



Guido Alpa^(*)

¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad Civil?^(**)

Where is civil liability heading?

“DECIDIR SOBRE LA BASE DE VALORACIONES PRAGMÁTICAS IMPLICA, POR LO TANTO, UNA APRECIACIÓN PARTICULAR DE LAS CIRCUNSTANCIAS, UNA CONSCIENCIA PARTICULAR DE LOS CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DEL DAÑO, UNA COMBINACIÓN ÓPTIMA DE INSTITUTOS, PRINCIPIOS, Y REGLAS PARA OBTENER EL RESULTADO DESEADO”.

Resumen: En el presente artículo, el autor reflexiona sobre el tratamiento que ha efectuado últimamente la jurisprudencia europea, principalmente la italiana, sobre la responsabilidad civil. El autor aborda la figura de la responsabilidad objetiva bajo la perspectiva de que es una categoría jurídica muy discutida en la doctrina civil a lo largo de los últimos tiempos; pero que, a su vez, es una institución acogida muy recientemente por la jurisprudencia. Ello debido, según el autor, a la noción de culpa ligada a la costumbre práctica de los tribunales. Finalmente, Alpa pone énfasis en explicar la dirección en la que está encaminándose la jurisprudencia respecto a este tema.

Palabras clave: Responsabilidad civil - Jurisprudencia - Nexo de causalidad - Asignación del riesgo - Intereses protegidos - Responsabilidad objetiva

Abstract: In this article, the author reflects on the treatment that European jurisprudence has given recently to the question of civil responsibility, with an emphasis on Italy. In addition, he analyzes the legal concept of strict liability, which is a juridical category that often has been discussed in civil doctrine in recent years but which, nevertheless, is an institution that has

(*) Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma “La Sapienza”.

(**) Título original: *Dove va la responsabilità civile?*, publicado originalmente en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Padua, CEDAM, 2010, No. 3, pp. 175-184. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor, las gestiones estuvieron a cargo de César E. Moreno More.

El presente trabajo constituye el discurso pronunciado en el Seminario en honor a Guido Calabresi por la inauguración del *Master* en Derecho Privado Europeo que se realizó en Roma el 15 de enero del 2010.

Traducción de César E. Moreno More. Asistente de Docencia de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Bachiller en Derecho por la misma casa de estudios.

Se han añadido notas del traductor para tratar de esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del texto traducido, las mismas que serán identificadas con el símbolo NT.

¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil? *Where is civil liability heading?*

been adopted only very recently by jurisprudence. The reason for this delay is the notion of guilt developed in customary practice of the courts. Finally, Alpa emphasizes the tendencies of current jurisprudential policy on this issue.

Keywords: Civil liability - Jurisprudence - Causal relationship - Risk allocation - Interests protected - Strict liability

1. La situación basilar

La evolución de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil se asemeja a una sinusoide que sube o baja según se pase de la responsabilidad fundada sobre la culpa a la responsabilidad fundada sobre la responsabilidad civil. Los volubles confines de la responsabilidad civil se pueden trazar siguiendo también este criterio, y no sólo aquel conforme al cual se verifica una expansión tendencial, aunque no sistemática, del área del ilícito. La incerteza que caracteriza a la jurisprudencia en esta área del derecho privado emerge, bien de la aplicación de la cláusula general de la *injusticia* del daño, bien de la aplicación de los *criterios de imputación* de la responsabilidad, y, en conexión con estos, de la definición del requisito de *causalidad*.

Mientras que, por su misma naturaleza, puede ser justificada la aplicación incierta de la cláusula general, atendiendo a su finalidad de permitir la adaptación de la reglas a los nuevos postulados de la vida civil, de la economía y de las necesidades sociales, más compleja es la explicación de las hesitaciones o de los retrocesos en la aplicación de los criterios de imputación de responsabilidad, y al mismo tiempo, puede ser preocupante el empleo discrecional del criterio del nexo de causalidad para la asignación del riesgo.

Sin embargo, no es suficiente preguntarse qué direcciones esté tomando la responsabilidad civil, siendo necesaria una mayor consciencia del modo en el cual las direcciones que ella toma son decididas. La impresión que se recibe es

“TENIENDO EN CONSIDERACIÓN LAS AÚN NOTABLES DIFERENCIAS QUE SUBSISTEN ENTRE LAS CONCEPCIONES Y LAS REGLAS DE *TORT LAW* EN INGLATERRA, EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EN ITALIA, NO PODEMOS REALIZAR UNA TRANSPOSICIÓN DE LOS MODELOS DE RAZONAMIENTO NI TAMPOCO SEGUIR A PIE JUNTILLAS LAS SOLUCIONES PROPUESTAS AL OTRO LADO DEL CANAL DE LA MANCHA O DEL OTRO LADO DEL ATLÁNTICO”.

que, tras el uso de los esquemas formales esté emergiendo, hoy más que nunca, un comportamiento pragmático, también en la jurisprudencia de legitimidad.

Decidir sobre la base de valoraciones pragmáticas implica, por lo tanto, una apreciación particular de las circunstancias, una consciencia particular de los criterios de distribución del daño, una combinación óptima de institutos, principios, y reglas para obtener el resultado deseado. Algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia reciente, documentan estas afirmaciones. Ellos constituyen la base necesaria para poder brindar algunas respuestas a las dudas que se pueden presentar.

1.1. Los intereses protegidos

La cláusula general del artículo 2043 del Código Civil^(NT1) ha sido interpretada, en una

(NT1) Artículo 2043 del Código civil italiano: Resarcimiento por hecho ilícito: Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona un daño injusto, obliga a quien lo ha cometido a resarcir el daño.

(1) Cas., 17.12.2009, No. 26516, en *Diritto e Giustizia*, 2010; el caso estaba referido al daño producido por el consumo de cigarrillos “light”; en el caso en particular, fue negado el resarcimiento; en lo que respecta a la demanda, fue formulada invocando la aplicación del artículo 2050 del Código Civil en lugar de la cláusula general, y con respecto a la incidencia lesiva del mensaje publicitario que deriva de la palabra “light” precisamente sobre el paquete de cigarrillos.



