

La Noción de Ilícito

MASSIMO FRANZONNI(*)

Ilícito, ilicitud, antijuridicidad, culpabilidad, irresponsabilidad, resarcimiento del daño son sólo algunos entre los conceptos más frecuentemente utilizados en esta materia. La mayor parte de estos, sin embargo, asumen un significado más amplio, tal vez no coincidente con aquél propio del sistema de la responsabilidad civil: esto es, vale para la noción de ilícito, ilicitud y culpabilidad. Otros conceptos han sido elaborados por la doctrina con función ordenante, pero, no habiendo un soporte normativo unívoco, a menudo quedan indeterminados no permitiendo indicar una disciplina precisa sobre el plano de los efectos. Me refiero a la figura de la antijuridicidad, elaborada por la dogmática alemana, que se coloca entre ilicitud, injusticia y culpabilidad, sin asumir nunca una posición precisa, y que hace tiempo ha sido abandonada también en materia de construcción de la teoría del delito¹. Su contenido mínimo de contrariedad al derecho es común tanto a la ilicitud, cuanto a la injusticia, como a la culpabilidad. Por tanto, antes que asumir un valor definitorio y clasificatorio de una "fattispecie", la

(*) En: "Fatti Illeciti". Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano.

Zanichelli Editore e Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna/Roma, 1993. p. 75 a 84.

1. En vía del todo sintética reenvío a las observaciones de **ANTOLISEI**, "Manuale di diritto penale, parte generale", pág. 149 y sgtes., que no contrastan con la afirmación según la cual "la antijuridicidad, como carácter esencial del delito, es inherente al delito mismo: lo inviste en su totalidad, esto es, en todos los factores que lo constituyen" (**ANTOLISEI**, cit., p. 154); sobre los diversos significados del término, confróntese **SCOGNAMIGLIO**, en "Novissimo Digesto Italiano", voz "Illecito (diritto vigente)", p. 166. Les atribuye notable relevancia **CIAN**, "Antigiuridicità e Colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile", passim, recorriendo el debate desarrollado en Alemania. Según **DE CUPIS**, "Il danno", I, p. 15, el ilícito abarca completamente la antijuridicidad. En análogo sentido, **RODOTA**, "Il problema della responsabilità civile", p. 116, el cual afirma que "en nuestro ordenamiento la obligación de resarcir surge en presencia de los elementos ya indicados" (alude a la construcción del hecho dañoso), "sin que sea necesaria una ulterior calificación de la fattispecie" (alude a la antijuridicidad).

noción de antijuridicidad vale cual sinónimo, de la misma manera de como viene usado el término de negocio jurídico respecto al contrato, al matrimonio, al testamento o al acuerdo de asamblea².

También la idea de ilícito corre el riesgo de asumir dimensiones a tal punto amplias, que lo lleven a configurarse cual transgresión a una regla que conlleve una reacción de parte del ordenamiento jurídico³. Empero, así afirmado, se excluiría la posibilidad de atribuir un sentido completo a las classifica-

2. En la jurisprudencia es frecuente el uso del término "antijurídico" con referencia a la conducta del autor, así como sinónimo de culpabilidad: Cass., 4 febrero 1987, n. 1068 (Riv. dir. comm., 1989, II, III), con nota de **NAUGERI**, con respecto al daño repentino por el hundimiento del "Pino di Napoli"; 29 enero 1982, n. 587 (Arch. circolaz., 1982, 381), con relación a la violación de normas de las cuales se deduce la noción normativa de culpa en el ámbito de la circulación vial; 11 enero 1982 (Ejec. Foro. it., 1982, n. 100), que se refiere al hecho culposo del encargado de un oficio. Otras veces viene usado el término "antijuridicidad" como sinónimo de injusticia: Pret. Taranto, 2 julio 1982 (Arch. civ., 1982, 1145), con referencia a la legítima defensa del empresario que reacciona para conservar su propia clientela; Cass., 26 febrero 1983 (Ejec. Foro. it., 1983, n. 1495), que califica como "situación antijurídica" una construcción irregular y, como tal, lesiva de un derecho ajeno. En otras ejecutorias no es claro si la referencia a la antijuridicidad valga para indicar la culpa o la injusticia: 27 noviembre 1986, n. 6994 (Nuova giur. civ., 1987, I, 614), con nota de **CEDON** y **GAUDINO**; 23 junio 1989, n. 2999 (Giust. civ., 1989, I, 2298), con relación al daño creado por la presencia de un mercado al aire libre ilegítimamente autorizado; Trib. Busto Arsizio, 9 enero 1987 (Banca, borsa ecc., 1989, II, 102), en tema de ilegítimo levantamiento del protesto. En otras, todavía parece atribuirse a la antijuridicidad el significado de disconformidad del hecho con el derecho, en un caso en el cual se discutía la relación entre el juicio penal y la acción civil, ex. art. 25º cod. proc. pen. abr.: Cass., 25 mayo 1981 (Ejec. Foro it., 1981, n. 3439).

