. Director de la revista *La responsabilità civile*.
- (**) Graduado con honores de la Facultad de Derecho de la Università degli Studi di Pisa. Profesor ordinario de Instituciones de Derecho Privado en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Miembro de la Asociación Nacional de Derecho Comparado en la que también ha formado parte del Consejo Directivo y del Comité Científico de la Revista *La Nuova Jurisprudencia Civile Comentada*. Director de la revista *Daños y Responsabilidad*. Miembro fundador del Estudio Bonelli Erede Pappalardo.
- (***) Las presentes ponencias se realizaron de forma paralela al V Congreso de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Asociación Civil IUS ET VERITAS. La traducción de estas fue llevada a cabo por Raúl Feijóo, miembro de la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS.

Exposición de temas de Derecho Civil: Los deberes de protección y el daño existencial *Exposition of issues of Civil Law: The protection duties and the existential damage*

by Dr. Ponzanelli about existential damage, legal concept of which he was critical since his appearance in his homeland.

Keywords: Liability - Protection duties - Good faith - Principle of loyalty - Principle of social solidarity - Existential damage

Ponencia de Massimo Franzoni: Deberes de protección

Los deberes de protección son un tema en el límite entre la responsabilidad civil y el contrato. Es un tema de límites, sobre el cual en Italia se ha empezado a hablar desde hace unos veinte años. En ese momento se empezaba a discutir sobre deberes de protección. Es un tema sobre el cual, en Alemania en cambio, se delibera desde hace tanto tiempo en modo más profundo de cuanto se ha hecho en Italia. Tengo también la impresión de que a pesar de llamarles del mismo modo, “deberes de protección”, cuando lo discuten los alemanes entienden ciertas cosas, mientras que cuando lo discutimos nosotros en Italia entendemos otras. Por lo mismo que es un tema de límites, el tema de los deberes de protección puede ser discutido en el ámbito de la responsabilidad civil o también en el ámbito del contrato.

Yo, hoy, no hablaré de los deberes de protección en el ámbito de la responsabilidad civil, porque tengo una ponencia sobre estos temas. Aquello que nosotros llamamos contacto social es el deber de protección desde la perspectiva del sector de la responsabilidad civil y es un tema importante que ha tenido una reflexión amplia en Italia, pero de la cual no hablaré esta mañana. Ahora quiero detenerme en cambio, sobre el impacto que estas nuevas palabras, “deberes de protección”, han tenido en el ámbito del contrato.

Debo rápidamente señalar que si nosotros leemos el Código Civil italiano, y también el suyo, y buscamos deberes de protección, no encontramos absolutamente nada. No es una categoría normativa tipificada. Si nosotros buscamos la venta, encontramos la venta en el código, es decir, una disciplina importante; si buscamos la diligencia, encontramos el concepto de diligencia, etc.

Entonces, esto quiere decir que: ¿es una invención de la doctrina de los intérpretes? ¿Es una invención de la jurisprudencia? Pues no es así, les hago un pequeñísimo ejemplo para entender cómo se mueve la reflexión sobre los deberes de protección del contrato desde el punto de vista técnico. Nosotros tenemos en la parte general de las obligaciones sobre los contratos, una parte sobre las obligaciones en general. En esta parte hay una norma que parece banal, insignificante, la cual enuncia el siguiente precepto: “El que debe entregar una cosa, la debe custodiar”. Parece banal como precepto en el sentido que parece casi obvia. Pero dice que yo debo entregar una cosa, este es mi deber, nos dice. Después si la cosa está rota, si está malograda, yo la entrego; pero me dice no, la debes custodiar antes. ¿Qué cosa es este deber de custodia que no tiene vida autónoma? El contrato no es un contrato de depósito, el contrato es más bien la venta de una cosa que prevé la entrega no contextual a la conclusión del contrato, pero la entrega después de la conclusión del contrato, por lo tanto la cosa se queda en las manos del vendedor, por lo que este deber de custodia no está en un contrato de depósito, está en un contrato de venta y no tiene vida autónoma. Entonces qué se puede decir, ¿existe o no existe este deber de custodia? La norma dice que existe, sin embargo, el contrato no es de custodia (depósito), sino de venta, entonces esta custodia ¿como la consideramos?