Guido Alpa

de las más recientes sentencias⁽¹⁾, como la “lesión de una posición jurídica ajena, considerada merecedora de tutela por parte del ordenamiento, lesión de ninguna manera justificada”. La expresión “posición jurídica” es intencionalmente genérica y amplia, porque ya es innegable, después de casi cincuenta años desde su primera y completa elaboración doctrinal⁽²⁾, que el requisito de la injusticia se debe identificar en la lesión de un interés jurídicamente protegido; “protegido” implica que el ordenamiento lo reconoce como merecedor de tutela, y ello, no en base a una norma específica emanada *ad hoc* (contrariamente nuestro sistema que es atípico se transformaría en un sistema típico) sino en base a los principios y a los valores sobre los cuales el ordenamiento se sostiene. Ello implica además que no se pueda interpretar la clausula general como vinculada a un sistema de tipicidad de las causas de justificación.

No obstante, cuando se trata de intereses tipificados (como ocurre para el *numerus clausus* de los derechos reales) la injusticia se torna evidente *per se*, y no es necesario que se pruebe que el interés sea merecedor de la protección que se demanda. En este sentido, el titular de un derecho real no se encuentra obligado a probar el daño sufrido, ya que el daño es *in re ipsa*⁽³⁾. El derecho de propiedad es defendido de manera “fuerte”: ello en lo que respecta a los deberes del detentador frente al propietario⁽⁴⁾, en lo que respecta a las obligaciones de los copropietarios frente a los propietarios contiguos a los asfaltos inundados por las aguas, y drenadas de manera inadecuada⁽⁵⁾, en lo que respecta a las obras comunales dañadas por las mareas como causa de la falta de mantenimiento de la red ferroviaria por parte del gestor⁽⁶⁾.

La tutela de la propiedad es materia de una nutrida jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que interpreta extensivamente el artículo 1 del Protocolo Adicional⁽⁷⁾. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre se basa en la lesión de derechos reales para tutelar la propiedad, o el patrimonio del damnificado. Es emblemático el caso de la responsabilidad de la sociedad de revisión por el daño causado a los accionistas que habían confiado en la información, difundida por ésta, respecto al buen estado de los balances de la sociedad emisora. En estos casos, se prefiere hablar de violación de la libertad contractual de los inversores, aunque teniéndose en cuenta la tendencia de la bolsa, y, por lo tanto, el valor de mercado oscilante de las acciones societarias⁽⁸⁾.

Por otra parte, la invocación de un derecho subjetivo, más bien “fundamental”, en tanto constitucionalmente garantizado, como es el derecho a la salud, justifica la imputación de responsabilidad al municipio por la deficiencia en la eliminación de residuos urbanos sólidos, y por consiguiente el resarcimiento del daño a los residentes⁽⁹⁾.

En cambio, es más difícil el camino de la tutela resarcitoria de los derechos humanos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁽¹⁰⁾.

(2) RODOTÀ, Stefano.. *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964.

(3) Cas., 9.6.2008, N. 15238, en *Massimario della Giustizia civile*, 2008; el caso estaba referido al daño sufrido por los condóminos que no habían podido aparcar su auto en el área común reservada a este uso.

(4) Trib. Marsala, 30.1.2007, en *Archivio locazioni*, 2008; p. 401.

(5) Cas., 6.2.2007, N. 2566, en *Foro italiano*, 2008, I; p. 599.

(6) Trib. Paola, 30.7.2007. *Ibidem*; p. 282.

(7) Corte Europea de Derechos Humanos, 20.1.2009, N. 75909, en *Giurisprudenza italiana*, 2009; p. 2398; TRIMARCHI, Mario. *Proprietà e impresa*, en *Contratto e impresa*, 2009; pp. 894 y siguientes.

(8) Trib. Milano, 4.11.2008, en *Giustizia a Milano*, 2008, 11; p. 76.

(9) Giud. Pace Napoli, 27.4.2006, en *Responsabilità civile e risarcimento*, 2008, No. 2; p. 22.

(10) Para las referencias bibliográficas esenciales v. ALPA, Guido, *I diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e il ruolo dell'avvocatura*, en *Rassegna Forense*; pp. 67 y siguientes., (en el que se sostiene la aplicabilidad directa de las disposiciones de la Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, asumiéndose una posición por entonces aislada en doctrina); recientemente, GALGANO, Francesco, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, en *Contratto e impresa*, 2009; pp. 883 y siguientes.

¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil? *Where is civil liability heading?*

Siempre en materia de propiedad, subsiste la divergencia, por el momento inconciliable, entre la Corte Europea y la Corte de Casación en materia de ocupación adquisitiva. La primera reconoce al particular, titular del bien, un derecho resarcitorio, que se suma a la restitución del bien, y la segunda, un resarcimiento del daño, o mera indemnización, que implica la pérdida del bien a causa de su transformación irreversible⁽¹¹⁾, o bien, según el Consejo de Estado, la elección entre remedio resarcitorio y restitutorio⁽¹²⁾.

Así también, es tormentosa la definición de los criterios de responsabilidad del Estado por la omisión o tardía actuación de Directivas Comunitarias. La Corte de Casación continúa razonando en términos de dualidad de los ordenamientos (comunitario e interno⁽¹³⁾) mientras la tendencia unívoca de la Corte de Justicia de la Unión Europea es en el sentido de la unicidad de los ordenamientos, desde la sentencia *Costa vs. Enel*, que se remonta a 1964. La materia ha sido objeto de un (curioso) *révirement* desde el momento en que, del área de la responsabilidad extracontractual, ha pasado al área de la responsabilidad contractual, en tanto que el derecho al resarcimiento del daño derivaría de una obligación *ex lege* del Estado que ha incumplido, y tendría naturaleza indemnizatoria por actividad antijurídica; lo que implica, obviamente, la inversión de la carga de la prueba, que ahora se encuentra a cargo del Estado, y el plazo de prescripción de diez años del derecho a la indemnización.