3. El peligro es señalado por **RODOTA**, "Il problema della responsabilità civile", p. 50 y sgtes., que concluye en el sentido de abandonar tal concepto, bien pudiéndose útilmente razonar sobre la responsabilidad civil, incluso prescindiendo de la ilicitud; a conclusiones análogas arriba **SCOGNAMIGLIO**, en "Novissimo Digesto Italiano", voz "Responsabilità civile", p. 637 y sgtes.

ciones comúnmente empleadas de ilícito penal, ilícito civil e ilícito administrativo; ilícito extracontractual e ilícito contractual⁴. A lo sumo, podría ser empleada para distinguir sobre el plano formal un hecho ilícito de un hecho lícito. Este resultado,

sin embargo, sería bien poca cosa, si se considera la importancia que la noción de ilícito y de ilicitud ha tenido en la tradición, la cual ha fundado sobre ella el sistema de la responsabilidad aquiliana⁵.

Según la opinión tradicionalmente seguida, la ilicitud andaba referida a la conducta del agente, cuando era calificable como culposa. En esto, en efecto, se resolvía el problema de la responsabilidad, en la culpa, puesto que la "iniuria", por interpretación unánime, coincidía con la lesión de un derecho subjetivo absoluto: un derecho real o un derecho de la personalidad. En esta lógica la responsabilidad civil se mostraba cual reacción a la conducta moral y socialmente reprobable que, en última instancia, terminaba por cubrir de nuevo el área entera de la ilicitud⁶.

No obstante, se ha variado ya hace decenas de años la perspectiva de investigación sobre la responsabilidad civil, que de reacción al ilícito, ha pasado a ser apreciada como reacción al daño injusto, lo cual no parece que haya cambiado la de-

“Según la opinión tradicionalmente seguida, la ilicitud andaba referida a la conducta del agente, cuando era calificable como culposa”.

finición de ilícito y de ilicitud⁷. Inclusive por la doctrina más enterada, estos conceptos vienen siempre unidos a la conducta humana⁸, y de esto se derivan consecuencias importantes. Por ejemplo, se distingue entre hipótesis de responsabilidad que tienen

como fundamento un ilícito y responsabilidad que prescinden de éste, en cuanto están fundadas sobre el riesgo⁹; se resta la importancia de la noción del ilícito cual consecuencia de la progresiva desvalo-

7. La tradición se ha fundado sobre las pasadas codificaciones de derivación francesa que distinguían en delitos y cuasidelitos, así como entre las fuentes de las obligaciones que prevenían los contratos y los cuasicontratos. Entre los delitos figuraban los hechos del hombre originados en su culpa, relevante al punto de calificarse ilícitos, entre los cuasidelitos y hechos imputables al hombre aunque derivados de las cosas en custodia o a la relación de preferencia: confróntese n. prec. Según la concepción más seguida, en cambio, entre los delitos se debían contar los ilícitos dolosos, mientras que entre los cuasidelitos, los ilícitos culposos: confróntese, también para las referencias a las fuentes, infra, n. 17; entre muchos PACCHIONI, "Elementi di diritto civile", p. 348, que califica los ilícitos dolosos como delitos civiles. El legislador del 42 ha unificado las categorías de los delitos y de los cuasidelitos bajo la figura unitaria de los hechos ilícitos.