Hay algún jurista que considera que este deber de custodia de la cosa, en vista de su entrega, en realidad indica un deber inútil. Hay quien sostiene que es inútil esta norma porque el deudor y el acreedor en el transcurso del cumplimiento de la obligación deben comportarse de manera correcta. Es decir una norma que impone el deber de lealtad^(NT1)

(NT1) Originalmente el expositor usó la palabra *correttezza*, término que ha generado discusiones en cuanto a su traducción debido a su cercanía con el de buena fe. Para algunos este término es traducido como buena fe objetiva para otros se debe usar indistintamente.



Conversatorio con Massimo Franzoni y Giulio Ponzanelli

no solo al deudor, sino también al acreedor. No es como la diligencia, que impone obligaciones al deudor en vista del cumplimiento; no, la lealtad pone casi todo en el mismo plano deudor- acreedor en cuanto al deber de lealtad, por lo que hay quien dice que la lealtad en el contrato se convierte en buena fe.

Otros dicen que ya existían los deberes generales de lealtad y buena fe, por lo que esta norma no sirve tanto porque estos deberes hacen que los contrayentes, en la ejecución del contrato, no puedan pensar exclusivamente en sus propios intereses; sino que deben comportarse y cumplir las obligaciones también teniendo en cuenta el interés de la otra parte contractual. Este es un punto muy delicado, muy sutil, porque al decir esta regla, hay un aspecto técnico, pero también un aspecto sistemático muy alto.

Según la concepción liberal del libre mercado del contrato, la concepción de los mil setecientos y de los mil ochocientos. ¿Cómo se perfecciona el intercambio? Se perfecciona porque hay dos partes que se ponen de acuerdo, cada uno según su propio interés. Hay un conjunto de intereses que se componen con el contrato, pero cada uno persigue su propio interés, y no el interés del otro. Tanto es así que casi todos los códigos de primera y segunda generación (los códigos del mil ochocientos son los de primera generación y los códigos del mil novecientos son los de segunda generación) no tutelan nunca, o casi nunca, el intercambio equilibrado; tutelan solo el intercambio.

De este modo, subrayan el hecho que en el contrato cada uno persigue el propio interés. Esto es verdad, pero no completamente, es decir, la norma de lealtad y buena fe implica considerar también el interés de la otra parte contractual.

Nosotros, cuando hablamos de deberes de protección, nos referimos a toda la casuística que conlleva la aplicación de la buena fe contractual en la ejecución del contrato. Nosotros tenemos una norma, también ustedes la tienen, la cual enuncia un precepto que es muy importante. La norma dice así: el contrato obliga a las partes solo a aquello a lo que estas han decidido; pero también a todas las consecuencias que derivan de la ley, de los usos y de la equidad. La buena fe, equiparada a la ley, se convierte en una fuente de integración del contrato distinta del acuerdo de las partes. ¿Y la buena fe integra al contrato por motivo de cuál fin? ¿Para lograr conseguir la mayor ventaja a uno de los contrayentes?

¿Para hacer que este contrayente gane aún más con la conclusión del contrato? O, por el contrario, ¿para equilibrar la posición de los contrayentes desde el punto de vista del equilibrio de los derechos que nacen del contrato? Bueno, la pregunta es retórica, es claro que la segunda es la respuesta. Y nosotros, ¿cómo empleamos la buena fe? Como norma que introduce deberes de protección para la otra parte contractual que del contrato es desfavorecida, en una posición de menor ventaja.

Así entendida, la buena fe que crea los deberes de protección del contrato, ha desarrollado dos funciones: la primera es la de integrar el contenido del contrato allí donde el contrato expresamente no dice. La segunda es la función de frenar las pretensiones de una parte contractual que sobre la base de una lectura del contrato, declara tener una cierta pretensión. En esta segunda función, el deber de protección sirve para limitar el abuso del derecho.