Estos cambios de campo no son más una novedad en la tendencia de la Suprema Corte, como se registra en materia de responsabilidad del médico y responsabilidad por disposiciones de la administración pública, en los cuales se evidencia la subsistencia de un *contacto social* entre el causante del daño y el damnificado, presentando ambos naturaleza contractual. De igual forma, en lo que concierne a la violación de deberes de información *ex lege*

por parte del intermediario financiero respecto a los inversores⁽¹⁴⁾.

1.2. Los criterios de imputación

El área de la responsabilidad objetiva se ha ido expandiendo en los últimos veinte años⁽¹⁵⁾ sobre la base de tres criterios que la doctrina había afinado aplicando teorías concebidas en los inicios de los años sesenta⁽¹⁶⁾. La imputación de la obligación resarcitoria a cargo del sujeto que obtiene ventajas del bien (*cuius commoda eius et incommoda*), o del sujeto que puede prevenir el daño mejor que otros, o del sujeto que puede distribuir el daño mejor que otros. Se ha superado para muchas hipótesis (sin embargo no todas son adscribibles al área de la responsabilidad de empresa) bien el carácter necesario de la prueba de la culpa, bien la presunción absoluta o relativa de culpa. Sin embargo, la tendencia de la jurisprudencia es undívaga, se acerca a la responsabilidad objetiva y luego retorna a la responsabilidad por culpa, sin líneas uniformes de interpretación y, lo que es más relevante y deplorable, sin una justificación motivada.

Así por mencionar algunos ejemplos, actualmente se considera objetiva la responsabilidad de los patrones y comitentes *ex artículo 2049 Código Civil*^(NT2), sin embargo, la responsabilidad del comitente está basada en la *culpa in eligendo*, cuando la empresa elegida sea manifiestamente inidónea a desarrollar la prestación o el comportamiento dañoso

(11) En materia de daño por ocupación adquisitiva, v. Cas., sez. un., 8.4.2008, n. 9040, en *Guida al diritto*, 2008, No. 30; p. 84; Cas., sez. un., 19.12.2007, n. 26732, en *Massimario della Giustizia civile*, 2007; Cas., sez. un., 23.11.2007, n. 24397, en *Massimario della Giustizia civile*, 2007.

(12) Cons. Stato, V sez., 7.4.2009, en *Guida al diritto*, No. 19, 2009; p. 95.

(13) Cas., sez. un., 17.4.2009, n. 9147, en *Diritto del commercio internazionale*, 2009, II; p. 709, con comentario de Rapisarda.

(14) Cas., sez. un., 19.12.2007, n. 26725, en *Giustizia civile*, 2008; p. 2775.

(15) ALPA, Guido, *La responsabilità oggettiva*. En *Contratto e impresa*, 2005; p. 959.

(16) TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 1961; CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, 70. En: *Yale Law Journal*, 1961; p. 497.

(NT2) Artículo 2049 del Código civil italiano: Responsabilidad de los patrones y comitentes:

Los patrones y comitentes son responsables por los daños causados por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes en el ejercicio propio de las actividades a las cuales están destinados.



Guido Alpa

haya sido impuesto al contratista por el mismo comitente⁽¹⁷⁾; la responsabilidad objetiva subsiste también cuando el dependiente haya obrado con dolo⁽¹⁸⁾.

Más problemática es la producción y comercialización de cigarrillos: según algunos pronunciamientos, no se trata del ejercicio de actividades peligrosas⁽¹⁹⁾; según otros, ya que “la calificación de la peligrosidad depende (...) de una evaluación empírica, la cantidad de peligro que la connota”, “no se puede objetar con fundamento, que en la hipótesis (...) de daño por producto comercializado, y de esta manera fuera de la esfera del productor, se trataría en materia de cosa peligrosa, producto de la actividad no peligrosa”; no se trata por lo tanto de vicio del producto, sino de peligrosidad intrínseca al producto⁽²⁰⁾. En todo caso, según las últimas sentencias que confirman una tendencia anteriormente serpenteante en la jurisprudencia de legitimidad⁽²¹⁾, la Corte Suprema “considera adherirse a la más reciente doctrina y jurisprudencia”, en base a la cual “dicha responsabilidad es de naturaleza objetiva, en consideración del hecho que subjetivamente (sobre todo si el negociante es un empresario) el responsable puede no tener culpa alguna en la falta de predisposición de todas las medidas idóneas⁽²²⁾; “el sujeto llamado a responder (en la hipótesis en que la actividad peligrosa asuma la forma de empresa) es aquel que tiene el control de la actividad al momento del daño, en base al único presupuesto de la ausencia objetiva de las medidas protectivas idóneas”.

La responsabilidad objetiva sólo se imputa sobre la base del nexo de causalidad, en tanto “en la responsabilidad objetiva, el juicio es puramente tipológico y consiste en determinar si el evento que se ha verificado, pertenezca o no a la serie de eventos que el criterio de imputación adscribe a una determinada esfera del sujeto, por su simple acontecer”. En otros términos, el criterio adoptado es más asertivo que prescriptivo.

No es que los jueces ignoren el debate desarrollado en sede científica en orden a las razones justificativas de la atribución de responsabilidad que prescinde de la culpa.

En la motivación del pronunciamiento más reciente se agrega de hecho que “la ratio de dicha imposición del costo del daño, no es más la culpa, sino un criterio objetivo, que, no obstante, permanece fuera de la norma. Ello fue identificado en la *deep pocket* (bolsillo rico) en los ordenamientos del *common law* y en la *richesse oblige*, en la tradición francesa, mientras que en el desarrollo sucesivo se ha considerado que la ratio sea identificada en el principio de la exposición al peligro o en la asunción del riesgo, o bien en la imputación del costo del daño al sujeto que tenía la posibilidad de la *cost-benefit analysis*, por el cual debía soportar su responsabilidad, por haberse encontrado, antes de su verificación, en la situación más adecuada para evitarlo en el modo más conveniente, de modo que la verificación del daño se deriva de una opción asumida por él mismo, alternativamente a la decisión contraria”. Sin embargo, los jueces han preferido permanecer fijos a la letra de la ley, si bien reformulada de manera que supera la exigencia de la prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño (ex artículo 2050 Código Civil^(NT3)).