8. Así SCOGNAMIGLIO, en "Novissimo Digesto Italiano", voz "Illecito (diritto vigente)", p. 167, según el cual "parece innegable que puedan calificarse como ilícitos (...) sólo los actos del hombre"; TRIMARCHI, en "Enciclopedia del diritto", voz "Illecito (dir. priv.)", p. 91 y sgtes., al cual atribuye la aplicación de una medida sancionatoria; y también RODOTA, "Il problema della responsabilità civile", pág. 51 y sgtes., el cual teniendo en consideración la diversa tipología del hecho productivo del daño, llega a desestimar la importancia del concepto. Según MAIORCA, en "Enciclopedia del diritto", voz "Colpa civile (teorie gen.)", p. 556, "el ilícito expresa un modo de ser de la voluntad humana relevante sobre el plano jurídico, en el sentido de la contrariedad a los fines del ordenamiento jurídico". Naturalmente es de esta opinión DE CUPIS, "Il danno", I, p. 15. Tal concepción es debida en larga medida a la obra de CARNELUTTI, "Il danno e il reato", p. 59 y sgtes., que ligaba la culpa a la "iniuria", y que concebía el acto ilícito sólo como culposo, excluyendo así del área del ilícito las hipótesis de responsabilidad objetiva (CARNELUTTI, cit., p. 19).

9. Así expresamente TRIMARCHI, cita a la nota precedente, p. 91 y sgtes.; y también COMPORTI, "Esposizione al pericolo e responsabilità civile", passim.

4. Es verdad que tal uso del término ilícito es casi sinónimo de aquél de responsabilidad, sin embargo el uso del primer concepto conserva aquel mínimo de significado que vale para identificar la norma en base a la cual el derecho reacciona a la quiebra de sí mismo, como se usa decir. Así, por ejemplo, el hecho ilícito del artículo en examen se diferencia del contrato ilícito, puesto que este último puede ser declarado nulo prescindiendo de la concreta lesión de un interés ajeno: así MESSINEO, "Manuale di diritto civile e commerciale", V, p. 533.

5. Una amplia reconstrucción del debate es desarrollada por ALPA, "Il problema della atipicità dell'illecito", ya en la "Introduzione"; para la opinión tradicional, confróntese por todos SCADUTO y RUBINO, en "Nuovo Digesto Italiano", voz "Illecito (atto)", p. 702 y sgtes.

6. Confróntese infra, N. 7, 9 y sgtes., subtítulo "Introduzione".

rización del rol de la culpa, que de criterio de selección de intereses tutelados se coloca como criterio de atribución de la responsabilidad, a la par de otros¹⁰; se llega a rechazar que el ilícito mantenga una función en el sistema de la responsabilidad civil, puesto que éste está en grado de operar prescindiendo de aquel concepto¹¹.

La tentación de adherirse incondicionalmente a esta última concepción es fuerte¹², aunque el uso del concepto, un poco difuso en la práctica, acompañado del empleo que el legislador ha hecho en el artículo 1173^o, en la intitulación del Título IX del Libro IV, y en el propio artículo en examen (2043^o c.c.), impone alguna ulterior reflexión, que permita verificar si al concepto no le sea atribuible un más preciso significado normativo¹³.

A este propósito es bueno precisar que, cuando se habla de ilicitud como disconformidad de un hecho con el derecho, se habla con relación a un ámbito que es más amplio de aquél aquí examinado.

10. Confróntese **RODOTA**, cita a la penúltima nota, p. 51 y sgtes., no tanto con referencia a las hipótesis de responsabilidad objetiva, cuanto a aquélla de los “daños que deben suceder”, respecto a los cuales es más importante conseguir la forma satisfactoria de reparación al interés, que sancionar la conducta del autor.