Para entender la segunda función, les daré dos ejemplos, uno para una y uno para la otra. El primer ejemplo se refiere a un contrato en el que una importante sociedad de producción y distribución de agua mineral había hecho con el distrito de Fiuggi. En los años cincuenta, el distrito de Fiuggi contrató con esta sociedad que distribuía agua mineral, y se había establecido un contrato en base al cual era previsto que un cierto porcentaje (imagínense el uno por ciento) del costo de la venta del agua mineral al público sería destinada al distrito de Fiuggi por lo correspondiente del agua. Pasa un año, dos años, tres años, diez años, quince años y el distrito de Fiuggi recibía siempre la misma suma. Aquí viene la duda: pero cómo es posible, en Italia hubo un momento en el cual la inflación tuvo números de dos cifras hasta el veinte por ciento de inflación. ¿Qué había sucedido? Lo que había sucedido era que la empresa que captaba el

Exposición de temas de Derecho Civil: Los deberes de protección y el daño existencial *Exposition of issues of Civil Law: The protection duties and the existential damage*

agua y la embotellaba, no vendía más al público, sino que vendía a otra sociedad que había constituido ella misma con los mismos socios. Esta segunda sociedad vendía al público a un precio diferente al original, por lo que la primera sociedad al distrito le decía estos son mis balances, he recibido 100 y el uno por ciento de cien es uno y esto te doy, porque toda la ganancia era hecha por la segunda sociedad. Les pregunto, ¿este es un comportamiento de acuerdo con la buena fe? Tal vez ustedes me respondan que no, pero si nosotros leemos el contrato original, no está escrito que la venta debe ser hecha al público. Aquí la venta no fue hecha al público. Entonces esta es la primera vez en la cual en modo importante se afirma que existe un deber de protección que implica el no abusar de la propia posición contractual para ganar mucho del contrato que se ha concluido en daño de la otra parte. Existe un deber de integración que hace que las cosas deban ser tratadas en equilibrio. Este es el primer ejemplo.

El segundo ejemplo es más simple, tiene que ver con el caso Renault. Es un caso que nace del contrato estipulado entre la casa Renault, productora de vehículos, con sus propios concesionarios que venden al público los vehículos en Italia. En este contrato estaba prevista la cláusula de desistimiento unilateral sin causa, inmediato e inmotivado.

Un cierto día, la sociedad Renault decide cambiar el propio sistema de distribución y pasar a una especie de venta directa con el público, eliminando todos los concesionarios. Les escribe una carta donde dice que: en base al artículo del contrato, nuestra relación será interrumpida a partir de mañana. Está escrito en el contrato, y deberíamos decir *vigilantibus iura sucurum*, son asuntos tuyos, tú has celebrado el contrato, has visto la cláusula y por lo tanto son asuntos tuyos. Pero, ¿qué cosa dice la casación en cambio con relación a la sentencia sobre este caso? Esta ve a todos los concesionarios involucrados reunidos en una asociación, esto es importante para entender el valor del precedente jurisprudencial. Es una categoría que con sus propias formas se ha organizado. La sentencia dice que es verdad, no lo podía negar, la cláusula existe. Sin embargo, el uso de esta cláusula sin dar ningún periodo de preaviso es ilegítimo, pues se realiza un abuso de derecho. Abuso de derecho que aquí quiere decir: utilizar el contrato exclusivamente para el interés propio, lo que termina por dañar a la otra parte. Esto no es buena fe, esto no es actuar según la debida lealtad. No responde al valor constitucional de solidaridad social que

encontramos en nuestra Constitución, artículo 2, última parte. Y entonces, sustancialmente, a pesar que el texto del contrato daría razón a Renault, dice que esto es un abuso de derecho y no se puede hacer. Entonces, se ha decidido el resarcimiento.

Son dos ejemplos: Fiuggi y Renault. En el ejemplo de Fiuggi, el contrato no dice, pero yo integro este contrato, es decir el contrato original con el segundo contrato, aquel que la otra sociedad de distribución ha hecho vendiendo las aguas minerales al público, entonces es como si la primera venta hecha por la primera sociedad a la segunda sociedad se tuviera que integrar a través de la venta que la segunda sociedad hace directamente al público. Esto es la buena fe como integración del contrato, como explicación de un deber de protección de una parte respecto a la otra. En el segundo ejemplo, tenemos en cambio que el contrato debe ser inaplicado porque aplicando rigurosamente la cláusula contractual, se crearía un daño a la otra parte. Aquí la buena fe sirve para evitar el abuso del derecho con la aplicación literal del contrato. En este modo, también aquí se realiza aquella especie de deber de protección que las partes del contrato están obligadas a realizar, en honor al principio de lealtad, parte general de las obligaciones, buena fe, parte general del contrato. Ambas están en el principio de solidaridad social del artículo 2 de la Constitución.