No obstante, de cualquier modo se trata de un paso adelante respecto de la jurisprudencia que insiste en la necesidad de una prueba contraria por parte del causante del daño⁽²³⁾.

(17) Cas., 23.4.2008, n. 10588, en *Massimario della Giustizia civile*, 2008.

(18) Es el caso de dependiente del banco que se apropia de las sumas que le habían sido confiadas por los clientes para la inversión: v. Cas., 6.3.2008, n. 6033, en *Massimario della Giustizia civile*, 2008.

(19) V. por ejem. Trib. Roma, 5.12.2007, en *Foro italiano*, 2008, I; p. 985.

(20) Cas., 17.12.2009, n. 26516, en *Diritto e giustizia*, 2010.

(21) Véase, por ejemplo: Cas., 4.5.2004, n. 8457, en *Massimario della Giustizia civile*, 2004.

(22) Así, textualmente, Cas., 17.12.2009, n. 26516, cit.

(NT3) Artículo 2050 del Código civil italiano: Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas:

Quien ocasiona un daño a otros en el desempeño de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados, se encuentra obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

(23) Cas. 15.7.2008, n. 19449, en *Massimario della Giustizia civile*, 2008, en un caso de ejercicio hípico; en el mismo sentido v. Trib. Perugia, 17.1.2008, en *Rassegna Giuridica umbra*, 2007; p. 697 por la actividad de la caza.

¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil? *Where is civil liability heading?*

Del mismo modo, en lo que respecta a la responsabilidad por cosas en custodia. No faltan sentencias que insisten sobre la culpa presunta⁽²⁴⁾; sin embargo, ya se encuentra consolidada la tendencia que arriba a la responsabilidad objetiva⁽²⁵⁾, a excepción del caso fortuito o por el hecho del tercero, no así del hecho ignoto. El fundamento de la responsabilidad es diverso: o es brindado por la simple relación instituida entre el custodio y la cosa, o por la reconstrucción del nexo etiológico.

El vicio de construcción de la cosa en custodia, aunque sea atribuible al tercero constructor, no excluye la responsabilidad del custodio frente al tercero damnificado, a menos que se trate de vicio intrínseco adscribible únicamente a la sociedad constructora⁽²⁶⁾.

1.3. El nexo etiológico y el criterio probabilístico

Como lo testimonian muchas de las decisiones citadas, el nexo causal se dirige al intérprete no sólo para determinar la subsistencia de uno de los requisitos esenciales del acto ilícito, sino también para seleccionar las hipótesis en las que el daño es resarcible⁽²⁷⁾.

Sin embargo, la noción de nexo causal no es unívoca, aunque ha asumido bastante relevancia en la jurisprudencia reciente. La tendencia tradicional se atrincheró tras el principio enunciado por los artículos 40 y 41 del Código Penal^(NT4), para el cual “un evento puede considerarse causado por otro, si el

primero no se habría verificado en ausencia del segundo, y también por el criterio de la denominada causalidad adecuada, sobre la base del cual, al interior de la serie causal, es necesario dar relevancia a aquellos eventos que no parecen, de una valoración *ex ante*, del todo inverosímiles, quedando firme, por otro lado, la diversidad del régimen probatorio aplicable, en razón de los diferentes valores sometidos a los dos procesos⁽²⁸⁾.

Sin embargo, se reconoce que es suficiente probar, en materia civil, la preponderancia de la evidencia, o de la causa más *probable*, mientras que en el proceso penal rige la regla de la prueba “más allá de la duda razonable”. Y, como consecuencia, se ha establecido la responsabilidad de la estructura sanitaria, conjuntamente a la del Ministerio de Salud, por el contagio de VIH a un paciente sometido a transfusión de sangre infectada⁽²⁹⁾. Con mayor difusión se expresan, comúnmente, los jueces de mérito, a los cuales se requiere la determinación del nexo etiológico.

En un reciente pronunciamiento se ha establecido que para cumplir dicha

(24) Véase, por ejemplo: Trib. Nuoro, 2.1.2007, en *Rassegna Giuridica sarda*, 2008; p. 57.

(25) Véase, por ejemplo: Cas., 27.3.2007, n. 7403, en *Massimario della Giustizia civile*, 2007; Cas., 19.2.2008, n. 4279, *ivi*, 2008; Cas., 5.12.2008, n. 28811. *Ibidem*.

(26) Cas., 30.10.2008, n. 26051. *Ibidem*.

(27) Sobre el punto V. en particular. TRIMARCHI, Pietro. voz “*Illecito*”, en *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffrè, 1970.

(NT4) Artículo 40 del Código penal italiano: Relación de causalidad:

Nadie puede ser penado por un hecho previsto como delito por la ley, si el evento dañoso o peligroso, del cual depende la existencia del delito, no es consecuencia de su acción u omisión.

No impedir un evento, respecto del cual se tiene el deber jurídico de impedir, equivale a ocasionarlo.

Artículo 41 del Código penal italiano: Concurso de causas:

El concurso de causas preexistentes, simultáneas o sobrevinidas, aunque sean independientes de la acción u omisión del culpable, no excluye la relación de causalidad entre la acción u omisión y el evento.

Las causas sobrevinientes excluyen la relación de causalidad cuando hayan sido por sí mismas suficientes para determinar el evento. En tal caso, si la acción u omisión precedentemente cometida constituye en sí misma un delito, se aplica la pena establecida para este.

Las disposiciones precedentes se aplican también cuando la causa preexistente o simultánea o sobreviniente consiste en el hecho ilícito ajeno.

(28) Cas., sez. un., 11.1.2008, n. 576, en *Diritto e giustizia*, 2008.

(29) Cas., sez. un., 11.1.2008, n. 576, cit.; Cas., sez. un., 11.1.2008, n. 581, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2008; p. 827 y Cas., sez. un., 11.1.2008, n. 584, en *Foro italiano*, 2008, I; p. 451.



