
El sistema de tutelas en el Derecho Civil^(*)^(**)

Adolfo Di Majo^(***)

1. Premisa

No resulta sencillo para quien ronda los 80 años y ha tenido la oportunidad de ocuparse de la tutela civil de los derechos, ser convocado hoy, en los inicios del siglo XXI, para reflexionar nuevamente sobre este tema. La alternativa que el autor tiene frente a sí resulta bastante previsible: o reformular ideas ya dichas, naturalmente con los necesarios ajustes, debido a la inevitable evolución del denominado “Derecho vivo”, o bien, para usar una imagen ya célebre de los investigadores norteamericanos Guido Calabresi y Douglas Melamed, colocarse “desde lo alto de la catedral” (*a view from a Cathedral*)⁽¹⁾ para evaluar, con mirada casi de principiante, el estado del arte sobre el ámbito de la tutela. Naturalmente es esta segunda aproximación la más estimulante, pero también resulta la más incierta, al menos en cuanto a términos reconstructivos se refiere, porque puede desembocar más en resultados apreciables en el terreno de las impresiones que sobre el de la reconstrucción del Derecho positivo.

2. Transversalidad de la tutela

“Desde lo alto de la catedral” resulta necesario, en primer lugar, preguntarse dónde se ubica exactamente el tema de la tutela y cuál resulta su *leit motiv* y/o, mejor dicho, el núcleo duro que sea capaz de justificar, desde el punto de vista de la sistemática jurídica, el uso del enunciado tutela civil de los derechos. Desde el propio enunciado podría discutirse el complemento especificativo de los derechos, dado que la tutela, como demuestra hoy la reciente afirmación de la resarcibilidad de los intereses legítimos, tiende cada vez más a exceder el campo designado por la titularidad de los derechos, para enviarnos al desierto de los intereses.

La labor de brindar una *actio finium regundorum* respecto a la tutela de los derechos (y/o de los intereses) ha sido indudablemente la más ardua labor, porque si existe un tema o un argumento que caracteriza la transversalidad es aquel de la tutela, donde se colocan enunciados tales como la protección de los derechos⁽¹⁾⁽ⁱⁱ⁾, el principio de

(*) El presente ensayo constituye la reelaboración de la ponencia presentada en el contexto del “*Convegno di studio in onore del professore Angelo Falzea*” realizado en la Universidad de Messina, del 4 al 7 de junio de 2002.

(**) Publicado originalmente bajo el título de *Il sistema delle tutele nel diritto civile*. En: *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Milán: Giuffrè, 2004. pp. 171-195. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Renzo Saavedra Velazco, Bachiller de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, asistente de docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima. Asociado fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado. En algunos casos, se ha mantenido en italiano y en cursiva los términos traducidos. En casos en los que una mayor explicación resultó necesaria, se ha incluido notas de traducción señaladas con números romanos, a efectos de facilitar y enriquecer la lectura del texto. En las notas a pie de página se ha mantenido el formato de citación de la versión original del artículo. Agradecemos al doctor Leysser L. León, profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctorado en Derecho Civil por la Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento, por haber gestionado la autorización de la presente traducción.

(***). Profesor Ordinario de la Universidad de Roma III.

(i) Se refiere al ya famoso trabajo de CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la Catedral*. Traducción de Ximena Zavala y Eduardo Sotelo. En: *Themis*. Segunda época. Número 21. Lima: 1992. pp. 63 y siguientes.

(1) Véase: *Relazione al codice civile*.

(ii) La *Relazione al codice civile* equivale, en cierta medida, a una exposición de motivos.

efectividad de las normas atributivas de derechos, la exigencia de que el proceso “debe brindar por cuanto resulta posible, en los hechos, que quien tiene un derecho reciba todo aquello y solo aquello a que tiene derecho de obtener” (Chiovenda).