Me limitaré a dos consideraciones. La primera es la siguiente: el contrato del cual hablamos hoy, como consecuencia de los deberes de protección, es un contrato distinto con respecto al contrato que nosotros estábamos acostumbrados según la concepción de los mil ochocientos, la cual decía que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes. Incluso con el uso de esta metáfora, como si el contrato fuera ley. Pero, cuando se decía contrato en los mil ochocientos, se identificaba el contrato con acuerdo de las partes y punto. Está escrito



Conversatorio con Massimo Franzoni y Giulio Ponzanelli

así en el contrato y no hay márgenes, no hay otra cosa. Miren la perspectiva que nosotros, en cambio, abrimos con la buena fe, los deberes de protección, donde las partes son obligadas en los distintos contratos. Porque en los contratos con un consumidor, con un profesional, se encuentran aun más los deberes de protección, y muchos de estos son previstos por la ley. En los otros contratos ordinarios menos, pero la buena fe, la lealtad, son normas que de todos modos entran a posteriori en el contrato y guían el contrato para realizar un fin que tal vez no era aquel de los originales contrayentes. Cuando nosotros decimos: tú, sociedad que extraes agua, no debes pagar diez, sino debes pagar cien, es como si el contrato fuese reescrito. Pero, ¿quién reescribe este contrato, las partes? No, lo reescribe un juez, porque sucesivamente en fase de ejecución ha nacido el litigio, y cuando nace el litigio, este contrato por exigencias de protección del equilibrio contractual es como si fuese reescrito. Como si hubiese otro acuerdo, pero no de las partes. Cuando la sociedad Renault ha mandado el receso, ha aplicado el contrato, el contrato estaba escrito así, pero un juez dice no, el receso hecho de esta forma constituye un abuso. Entonces te veto esta celebración del contrato. Creo que es esta reflexión importante desde el punto de vista técnico, pero si lo piensan, esta es una valencia sistemática mucho más alta. Es como si nosotros tuviésemos que considerar el derecho privado de manera distinta de como lo hemos estado viendo.

Si yo les digo: *cogito ergo sum*; ustedes saben qué cosa es. Descartes lo dijo. ¿Saben por qué se los digo? Porque un día entré en una librería y vi el título de un libro que decía “consumo entonces soy”. Me golpeó esta cosa. Fui a leer el autor y el autor era Sigmund Bauman, uno de los sociólogos, filósofos más importante que hoy tenemos en el mundo, y entonces tuve que tomármelo en serio. Si les sucede que deben explorar la enciclopedia de Diderot y buscan la palabra contrato, no la encuentran. Si buscan la palabra propiedad, esa sí la encuentran como derecho sagrado e inviolable. El contrato como una cosa de comerciantes, una cosa banal. Bauman escribe consumo entonces soy, es decir, otra perspectiva. Cuando digo consumo entonces soy, quiere decir que a través del contrato yo no solo realizo mi necesidad personal, sino que termino por realizar a través del contra mi personalidad y en este punto cambia completamente la perspectiva.

No es más que el contrato de los ilustrados, pues no había ni siquiera en su enciclopedia. No es que se hayan olvidado, no lo han puesto porque el contrato era una cosa de propiedad, pero

no de contrato. La segunda reflexión: ustedes conocen a Zuckerberg, de Facebook. Nosotros debemos reflexionar sobre las cosas que dice: “la *privacy* no existe”. Todos los datos que yo tengo y que recojo los vendo y me los pagan. Alarmante. Agrega: “yo hago esto por el interés general, porque nuestra sociedad conlleva un deber de integración y de socialización, por lo cual el recíproco conocimiento de los datos es necesario”. Pero si lo piensan, esto que cosa es sino una lectura en un nivel diferente de nuestro nivel de solidaridad, del deber de protección que una parte debe tener en función del otro; porque las exigencias del nuevo mercado, para realizar la personalidad de los contrayentes, imponen un intercambio, imponen solidaridad, imponen tantas cosas a las cuales hasta hace cincuenta años nosotros no hubiésemos ni siquiera pensado. Y no les estoy hablando solo de los contratos entre un profesional y un consumidor, donde efectivamente aquí es más tangible este tipo de reflexión. Esta es una reflexión que se convierte en la base para toda la parte de los contratos, y para leer la parte general del contrato en todos los códigos, tanto de primera como de segunda generación.