Guido Alpa

determinación “el juez no puede recurrir ni a la causalidad naturalística, entendida en sentido estricto (lo que podría considerarse como causa de un evento, la total serie infinita de precedentes sin los cuales el hecho no se habría podido verificar), ni a la causalidad estadística (de imposible aplicación por la falta de documentación objetiva), ni a la propia intuición, si bien fundada en la lógica; (...) por el contrario, el juez debe valorar todos los elementos del supuesto de hecho a fin de establecer si el hecho era objetiva y concretamente idóneo (es decir con referencia a aquel particular caso contingente) a producir el evento”⁽³⁰⁾.

La tendencia de la Corte Suprema es, por lo tanto, más propensa a dar relevancia, en la construcción del nexo etiológico, a los hechos de los cuales el daño habría podido derivar con una cierta probabilidad. Se integra así el criterio de la regularidad causal, que ya había atenuado el criterio de la *condictio sine qua non*, para atenuar ulteriormente el ligamen entre causa y efecto, entendido de manera rigurosa, confiando el juicio al cálculo de la probabilidad.

La regla encuentra muchas confirmaciones. Aquí algunos ejemplos. Un caso de *wrongful life* en el cual se ha afirmado el “derecho a nacer sano” de un niño que nació deforme debido a que en el curso de la concepción, la madre, que tenía problemas de fertilidad, había sido sometida, en un centro médico, al tratamiento de dos fármacos que se revelaron dañinos. Los jueces de la Corte de Casación han argumentado también respecto a la causalidad, sosteniendo que “la valoración del nexo causal en sede civil, aunque inspirándose en los criterios contenidos en los artículos 40 y 41 del Código Penal, conforme a los cuales un evento puede considerarse causado por otro si el primero no se habría verificado en ausencia del segundo, y también en el criterio de la causalidad adecuada, sobre la base del cual, dentro de la serie causal, es necesario dar relevancia sólo a aquellos eventos que no parecen (de una valoración *ex ante*) del todo inverosímiles, sin embargo, presenta notables diferencias en relación al régimen probatorio aplicable, presente en la diversidad de los valores en juego entre responsabilidad penal y civil. En el proceso civil rige la regla de la preponderancia de la evidencia o del ‘más probable que no’, mientras en el proceso penal rige en efecto la regla de

la prueba ‘más allá de la duda razonable’⁽³¹⁾.

En un caso de daño psíquico, ocasionado a la víctima por un evento traumático, constituido por actos libidinosos, y devenido en una condición psíquica permanente; la Corte Suprema ha considerado que “a los fines de la configuración del nexo causal entre un hecho ilícito y un daño de naturaleza psíquica, no es necesario que este último se produzca como consecuencia cierta e inequívoca del evento traumático, sino que es suficiente que la derivación causal del primero respecto del segundo, pueda afirmarse en base a un criterio de probabilidad elevada y no haya sido probada la intervención de un factor sucesivo tal que desconecte la secuencia lógica causal, determinada de esta forma. En aplicación de dicho principio, la Corte Suprema ha casado la sentencia impugnada, por haber esta última compartido las conclusiones de una Consulta Técnica Única médico-legal, la cual, no considerando suficiente la valoración probabilística en términos equivalentes al 70-80%, había excluido el nexo causal entre el delito de actos libidinosos, del que había sido víctima una menor, y la existencia de un daño psíquico permanente, considerando plausible sólo un daño psíquico pasajero”⁽³²⁾.

Y en el caso muchas veces considerado de apropiación ilícita de aguas por parte de un ente público, la Corte Suprema, en conformidad con el artículo 2043 del Código Civil, ha reafirmado que aquel quien “asumiendo haber sufrido un daño a causa de la condena ajena, accione para el resarcimiento relativo, está obligado no sólo a probar la existencia del daño sino además el nexo de causalidad con el hecho del tercero, y también, al menos, la culpa de éste último, concretándose en la previsibilidad que de la conducta realizada, serían derivadas las

(30) Trib. Bari, 8.6.2007, en *Immobili e diritto*, 2008, n. 8; p. 66.

(31) Cas., 11.5.2009, n. 10741, en *Diritto e giustizia*, 2009.

(32) Cas., 11.6.2009, n. 13530, en *Diritto e giustizia*, 2009.

¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil? *Where is civil liability heading?*

consecuencias dañosas denunciadas. Contemporáneamente, la determinación del nexo causal entre el hecho ilícito y el evento dañoso entran a formar parte de las tareas del juez de mérito y es sustraído al control de legitimidad de la Corte Suprema, la cual, en los límites del artículo 360, numeral 5 del Código Procesal Civil está legitimada únicamente al control de la idoneidad de las razones adoptadas por el juez de mérito como fundamento de la propia decisión”.

En un caso de omisiones, el nexo causal ha sido determinado tomando en consideración la efectiva y concreta obligación de actuar. La experiencia más reciente está referida a la tragedia de Ustica, en la cual una aeronave se precipitó a causa del impacto de un misil. Según los jueces “la omisión de cierto comportamiento se revela como condición determinante del proceso causal del evento causante del daño, sólo cuando se trate de un comportamiento impuesto por una norma jurídica específica (omisión específica), o en relación a la configuración en la posición del sujeto, a quien se atribuye la omisión, así como implicante de la existencia a su cargo de particulares deberes de prevención del evento que luego se verifica y, por lo tanto, de un genérico deber de intervención (omisión genérica) en función del impedimento de aquel evento. El juicio relativo a la subsistencia del nexo causal, por lo tanto, no puede limitarse a la mera valoración de la materialidad fáctica, por el contrario, postula la preventiva individualización de la obligación, específica o genérica, de mantener la conducta omitida a cargo del sujeto. La individualización de dicho deber se connota, entonces, como preliminar para la apreciación de una conducta omisiva sobre el plano de la causalidad, en el sentido que, si primero no se identifica, en relación al comportamiento que no resulte necesario, el deber genérico o específico que lo imponía, no es posible estimar la omisión del comportamiento sobre el plano causal”.