De allí, siguiendo el enfoque de los juristas del *Common Law*, se tiende a invertir el orden de los factores, haciendo proceder los (denominados) remedios (*remedies*) a los derechos (y/o a los *Entitlement*), se puede decir que el íntegro del Derecho Civil se torna un Derecho remedial (Lawson), es decir un Derecho que se compone nada más que de remedios y donde la titularidad de un derecho subjetivo no es otra cosa que la consecuencia de lo primero. Este punto ha sido resaltado con anterioridad por la jurisprudencia de la década de los 80 en materia de providencias de urgencia (artículo 700 del *Codice di procedura civile*)⁽ⁱⁱⁱ⁾.

Las sugerencias son tantas, quizá demasiadas, al organizar un discurso sobre las tutelas, donde una de ellas es la que se coloca desde lo alto “de la catedral”.

En primer lugar, la sugerencia de la transversalidad no resulta fácil de acallar, por estar en la búsqueda de nichos más seguros. Por tanto, la tutela se presenta como criterio de lectura y de reorganización del material normativo con el cual suele trabajar el jurista (por ejemplo, derechos reales, obligaciones, responsabilidad civil, etcétera) sirve para desenterrar reglas, no siempre expresas, que procuran la protección y, por tanto, observan al estado de contravención. Sobre este aspecto, una perspectiva estimulante es la distinción del jurista norteamericano Guido Calabresi⁽²⁾, cuya expresión que las reglas (de tutela) prefiguran cuál debe ser el beneficio distributivo (de los bienes o intereses) entre los sujetos y ello en el sentido que, en una óptima asignación de los recursos, puede elegirse de manera indistinta entre una u otra categoría de reglas. En tal sentido se desdramatiza (y también se reduce) el denominado conflicto intersubjetivo

porque el momento de la tutela resulta, por así decirlo, anticipado y normalizado a través de aquello que es definido como la asignación distributiva (óptima) de los recursos en una situación dada.

Pero el jurista del *Civil Law*, y por tanto el jurista que opera en un sistema de derecho codificado, no se contenta ciertamente con observar la tutela, como criterio de lectura transversal de normas y/o de institutos, aquel se coloca el más ambicioso objetivo de individualizar técnicas jurídicas y/o mejores reglas organizativas según las cuales también la tutela, como otros institutos, tiende a tomar forma (y consistencia), saliendo por tanto de lo impreciso y de lo genérico, para asumir contenidos y enfoques precisos. En cuanto a ello, observando las propuestas y sugerencias que provienen del análisis económico del derecho, puede sostenerse satisfecho aquel requisito al verificarse si la adopción del uso de uno u otro modelo de tutela representa la mejor asignación de los recursos.

3. Los itinerarios posibles

Las formas de protección jurídicamente expuestas han tendido a organizarse según las grandes directrices de la triade conformada por las tutelas (de tipo) “satisfactiva- reparatoria-resarcitoria”, las mismas que han aparecido como un punto de partida ineludible de cualquier discurso sobre la materia. Para explicarnos con el lenguaje propio de los filósofos, se tratarían casi de datos fenomenológicos, que el Derecho no crea, sino que encuentra en la realidad social^(iv). Pero ello no es más que un postulado normativo.

La disquisición no es solamente de orden teórico sino que también reviste importantes repercusiones prácticas.

Ello comporta que, especialmente a la luz de los datos constitucionales (sean de orden sustancial, artículos 2, 3 y 4; o de orden procesal, artículo 24)^(v), todas las formas de tutela así enunciadas gozan de igual legitimidad y, por tanto,

(iii) Artículo 700 del *Codice di procedura civile*. Condiciones para su concesión. Fuera de los casos regulados en la sección precedente de este capítulo, aquel que tuviere fundados motivos para temer que durante el tiempo requerido para hacer valer su derecho en la vía ordinaria, el mismo se encuentre amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, aparezcan más idóneas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión de fondo.

(2) *Liability rules* y *Property rules*.

(iv) El principio mencionado se encuentra contenido con el “brocardo” latino *ex facto oritur ius*.