Ponencia de Giulio Ponzanelli: Daño existencial

Debo hablar de un argumento por el cual lamentablemente el sistema italiano es conocido e investigado en el extranjero. Es la historia de una nueva figura de daño llamada daño existencial, sobre la cual yo siempre he sido crítico al respecto. Soy entonces anti-existencialista y esta es una posición no bella científicamente porque yo represento una verdad y evidentemente espero y me esforzaré también aquí en Lima para hacer que mi verdad se convierta en la verdad aceptada por todos.

Buscaré llamar su atención en tres puntos específicos, ofreciendo a ustedes una

Exposición de temas de Derecho Civil: Los deberes de protección y el daño existencial *Exposition of issues of Civil Law: The protection duties and the existential damage*

microhistoria del daño existencial. Primer punto, Italia, Trieste 1998. Trieste es una ciudad bellísima, ha sido por tanto años el puerto del imperio austriaco, una ciudad cosmopolita, tantas lenguas, tanto tráfico y sobretodo tantas compañías de seguros. En Trieste, un profesor de origen veneciano, en 1998, inventa y crea el daño existencial en el corazón del derecho de seguros. Cuando se hace esto en Italia, en América y también en Perú, se crea una figura de daño nueva, una categoría nueva, una regla del derecho nueva. La pregunta que se hacen rápidamente los estudiantes, los operadores del derecho, los abogados es: ¿Por qué una categoría nueva? El profesor de Trieste se llama Cendon, el cual en 1998 dice que había la necesidad de una nueva figura de daño, el daño existencial. Yo estaba sentado ahí; alzo la mano y pregunto ¿¿*Why Why Why?*! El es más anciano que yo, ha ganado la cátedra diez años antes que yo, yo le debo respeto y estima. Él me dice que el daño existencial protege intereses nuevos, protege bienes nuevos que las viejas figuras de daño no cubren, no tutelan. En el derecho hay dos figuras de daño muy claras. Daño biológico y daño moral.

El daño biológico se refiere a la lesión inmediata de la persona del dañado en su cuerpo y en su psyché, daño biológico es la lesión de la integridad psicofísica, no solo cuerpo sino que también psyché. Daño moral se refiere a aquella antiquísima figura de daño que nos viene entregada por las tablas del derecho romano, la angustia de la mente, la perturbación del estado de ánimo de la víctima, algo transitorio, pero que después desaparece. El miedo que dura un día, dos días, cinco días, pero después desaparece porque la vida se retoma, *the life must go on*. ¿Por qué Cendon quiere agregar esta tercera figura? Está la salud, soma y psyché, está el daño moral, el dolor, la angustia, la preocupación. Dice Cendon: “Giulio, la salud, daño biológico, se refiere solo a la salud médicamente comprobada, no se refiere al estado general de bienestar del cual goza la persona”. No solo de salud vive el hombre, es uno de los slogan más utilizados por Cendon, más allá de la salud hay otras cosas. Daño moral digo yo, es decir el dolor. No, el dolor no, es una forma de perturbación, el daño existencial cubre el no hacer, las modificaciones peyorativas de la condición de vida del sujeto dañado que no se agotan en el miedo momentáneo y que no se refieren al estado de salud. Es decir, el dañado no puede más hacer su actividad cotidiana. No puede más jugar tenis, no puede más ir a Macchu Picchu a escalar, no puede más ir a la discoteca a bailar, no puede más hacer el amor como lo hacía antes. No puede, no puede.

Entonces tres voces de daño: biológico, moral y existencial. En efecto, la intención de los existencialistas era muy clara desde 1998. Ellos tenían un solo objetivo, el de derogar la norma prevista en nuestro Código Civil, que dice que: el daño no patrimonial viene compensado solo en los casos previstos por la ley. El artículo 2059, norma con un perímetro de aplicación muy restringido ligado sustancialmente al ilícito penal: “cuando el hecho ilícito civilmente relevante constituye también el delito penal a favor de la víctima, se aplica el remedio del daño no patrimonial”. Esta era la operación de Cendon, derogar el 2059 y hacer compensables todos los daños no patrimoniales. Atención, haciendo una operación muy similar a aquello que ayer en la tarde en la segunda intervención, Renzo Saavedra ha ilustrado muy bien la relación entre el *ius* y el *rimumedium*. El daño no patrimonial no es un *ius*, es un remedio. No estamos en la cultura anglosajona donde primero está el remedio y después el *ius*, si hay *ius* hay remedio. El daño no patrimonial como remedio tiene la necesidad de un *ius* o de estar previsto por la ley. Cendon transformó el daño existencial en una especie de derecho, no de daño, algo que aparece primero y no después, este ha sido el error metodológicamente inaceptable.