11. Así, **SCOGNAMIGLIO**, en “Novissimo Digesto Italiano”, voz “Illecito (dir. vig.)”, p. 171, el cual subraya en relación a esto que la gravedad del ilícito no influye nunca en la entidad del resarcimiento; la reseña de las diversas opiniones al respecto es desarrollada por **ALPA**, “Il problema della atipicità dell’illecito”, p. 18 y sgtes., texto y notas.

12. Me parece que las más recientes posiciones doctrinarias confirman esta posición: **GALGANO**, “Diritto civile e commerciale”, II, 2, p. 281, examinando la estructura del hecho ilícito prescinde de un tratamiento autónomo a la noción de ilicitud; lo mismo hace sustancialmente **SALVI**, en “Enciclopedia del diritto”, voz “Responsabilità civile (dir. vig.)”, p. 1188 y sgtes., el cual dedica poco más de una página a la materia y concluye: “son las categorías mismas del lícito y del ilícito, de lo permitido y de lo prohibido, extrañas a una caracterización conjunta de la responsabilidad extracontractual, que va más bien recogida mediante una adecuada consideración de la centralidad que en ella asume, sobre el plano de la estructura como de la función, la pareja daño-resarcimiento” (**SALVI**, cit., p. 1189).

13. Se considera que alguna vez ha sido el mismo legislador quien ha reputado superfluo el adjetivo ilícito. Así, por ejemplo, en el artículo 2045^o c.c. se dice “quien ha cometido el hecho dañoso”, no el hecho ilícito; lo mismo en el artículo 2046^o y en el artículo 2055^o; en la prueba liberatoria del artículo 2047^o se hace mención a la circunstancia de “no haber

“... se llega a rechazar que el ilícito mantenga una función en el sistema de la responsabilidad civil, puesto que éste está en grado de operar prescindiendo de aquel concepto”.

Así, por ejemplo, la lesión de los derechos de la personalidad, de los derechos reales, de los derechos sobre las obras de inventiva, la conclusión de un contrato, o la asunción de un acuerdo ilícito son el resultado de una conducta ilícita, en cuanto contraria al derecho; sin embargo, no por esto, ella es fuente de responsabilidad civil. La acción de reparación, la inhibitoria, la tutela restitutoria, la acción de nulidad, puesto que están dirigidas a eliminar el ilícito mediante la remoción o la cesación de sus efectos lesivos sobre el derecho, son remedios contra el ilícito, si bien desde fuera de la responsabilidad civil. Se trata, en efecto, de medidas precisas para contrarrestar una conducta lesiva prescindiendo de la verificación de un daño injusto y patrimonial, del cual se desprende la responsabilidad civil y el resarcimiento¹⁴.

podido impedir el hecho”, considerando superflua la posterior precisión de su cualidad de hecho ilícito. Lo mismo vale para el artículo 2043^o donde se dice que “aquél que ha cometido el hecho” debe “resarcir el daño”; la prueba liberatoria de los artículos 2050^o y 2054^o, primer párrafo, prevé el deber de “evitar el daño”, aún cuando daño vaya aquí entendido en el sentido de evento de daño, esto es de hecho dañoso o bien de hecho ilícito; la prueba liberatoria del artículo 2048^o tercer párrafo, consiste en el “no haber podido impedir el hecho”, sin aludir a su ilicitud. En otras normas, en cambio, hay un llamado expreso al “hecho ilícito”: artículo 2048^o, segundo párrafo y 2049^o C.C.

El problema planteado en el texto tiene su relevancia, puesto que en otras partes del Código la ilicitud asume una fisonomía bien delineada. Así, por ejemplo, según el artículo 1418^o se distingue el contrato “contra legem” (primer párrafo) del contrato ilícito (segundo párrafo). Y tal distinción tiene relevancia también con relación a la disciplina aplicable: artículo 2126^o primer párrafo; 1417^o; 1972^o.

14. Confróntese infra, n. 1 y sgtes., sub. art. 2058^o. En contra: **GIUSANA**, “Il concetto di danno giuridico”, p. 54 y sgtes., para quien el concepto de daño, cual violación de la voluntad ajena, vuelve irrelevantes estas distinciones, ya que todos estos ilícitos son contextualmente un daño.