En aplicación de este principio, los jueces han considerado (respecto a la aeronave Itavia caída en Ustica) que en la época ya gravara, en base de normativas específicas, sobre el Ministerio de Defensa, el deber de custodiar la seguridad de los aires y de impedir el acceso de aeronaves no autorizadas o enemigas (Decreto del Presidente de la República 18.11.1965, n. 1477, artículo 12; D.P.R. 18.11.1965, n. 1478, artículo 23; Ley 16.2.1977, n. 38) y sobre el Ministerio de Transportes, a través del respectivo Comisariato, la asistencia y la seguridad

del vuelo. Habiéndose demostrado el deber específico de impedir el evento, una vez que fuese verificado que el evento pertenece al elenco de aquellos a los que la norma disponía evitar a través del comportamiento requerido (la Corte Suprema ha concluido) que no sería necesario que subsista, además, el conocimiento de la existencia del peligro y, en específico, la presencia sobre la ruta asignada a la aeronave Itavia de espacios aéreos peligrosos. Por lo tanto, el Ministerio de Defensa ha sido condenado a resarcir los daños a la sociedad de transporte aérea⁽³³⁾.

La regla probabilística es de ayuda en los casos en los que el último hecho vinculado con el evento parece no ser el único que lo ha provocado dentro de la cadena causal, y no es fácil establecer en la secuencia, una “regularidad” que permitiría calificar el último hecho como única y exclusiva causa del evento. Es evidente que si otras condiciones influyen sobre el modo en que el evento se ha verificado, el juez deberá tenerlas en cuenta en la determinación del daño, mas no podrá ignorar la relevancia causal del último hecho. Precisamente es el caso de una persona en graves condiciones de salud que es embestida por un auto y que muere luego del impacto; si el incidente le hubiese ocurrido a una persona de sana y robusta condición, sería muy probable que esta hubiese seguido viva. Y, no obstante, no se puede, ciertamente, considerar no responsable al que lo impactó. Recurriendo al principio probabilístico se obtiene una solución adecuada, porque se identifica al responsable pero se tiene en cuenta las circunstancias específicas que llevan a atenuar el monto del daño resarcido a los parientes de la víctima difunta.

“La hipótesis generadora de responsabilidad civil, codificada de manera general en el artículo 2043 del Código Civil, exige la subsistencia de una relación causal entre

(33) Cas., 5.5.2009, n. 10285, en *Guida al diritto*, 2009, n. 26; p. 58.



Guido Alpa

la conducta humana, comisiva u omisiva, caracterizada subjetivamente por el dolo o por la culpa, y el evento perjudicial antijurídico; la determinación del nexo de causalidad del Derecho Civil entre hecho ilícito y evento lesivo debe ser conducido sobre la base de una valoración probabilística conforme a la regla de la prevalencia de las probabilidades (más probable que no) respecto a las más severas reglas de determinación de la causalidad del Derecho Penal⁽³⁴⁾.

2. La relación entre reglas generales y reglas especiales

No existe un régimen jurídico uniforme y coordinado de las hipótesis particulares previstas por las leyes especiales. Esta discrasia es doble: por un lado, está referida al derecho interno, del otro, a los modelos extranjeros, de manera que se refleja también en los proyectos de uniformización de las reglas del derecho privado europeo que encuentran en el *Draft Common Frame of Reference* el texto más acreditado.

La relación entre las reglas del código y las reglas dictadas por leyes especiales en materia de responsabilidad es muy compleja. Ciertamente, se puede describir como una de las vicisitudes en las que se manifiesta con toda evidencia el principio de derogación^(NT5) de la ley ordinaria, que establece principios de carácter general, por parte de la ley especial, que establece, en cambio, disposiciones que tienen un ámbito circunscrito y particular. Hablar de “derogación” significa, no obstante, tomar posición desde ya en la interpretación de un fenómeno, y compartir la posición tradicional que se basaba en la culpa, considerada el pilar del entero sistema. En todo caso, vienen en consideración otras perspectivas, más allá de la formal. En esta área, la relación se ha venido desarrollando, de hecho, de manera muy articulada.

Observando esta relación en dimensión diacrónica, las primeras leyes especiales (como aquellas acerca de la responsabilidad por el ejercicio de actividad nuclear) presentaban un ámbito bastante circunscrito y una extensión muy reducida: la preocupación del legislador estaba centrada en la moderación de la carga de la prueba a cargo

del damnificado y en la satisfacción de las víctimas. En el caso de actividades nucleares, podían bastar pocas argucias para resolver el problema, ni la lógica que gobernaba el sector podía considerarse perjudicada por la necesidad de intervenir para realizar un interés público, constituido por la ventaja de producir energía a bajo costo (no obstante, creando riesgos catastróficos) y remediar el daño que se podía ocasionar a las personas y a las cosas.

Al parecer la normativa fue entendida como una excepción conspicua de los principios tradicionales, justificada por la excepcionalidad del evento y por la excepcionalidad del daño.

Conforme se han ido mostrando sobre la escena del ilícito, situaciones que requerían una particular consideración o por la difusión pormenorizada de los riesgos, como ocurre en la circulación de productos defectuosos o la oferta en el mercado de productos financieros aleatorios, o por la violación de las reglas sobre la competencia, o todavía por la naturaleza social del rol desarrollado por el potencial causante del daño, como ocurre en la actividad médica o en el juego deportivo, o todavía por la dificultad técnica de la gestión de las relaciones, como ocurre en la actividad informática, la explicación del fenómeno sobre la base de la correlación general/particular, regla/excepción, no ha parecido más satisfactoria.

En primer lugar, porque las diversas expresiones de la exigencia de dictar reglas especiales para situaciones especiales se habían traducido, al momento de su surgimiento, en adaptaciones de las reglas del código a las particulares circunstancias, y por

(34) App. Torino, 15.4.2009, en *Redazione Giuffrè*, 2009.

(NT5) A lo que el autor se refiere es al *principio de especialidad*, por el cual la ley especial prevalece sobre la ley general. Se ha decidido, sin embargo, traducirlo por *principio de derogación*, por el uso que, más adelante, el autor hace del concepto *derogación*, que no podría entenderse de otro modo.

¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil? *Where is civil liability heading?*

lo tanto ellas tenían ya en sí los gérmenes de una configuración nueva y diversa de la regla a aplicar. Piénsese, por ejemplo, en los giros de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del fabricante antes de que fuese actuada la directiva comunitaria No. 34/1985.

Las reglas del código civil podían ofrecer sólo una aplicación dificultosa de principios que remediaban *singulatim* los daños que a menudo no eran sólo individuales, sino también seriales.

Luego, debido a que además del interés individual, algunas situaciones incidían también en los intereses colectivos, como ocurre con el daño causado al ambiente. Las reglas del código civil encuentran dificultades al identificar el bien a tutelar o los criterios con los que se realiza su reintegración.

Todavía, en tanto estaban comprendidos nuevos sujetos que pertenecían en sentido lato al aparato administrativo, como las Autoridades administrativas independientes. Las reglas del código han sido aplicadas siempre a la Administración pública con mucha cautela, y con muchos límites.

Finalmente, porque el daño no se manifestaba únicamente dentro de los confines patrios, existiendo ya un mercado europeo "único" y, por lo tanto, destinatario de reglas lo más posiblemente armonizadas de país en país. Las reglas de los códigos o las del *case law*, por sus características nacionales, no se prestaban a desplegar su función de manera adecuada.

Algunas disposiciones han confluído luego en los códigos de sector (piénsese en el código de consumo y en el código del ambiente) y, por lo tanto, se han abierto ulteriores problemas de interpretación y aplicación de aquellas disposiciones. Ellas, en efecto, obedecen a una lógica sistemática interna al código, pero deben ser coordinadas con el código civil, desde el momento en que los códigos de sector son textos normativos complementarios al Código Civil.

Esta evolución normativa ha impuesto un redimensionamiento del entero sector de las reglas de la responsabilidad civil y de la misma proyección de los principios que regulan la materia, haciendo desaparecer, *de iure*, muchos dogmas

que continuaban resistiéndose a una realidad insistente y frenética.

Como decía, en el *Draft Common Frame of Reference*, la relación entre reglas generales y reglas especiales se modela de manera relevante sobre los aspectos típicos del *code civil* y del código civil italiano, aunque en otros aspectos refleja las elecciones del B.G.B. En todo caso, quedando firme el principio de la culpa, el *Draft* prevé la responsabilidad sin culpa de los empleadores por los hechos ilícitos cometidos por sus dependientes, para el ejercicio de actividades peligrosas, para la propiedad de edificios, para las inmisiones, mientras no se ocupa de la custodia en sí y por sí. La única hipótesis que concierne (en nuestro ordenamiento) a leyes especiales (por otro lado, inserta ahora en el código del consumo) es la responsabilidad del productor, incluida aquí entre las otras reglas generales de responsabilidad.

3. Las manipulaciones del intérprete

En la introducción de su precioso y afortunado manual sobre *Tort Law*⁽³⁵⁾, ahora actualizado junto a Simon Deakin y Angus Johnston, sir Basil Markesinis ha advertido a sus lectores que los requisitos del *tort* (*fault, causation, damage*) no son de por sí suficientes para afirmar la responsabilidad de un sujeto frente a otro; auxilia, y es determinante, la *general policy* que el juez quiere perseguir. Son de ayuda, vale decir, otros criterios de valoración: el deber de actuar para proteger a nuestro prójimo (*duty of care*), la ausencia de precauciones (*carelessness*), la proximidad del daño (*remoteness*). Y lo que importa es que se comprenda (Markesinis se dirige particularmente a los estudiantes, y por lo tanto está bien que ellos comprendan, desde el inicio de su formación cultural) cómo "todos

(35) DEAKIN-JOHNSTON-MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's tort law*, Londres, 2009; p. 32 y siguientes.



Guido Alpa

estos conceptos no son otra cosa que expedientes verbales que ayudan a las cortes en la toma de sus decisiones, pero no explican realmente su tenor”; se trata, en otros términos, de instrumentos a los que se recurre en tanto puedan servir, “son instrumentos para alcanzar un propósito, no el propósito en sí mismo”.

Guido Calabresi, en un meditado trabajo de epistemología jurídica, que constituye una especie de gran e interesante pintura al fresco de las técnicas de razonamiento, del estilo legal y de las corrientes de pensamiento ofrecidas por la experiencia estadounidense; por su parte nos advierte que todos los canales, todas las perspectivas son útiles para comprender cómo funcionan las normas y cómo razona el intérprete: la formalista, la del “*Law and...*”^(NT6), la funcional que mira a la efectividad y a las vías procesales para tutelar los derechos⁽³⁶⁾.

En la actualidad, precisamente del *Common Law* inglés y norteamericano, nos llegan sugerencias y amonestaciones acerca de la oportunidad/necesidad de adoptar un método pragmático y flexible para comprender los fenómenos y traducirlos en hipótesis jurídicas, y luego adoptar las decisiones. Teniendo en consideración las aún notables diferencias que subsisten entre las concepciones y las reglas de *tort law* en Inglaterra, en los Estados Unidos y en Italia, no podemos realizar una transposición de los modelos de razonamiento ni tampoco seguir a pie juntillas las soluciones propuestas al otro lado del canal de la Mancha o del otro lado del Atlántico. Sin embargo, aquellas experiencias nos ayudan a entender mejor la nuestra y podemos verificar, sobre la guía de estas sugerencias y sobre la guía de los modelos interpretativos construidos en aquel lugar, si las soluciones operativas (por adoptar una

terminología cercana a Rodolfo Sacco⁽³⁷⁾) pueden resultar satisfactorias. Obviamente, debemos también enunciar el criterio de comparación, precisamente para medir el nivel de satisfacción, que se deduce de la eficiente asignación de recursos, del prudente equilibrio de los intereses, y de la combinación de sanción, prevención, satisfacción, es decir de las funciones basilares de la responsabilidad civil.