Llega la segunda etapa. La cuestión es después decidida por nuestra Corte de Casación dos veces, la primera vez en Mayo del 2003 y una segunda vez incluso por las secciones unidad en noviembre del 2008. La Corte de Casación dice cosas muy importantes que trataré de sintetizar: primero, el 2059 debe ser interpretado de modo constitucionalmente orientado. No cambia nada, se mantiene la misma norma, pero en los casos previstos expresamente por la ley, está también nuestra fuente de derecho más importante, nuestra Constitución. Una interpretación constitucional que dice que: cuando hay un interés de la persona constitucionalmente garantizado, el



Conversatorio con Massimo Franzoni y Giulio Ponzanelli

daño no patrimonial debe ser concedido. Segundo, dice la corte de casación: basta dividir y crear pedacitos de daño no patrimonial, subfiguras de daño no patrimonial. El daño no patrimonial es una categoría unitaria, si nosotros creamos tanto subfiguras de daño no patrimonial, corremos un riesgo muy grave y ese es el de violar el principio de integral reparación del daño. De crear entonces un sistema no más manejable, un sistema que en Norteamérica es muy conocido con el término de *overcompensation*, es decir, se repara más allá de la que es la efectiva y concreta medida del daño. La Corte de Casación entonces en el 2008 cierra el círculo y agrega una frase que me ha hecho pasar una de las noches más felices de mi vida, porque la Corte de Casación dice: “de daño existencial, como categoría autónoma de daño, ya no es posible discutir”. Una cosa muy importante.

Después del 2008, mi esposa me rogó que estudiara otros temas del derecho, basta de daño existencial, has ganado Giulio y empieza a estudiar algo nuevo. Yo le dije a mi esposa y a mis amigos: “¡Atención! No he terminado. *The game is not over*”. ¿Por qué? ¿Por qué queridos amigos peruanos, por qué el daño a la persona en Italia como en toda Europa es una cosa muy importante? La responsabilidad civil está llamada a desarrollar funciones muy importantes en un sistema general de seguridad social que en los últimos años está muy atento a controlar sus límites. ¿Cuáles son los problemas que hay hoy en Italia y de los que yo he hablado, sobre la nueva estación del daño existencial? Yo los veo, los he pensado esta mañana tomando *breakfast* con Massimo Franzoni, y, según yo, son dos los puntos sobre los cuales los existencialistas todavía se encuentran y están jugando sus propias batallas.

Primer punto, la identificación de los intereses de la persona. ¿Recuerdan? Segunda etapa, la Corte de Casación dictamina la lectura constitucional del artículo 2059, pero no dice que el daño no patrimonial corresponde a “A”, “B”, “C”, “D”; dice “a los intereses de la persona”. ¿Cuáles son los intereses de la persona que son constitucionalmente tutelados? Y aquí hay mucho que discutir, ¿el tiempo libre es o no es un derecho de la persona constitucionalmente tutelado? ¿La propiedad es o no es un derecho inviolable de la persona? ¿La tutela del ahorrador financiero, es o no es un derecho inviolable de la persona cubierto también con el daño no patrimonial? Está claro que en Italia todos los abogados que piden la compensación del daño, piden también el daño no patrimonial, siempre en cada caso diciendo: “Giulio, yo he pedido el daño

no patrimonial sabes. Si no lo pido mi cliente se molesta”.

Hoy en Italia hay un grandísimo desplazamiento de poderes también en materia de responsabilidad civil sobre un señor que se llama juez. La nuestra ha sido siempre más una república de jueces. Dicen: yo pido el daño no patrimonial, esto le corresponderá al juez con su corazón más o menos generoso *to compensate me with non patrimonial damages*. Y esto es algo que no está bien, sobre lo que se necesita ser muy fuertes para evitar que sobretodo no haya un uso correcto de los recursos financieros, porque hablamos en estos casos de *microclames*, como lo llaman los norteamericanos, pequeñas figuras de ilícitos, *trivial damages*, *that in my opinion should not be compensated* porque nosotros debemos ahorrar aquí en las pequeñas lesiones para ser más generosos donde se encuentran las grandes tragedias de la responsabilidad civil, este es un punto.