En consecuencia, si tal noción de ilicitud, que termina por coincidir con aquella aun cuando genérica de antijuridicidad, no es un elemento de la responsabilidad civil, es lógico preguntarse en que significado ha sido empleada en el título IX (del Código civil) bajo comentario. Cabe interrogarse si, al precio de romper con la tradición, no sea más oportuno arribar a una noción de ilícito que en vía de resumen identifique todos los supuestos de hecho productivos de daño resarcible¹⁵. Es éste, en pureza de conceptos, el significado atribuido por la tradición, la cual, no por casualidad, atribuía fundamento culposo a todas las hipótesis de responsabilidad, recurriendo al recurso de las presunciones para superar el dato textual de los artículos 2050^a-2054^a C.C. Ya que no era dada ninguna responsabilidad sin culpa, y ya que la culpa devenía sinónimo de ilicitud, esta última podía decirse el elemento unificante de todas las "fattispecie" por las cuales la responsabilidad constituía la justa reacción¹⁶. Ello, sobre el presupuesto de la existencia de un deber preexistente y autónomo de no dañar un derecho de la víctima protegido "erga omnes" por una norma

15. **RODOTA**, "Il problema della responsabilità civile", p. 51, y **SALVI**, en "Enciclopedia del diritto", voz "Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)", p. 1189, se declaran contrarios a hacer asumir al concepto una amplitud tal de permitirle de comprender cualquier situación que encaje como origen de la responsabilidad civil y por esta vía ambos concluyen en el sentido del abandono del concepto cual categoría útil para la construcción de la "fattispecie". En particular **SALVI**, cit., p. 1189, sostiene que es "dudosa la utilidad de una categoría de esta naturaleza, destinada a desvanecerse en la bien conocida vaguedad de la noción de antijuridicidad", por lo que individualiza el problema de la responsabilidad aquiliana en la pareja daño-resarcimiento. El temor, aunque fundado, se puede superar constatando que la ilicitud es una categoría normativa, mientras que no puede decirse lo mismo para la antijuridicidad, con la consecuencia que el problema no concierne a la primera, sino a la definición de la segunda.

16. Recuerda **RODOTA**, "Il problema della responsabilità civile", p. 65, que la suerte del principio que liga la responsabilidad a la culpa es debida a la obra de Ihering. En la concepción de este jurista, sin embargo, el ligamen era debido al examen del proceso histórico que había avanzado de la idea de pena a la idea de resarcimiento. Los acentos de carácter ideológico, que reconocen en la culpa una forma de tutela del individuo y la afirmación de un sentido democrático del sistema, fueron extrañas a Ihering. Rodotà demuestra en fin que el ligamen de la culpa al concepto de democracia es dudoso, puesto que la regla de la responsabilidad por culpa es recogida abundantemente en todos los países de régimen socialista (**RODOTA**, cit., p. 68, especialmente nota 67).

primaria que debía integrar el artículo bajo análisis¹⁷.

Tal concepción encuentra ahora un doble orden de obstáculos: de un lado, la responsabilidad es la forma de reacción típica al daño injusto, entendido cual lesión de un interés digno de tutela según el ordenamiento jurídico; del otro, la culpa no es más el fundamento exclusivo de la responsabilidad, existiendo diversos criterios de imputación. Esto ha permitido que el centro de gravedad del sistema se haya trasladado del autor del hecho, al sujeto que sufre un daño injusto, puesto que la injusticia y no la culpa selecciona los intereses cuya lesión determina un evento de daño y cuyas consecuencias económicas son resarcibles como daño patrimonial¹⁸.