Dejo aparte las valoraciones éticas. Es evidente que toda decisión, aunque ligada al derecho, está impregnada de valores éticos, pero confinaría la instancia ética en la exigencia de reacción al daño injusto. Si se insiste acerca de la instancia ética, se termina fatalmente por revalorar sin razón el criterio de imputación de la culpa.

Es lo que Jules Coleman (en una crítica al pensamiento de Calabresi) ha propuesto en dos contribuciones que han planteado una suerte de revisión al entero sistema de la responsabilidad civil⁽³⁸⁾. Según Coleman, el sistema de la responsabilidad civil debe incluir valoraciones de carácter moral, sancionar al causante del daño en tanto que ha realizado un comportamiento no conforme con los principios éticos seguidos por la mayoría, y por lo tanto realizar las expectativas de la justicia correctiva (o retributiva). Por lo tanto, este no puede sostenerse sobre una estructura binaria, brindada por la repartición del área

(NT6) El autor hace referencia a las diferentes perspectivas que comenzaron a surgir en Estados Unidos desde las primeras décadas del siglo veinte como respuesta al tradicional modo de concebir el derecho como una disciplina autónoma e independiente. Así “[h]oy en día, mientras que el nuevo (1960’s) análisis económico del derecho (si bien un poco menos vanagloriado que en los primeros años) continúa sano y salvo, también lo hacen el Law and Philosophy, el Law and Psychoanalysis, el Law and History, el Law and Literature, y todo otro tipo de permutación y combinación de “Law and...” disciplina”, (CALABRESI, Guido, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and the Allocation of Body Parts*, en 55 *Stanford Law Review*, 2003; p. 2122).

(36) CALABRESI, Guido, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and the Allocation of Body Parts*, en 55 *Stanford Law Review*, 2003; pp. 2113 y siguientes.

(37) Autores Varios, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, en el *Trattato di diritto civile*, dirigido por SACCO, 2, Utet, 1999; pp. 5 y siguientes.

(38) COLEMAN, Jules, *Tort Liability and the Limits of Corrective Justice*, Cambridge, 1994; ID., *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, 2001.

¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil? *Where is civil liability heading?*

de la culpa y del área en el cual la culpa no es relevante, sino concentrarse en la culpa, confiando en sistemas alternativos, diferentes a la responsabilidad, la indemnización de las víctimas que, por particulares razones, se intentan resarcir sin la determinación de la responsabilidad del sujeto llamado a satisfacer el daño por estas padecido. Estas premisas llevan entonces a la consecuencia de que no sólo no se pueda recurrir al *market share liability* (es decir, a la repartición del daño entre todos los sujetos que han creado el riesgo en la creación del mercado de bienes y servicios potencialmente dañosos), sino tampoco al criterio del sujeto que con el menor costo habría podido evitar el daño (*cheapest best avoider*).

Este último, como es sabido, es el criterio establecido por Guido Calabresi, desde sus primeras contribuciones⁽³⁹⁾, en la base de la entera construcción de la responsabilidad civil, como instrumento para poder desarrollar un análisis económico del derecho sistemático. Se trata de un criterio hoy definido “comportamental”, un criterio flexible que debería incentivar a quien ha creado el riesgo, a evaluar el costo de las precauciones y a soportar, por lo tanto, las consecuencias de la falta de adopción de los instrumentos de prevención del daño cuyo costo sea soportable⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, no es el único criterio de imputación de la responsabilidad, ni un criterio que sirve para distribuir el daño o para satisfacer integralmente a las víctimas: sólo un sistema de asociación social podría realizar todos estos fines⁽⁴¹⁾.

4. Tras la pantalla de las argumentaciones formales

Es raro encontrar en las motivaciones de las sentencias emitidas por los jueces italianos, argumentos que sustenten la afirmación de la responsabilidad, que sean distintos de los meramente formales, es decir deducidos de la interpretación literal de las normas del código civil: a lo mucho ellas son enriquecidas por integraciones y variaciones deducidas de la doctrina, pero no sobrepasan los caminos antiguos. El hecho de que el texto del código, así como el de la *Relazione*^(NT7) ministerial al código civil, no hayan permitido la fundamentación de la obligación resarcitoria sobre criterios distintos al de la culpa, ha pesado sobre la cultura jurídica italiana por más de treinta años, pero sólo ahora, a una distancia de casi setenta años de la promulgación del código, podemos verificar que algunas hipótesis son consideradas (tendencialmente) expresión de la responsabilidad sin culpa.

En la reciente sentencia de la Corte Suprema se muestra conciencia de los problemas establecidos en doctrina, bajo el perfil del Análisis Económico del Derecho y de la crítica a las categorías dogmáticas tradicionales, pero se considera que el texto de la ley es de por sí suficiente a dar una respuesta a estos problemas.

El intérprete, por lo tanto, debe saber leer tras la pantalla de las motivaciones para determinar, caso por caso y entonces en modo pragmático, si en la hipótesis considerada, los jueces han querido escoger al sujeto que mejor que otro habría podido soportar el daño.

Este es un criterio más discrecional que el sugerido por Calabresi, y no necesariamente responde a criterios óptimos de reparación de los costos, pero en el estado actual ésta es la situación que se puede evidenciar, considerando los últimos aportes de la jurisprudencia. 

(39) Para una atenta reconstrucción de los paradigmas de Calabresi, véase. GREMBI, Veronica. *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, en www.cleis.unisi.it.

(40) Este criterio es objeto de una interesante discusión ofrecida por FAURE, Michael, *Calabresi and Behavioural Tort Law and Economics*. En 1 *Erasmus Law Rev.*, 2008, 4; pp. 75 y siguientes.

(41) CALABRESI, Guido. *Towards a Unified Theory of Torts*. En: *Journal of Tort Law*, 1, 2007; p. 8.

(NT7) La *Relazione al codice civile* (también denominada *relazione al Re imperatore*) es una suerte de exposición de motivos, elaborada gracias a los aportes de los comisionados que llevaron adelante la modificación del Código Civil Italiano de 1865. Como se sabe, fue dirigida al entonces rey de Italia y Albania, emperador de Etiopía, Vittorio Emanuele III.