El segundo momento en el que se encuentra el regreso del daño existencial se debe a que en Italia la cuantificación del daño no patrimonial es ofrecida por las Tablas Judiciales, hechas por los jueces; aquellas que tienen una eficacia más general y que son más seguidas. Italia es un país grande, aquellas más seguidas son las de la Corte de apelación de Milán que son hechas mejor, construidas sobre más precedentes. En suma, son seguidas por el ochenta por ciento de los tribunales italianos.

Estas tablas consideran una única voz de daño no patrimonial como ha dicho la Corte de Casación, pero en esta voz están incluidos tanto el daño biológico como el daño moral. No se llaman más así porque daño no patrimonial es una categoría unitaria, pero dentro están los valores de las dos voces de daño. Después, las tablas ofrecen al juez la posibilidad de aumentar en un cierto porcentaje el valor resultante de las mismas tablas.

Exposición de temas de Derecho Civil: Los deberes de protección y el daño existencial
Exposition of issues of Civil Law: The protection duties and the existential damage

Hay un sistema de equidad colectiva, las tablas son hechas por los jueces, valen para todos y además hay un sistema de equidad individual, el juez es el último que decide el caso, como si fuese un juez aristotélico es el que dice “puedo aumentar un poquito más en consideración de la particularidad del caso”. Tantos casos se están verificando en Italia donde se pide al juez a ir más allá del valor de las tablas, diciendo que las tablas no han considerado el desarrollo de la vida del dañado. Las tablas entonces, son demasiado bajas y el juez lleva el valor de la compensación a medidas más adecuadas comprendiendo también el desarrollo de la vida y se hace esto diciendo: no se considera el valor existencial del hombre.

Yo soy muy crítico de esto por dos razones: uno, las tablas han determinado niveles de compensación absolutamente adecuados, que comprenden el daño biológico, el daño moral y dejan al juez una posibilidad de llegar hasta el cincuenta por ciento de más del valor de las tablas en algunos casos. Más allá del cincuenta por ciento significa verdaderamente introducir un sistema impredecible. Segunda razón, espero que me crean, soy una persona seria: yo les digo que el nivel de compensación italiano hoy, por daños a la persona, es el más alto en Europa. He participado en Mesas Redondas con abogados austriacos, abogados suizos,

abogados españoles, ellos han dicho: *we better litigate in Italy, because in Italy we will very likely riching some interesting point of compensation.*

Entonces, este sistema de compensación del daño a la persona es un sistema que cuesta. Aquello que una gran parte de la doctrina y de la magistratura italiana no entiende es que la compensación es un costo social. No hay necesidad de ser expertos en el análisis económico del derecho para llegar a la conclusión de que no hay comidas gratis. Si la sociedad italiana decide de dar aún más altas compensaciones porque es más justo así, porque es políticamente más justo, religiosamente correcto, muy bien, sabemos que debemos ser conscientes, y yo como profesor de derecho debo decir esto: Esa compensación más alta, ¿por quién será pagada? ¿Por el que crea el daño? ¿Por las compañías de seguros que se encuentran en Trieste a doscientos metros de la casa de Cendon? No, ¿por quién será pagado amigos peruanos? Por todos nosotros, porque al final del día todos nosotros en Italia pagaremos mayores primas de seguros. Entonces, yo soy medio rico, ¿pagar cien euros por mi auto me cambia la vida? No, pero para la población que dispone de sueldos mucho menos elevados de los míos, pagar cien, doscientos, quinientos euros es muy grave.

Cierro diciendo que por mi auto en Milán, yo pago dos mil euros al año de seguros por circulación del auto. El mismo auto en el sur de Italia, en Nápoles, Bari, el seguro cuesta tres mil cien euros, porque la clase de riesgo es más elevado. Yo estoy casi al final de mi discurso, diciendo: daño existencial, tengámoslo solo en Italia, ya has provocado bastantes líos ahí, no lo exportemos. Exportemos las torres de Bolonia, Giorgio Armani, pero no el daño existencial. 