Si este ha sido el trayecto seguido por la responsabilidad civil, hay que preguntarse si aún tiene fundamento normativo la opinión que continúa atribuyendo a la noción de ilícito el significado elaborado por la tradición, para después agregar que la responsabilidad civil puede fundarse también sobre el riesgo¹⁹; esto es, sobre hechos no necesariamente humanos respecto a los cuales no se puede hablar de culpa. Prescindiendo del hecho que la culpa es un concepto normativo, mientras que lo mismo no se puede decir del riesgo, al ilícito vendría asignado un alcance más limitado de aquél que parece haberle atribuido el legislador. Además, la selección de

17. Sobre este último aspecto es de obligación la referencia a **PUGLIATTI**, en "Enciclopedia del diritto", voz "Alterum non laedere", p. 99 y sgtes. Cabe de señalar que así dicha, la imputabilidad deviene un elemento de la culpabilidad, en el sentido que puede caber culpa sólo si el autor era capaz de entender y de querer al momento del hecho. Según **DE CUPIS**, "Il danno", I, p. 178, "la imputabilidad no siendo otro que el presupuesto de la atribución, o sea la posibilidad que ésta se verifique, va definida como la posibilidad que el daño venga unido (materialmente, o bien psicológicamente inclusive) al individuo humano". (las comillas son del autor). Confróntese infra, n. 3., subtítulo art. 2046^o.

18. Confróntese infra n. 21 y sgtes; supra, n. 8 y sgtes, subtítulo "Introduzione".

19. Confróntese **TRIMARCHI**, en "Enciclopedia del diritto", voz "Illecito (dir. priv)", p. 91 y sgtes; y también las rigurosas observaciones de **TUCCI**, "La responsabilità civile: responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva", en "Responsabilità civile", a cargo de **SPINELLI**, I, p. 14 y sgtes., el cual señala que la necesidad de reconstruir en términos unitarios las hipótesis de responsabilidad no culposa responde a la exigencia de superar la orientación contraria dominante en doctrina, pero no se justifica sobre el plano normativo.

los intereses merecedores de tutela para el damnificado peligra en tal modo de ser subsumida de nuevo en el criterio de imputación de la responsabilidad, en la culpa o en el riesgo, con la consecuencia de no distinguir el ilícito del daño: la culpa de la "iniuria".

Se trata de consideraciones de las cuales es legítimo concluir que el significado normativo de la ilicitud o de (hecho) ilícito al menos, no es más que un concepto de síntesis para indicar una cualidad reclamada por la ley para todos los hechos productivos de daño resarcible. Cuando en ella se refiere al ilícito en el Título IX del Libro IV, se alude a aquél conjunto de supuestos de hecho ("fattispecie") que son productores de daño resarcible en el sistema de la responsabilidad civil²⁰. Más en particular, se refiere a aquella fase del juicio de responsabilidad que examina una específica cualidad del hecho: esto es, el evento que debe presentarse cual daño injusto, su reconducción a un responsable según un específico criterio de imputación,

"Se puede hablar de atipicidad del ilícito civil, sólo si se comprende en su noción la injusticia del daño; esto es, la cláusula general de la norma en examen..."

20. Así SALVI, en "Enciclopedia del diritto", voz "Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)", páis 1190, que de este modo distingue la tutela resarcitoria expresa de la responsabilidad aquiliana, de las otras tutelas civiles: la inhibitoria, la reintegración en forma específica, etc.; confróntese infra, n. 2, subtítulo art. 2058^o. Es interesante que sobre este punto de vista exista acuerdo con MAIORCA, en "Enciclopedia del diritto", voz "Colpa civile (teoría gen.)", pág. 556, el cual tratando la distinción entre antijuridicidad e ilicitud, después de haber precisado que entre los dos conceptos no media una relación de género a especie, afirma: "la antijuridicidad representa un presupuesto de carácter general, mientras el concepto de ilicitud, y más precisamente de "fattispecie" ilícita (hecho ilícito), comprende en sí, también, el momento efectivo del daño en la acostumbrada calificación de antijuridicidad (daño injusto)". La antijuridicidad en la "fattispecie" ilícita no se refiere a una calificación de la acción subjetiva, sino del daño que de ella deriva o que de cualquier modo viene imputado a la acción subjetiva". Según el autor, pues, los dos conceptos, aún perteneciendo a ámbitos diversos, encuentran en el evento lesivo un área común. La opinión del autor se aparta de aquella del texto cuando, construyendo la ilicitud en función de la voluntad humana, queda obligado a distinguir entre responsabilidad por ilícito y responsabilidad legal, refiriendo la segunda a las figuras de responsabilidad objetiva. Análogamente, MESSINEO,

existiendo la relación de causalidad de hecho. El ilícito así configurado se distingue del daño, puesto que este último corresponde a la fase sucesiva del juicio de responsabilidad, en el cual deben ser estimadas y liquidadas las consecuencias económicas perjudiciales del evento lesivo: el daño patrimonial. Sólo existiendo el ilícito y un daño patrimonial puede surgir la responsabilidad aquiliana, cuyo juicio se concluye con la condena al resarcimiento²¹.

El haber desvinculado la noción de ilícito del ligamen con la conducta humana, partiendo de la noción de ilícito deducible de la teoría del delito, permite poder agregar

al sustantivo ilícito el adjetivo atípico. En efecto, hasta cuando se refería la ilicitud al comportamiento culposo del agente, tenía poco sentido interrogarse sobre la tipicidad o atipicidad del ilícito aquiliano, puesto que era la culpa quien selecciona-

"Manuale di diritto civile e commerciale", V, p. 550, el cual sin embargo admite que pueda haber ilicitud sin culpa, afirmando así una tesis no disímil de aquella sostenida en el texto. La posición expresada en el texto es análoga a la idea de antijuridicidad penal elaborada por ANTOLISEI, "Manuale di diritto penale, parte generale", p. 149 y sgtes.

21. Es de esta posición de años la jurisprudencia, según la cual "el juez que meritúa y verifica, en línea de hecho, que ningún daño ha sido sufrido por el actor del ilícito civil por él sentido, no debe proceder a otras investigaciones para excluir la responsabilidad en relación al supuesto hecho lesivo". Cass., 4 marzo 1968 (Ejec. Foro it., 1968, n. 676); así como Trib. Roma, 6 octubre 1989 (Foro it., 1991, I, 938) en la cual se ha exceptuado que un hecho constituyendo delito sea automáticamente resarcible ex art. 185^o Cod. Pen., a falta de una prueba sobre el daño resarcible: en efecto, se trataba de la evasión del procedimiento de urgencia que comportaba la consumación del delito del art. 388^o, segundo párrafo, cod. pen.; sin embargo, en el juicio correspondiente el derecho fue considerado inexistente. Así también MESSINEO, "Manuale di diritto civile e commerciale", V, p. 533. En contra: CIAN, "Antijuridicità e colpevolezza", p. 393 y sgtes. que atribuye autónoma relevancia al ilícito en el juicio de responsabilidad. Confróntese GIUSANA, "Il concetto di danno giuridico", p. 60, el daño no es modificación exterior de la esfera patrimonial de la víctima, sino "lesión de la voluntad ajena", de modo que el daño "es solamente el ilícito visto de su lado positivo".

ba los intereses objeto del daño resarcible²². Se puede hablar de atipicidad del ilícito civil, sólo si se comprende en su noción la injusticia del daño; esto es, la cláusula general de la norma en examen²³; diversamente, sólo se podría hablar de ilícito respecto a la conducta libre, por usar una terminología de matriz penalística.

No me parece, en cambio, que sobre la tipicidad o atipicidad del ilícito civil pueda fundarse la distinción con el ilícito penal. En efecto, es este último, su connotación no puede jamás ser desligada del disvalor de la conducta del autor, puesto que aquella se une con la misma función represiva de la condena a una pena. En el ilícito civil, el sistema gravita en torno a la posición de la víctima injustamente perjudicada por un hecho ajeno, por lo cual falta la connotación sancionatoria propia del delito. Como es sabido, el elemento de la tipicidad o de la atipicidad ha desenvuelto en el pasado la función de distinguir los sistemas de derivación francesa (art. 1382º Code Napoleón), de los sistemas de derivación germana (art. 823º B.G.B.), y de los sistemas del "common law", en los cuales la tipicidad es construida sobre la base del valor vinculante de los precedentes. Es dudable que tal característica conserve todavía un alcance realmente distintivo, más allá de la indicación de la diversa técnica con la cual han sido redactadas las normas en los diferentes

ordenamientos. En todos los países se asiste a una tendencial comunidad de los ilícitos objeto de la responsabilidad civil, de modo que a la diversidad de las normas no corresponde, igualmente, un diverso régimen de responsabilidad. Ciertamente que el procedimiento con el cual se llega a un tratamiento común es diverso: en los sistemas regidos por una cláusula general, la vía seguida ha sido de tipificar en los hechos figuras que reconduzcan a la perspectiva del ilícito; en los sistemas como el alemán, se ha permitido a la jurisprudencia interpretar extensivamente la ya amplia definición de los supuestos de hecho típicos²⁴. El resultado es, no obstante, homogéneo y lleva a una complicación de la operatividad de las reglas de la responsabilidad civil, que refleja la exigencia de una más amplia tutela de los intereses de los particulares. DYS

22. Ampliamente CIAN, cita a la nota precedente, p. 156 y sgtes.; ALPA, "Il problema della atipicità dell'illecito", passim; sobre el problema me detendré extensamente, hablando de la cláusula general de la injusticia.

23. Confróntese ALPA y BESSONE, "Atipicità dell'illecito", I, p. 435, los cuales con justa razón reconocen en la injusticia la síntesis de los presupuestos subjetivos y objetivos del ilícito fuente de responsabilidad. El problema corre el riesgo en este punto de volverse terminológico: ¿la responsabilidad es una reacción al daño injusto o al ilícito? En la acepción de ilícito empleada en el texto las dos proposiciones son equivalentes: la primera tiene su elaboración doctrinaria más reciente y presenta la ventaja de alejarse del equívoco uso de la ilicitud ligada a la culpa; la segunda, en la construcción del ilícito hecha en el texto, probablemente es más fiel al lenguaje del legislador del 42. En contra: CIAN, "Antigiuridicità e colpevolezza", p. 153 y sgtes., según el cual es inconcebible definir como atípico un ilícito, puesto que no es pensable juzgar la conducta de un sujeto sino en base a una norma que diga aquello que se puede o que no se puede hacer. Según CASTRONOVO, "Danno biologico senza miti" (Riv. crit. dir. priv., 1988, 31 y sgtes.), nuestro sistema sería un modelo intermedio entre aquellos de cláusula general y aquellos de ilícitos típicos.

24. Da fe de este proceso de acercamiento SALVI, en "Enciclopedia del diritto", voz "Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)" p. 1214; MONATERI, "La sineddoche", p. 87 y sgtes. y 470 y sgtes.; antes TRIMARCHI, en "Enciclopedia del diritto", voz "Illecito (dir. vig.)", p. 92; RESCIGNO, "Introduzione al codice civile", p. 159: "las técnicas selectivas de los intereses se traducen simplemente, en definitiva, en una reducción de los hechos ilícitos a tipos". Recuerdo algunos ejemplos de sistemas derivados del art. 1382º code Napoleón, cuyo texto es el siguiente: "cualquier hecho del hombre que ocasiona un daño a otros, obliga a aquél por culpa del cual se ha verificado, a resarcirlo". El art. 1295º cod. civ. austriaco dispone: "Cualquiera es autorizado a exigir del damnificante el resarcimiento del daño que éste por culpa le ha causado". El art. 41º del código de las obligaciones suizo dispone: "Quienquiera que ocasiona a otros injustamente un daño sea con dolo, sea por negligencia o por imprudencia, queda sujeto a resarcirlo". El art. 330º Z.G.B. de la ex Alemania Oriental disponía: "un ciudadano o una empresa que ocasiona un daño violando injustamente los deberes que se les ha impuesto, queda obligado a resarcir el daño mismo".

Diversa es la formulación del art. 823º B.G.B.: "quien con dolo o con culpa lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho ajeno, queda obligado al resarcimiento del daño de éste derivante.

Aquél que viola una ley destinada a tutelar a otro sujeto, responde del daño así ocasionado".