(v) Artículo 2 de la *Costituzione*.

no parece una función del legislador ordinario generar un diverso orden de preferencia respecto de una u otra. De tal aproximación a la legislación ordinaria provienen, como se ha demostrado, señales divergentes (véase sobre el punto Proto-Pisani). Si el legislador del proceso administrativo (Ley 205/2000) ha colocado sobre el mismo plano a la reintegración en forma específica (donde resulte posible) y el resarcimiento del daño, mientras que en la reciente Ley 443/2001 (sobre infraestructuras y establecimientos productivos) ha hecho lo contrario privilegiando la tutela resarcitoria. También la Corte Constitucional⁽³⁾ ha afirmado que la reintegración en el puesto de trabajo no tiene cobertura constitucional. Sobre el terreno del Derecho de las obligaciones y de los contratos, especialmente luego de las solicitudes del Derecho comunitario, las formas de tutela específica y/o mejor satisfactiva han tenido el debido reconocimiento donde se piensa que, incluso en la compraventa, se ha tendido a superar el límite histórico de la garantía contra el incumplimiento, reconociendo formas de tutela específica contra el vendedor (artículo 1519-*quater-bis* del *Codice civile*).

En cambio, un espacio aún por definir es aquel ocupado por la (forma de) tutela inhibitoria, que opera, por definición, para prevenir daños y perjuicios a los derechos. Como se puede observar, la inhibitoria es la “hija atormentada” de la tutela. Lo cual encuentra justificación en el hecho que ella es, por definición, limitativa de la libertad ajena, y ello en previsión del mero peligro de reiteración en la violación de deberes genéricos del *neminem laedere* y/o de deberes de no hacer, frente a derechos. Donde se admite que dicha función aun en presencia de la mera amenaza de violación, en situaciones en las cuales esta aún no se ha verificado, por lo que el ámbito de su aplicación se extendería considerablemente. No es que la tutela inhibitoria, en el tradicional modelo “codicístico”, se encuentre confinada solo a los derechos de propiedad (*et similia*) y a los derechos de la persona. Hoy, también esta tradicional limitación ha sido comprometida por numerosas normas^{(4)(vi)}.

Si, desde el punto de vista procesal, el fundamento de la tutela inhibitoria reposa en la misma atipicidad del derecho de acción, desde el punto de vista (del derecho) sustancial ella encuentra su fundamento en una necesidad

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como particular sea en las organizaciones sociales donde desarrolle su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social.

Artículo 3 de la *Costituzione*. Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales frente a la ley sin distinción por razón de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales. Es labor de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limiten en los hechos la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidiendo el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País.

Artículo 4 de la *Costituzione*. La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho.

Todos los ciudadanos tienen el deber de desarrollar, según las propias posibilidades y su propia elección, una actividad o una función que coadyuve al progreso material o espiritual de la sociedad.

Artículo 24 de la *Costituzione*. Todos pueden actuar en juicio por la tutela de los propios derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento. Se le asegura a las personas sin recursos los adecuados institutos, los medios para actuar y defenderse frente a toda jurisdicción. La ley determina las condiciones y los modos para la reparación de los errores judiciales.

(3) Véase: *Foro Italiano*. 2000. Número I. pp. 699 y 719.

(4) Véase: por todos, el artículo 1469-*sexies* referido a la tutela de los consumidores contra las cláusulas vejatorias

(vi) Artículo 1469 -*sexies* del *Codice civile*. Acción inhibitoria.

Las asociaciones representativas de consumidores y de los profesionales y las cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura, pueden convocar a juicio al profesional o a la asociación de profesionales que utilizan las condiciones generales de contratación y solicitar al juez competente que se impida el uso de las condiciones cuyo carácter abusivo este determinado en el sentido del presente capítulo.

La inhibitoria puede ser concedida, cuando concurren justificados motivos de urgencia, en el sentido de lo dispuesto por el artículo 669-bis y siguientes del *Codice di procedura civile*.

El juez puede ordenar que la providencia sea publicada en uno o más diarios, de los cual al menos uno debe tener difusión nacional.

diferenciada de tutela, como aquella de la prevención (oponiéndose a futuras violaciones), (necesidad) que tiene título para ser reconocida en la misma proporción de la reparación del daño ya provocado y/o del ripristinamiento de las condiciones de ejercicio del derecho (lesionado).

Resta la propuesta de reconducir el reconocimiento (de la legitimidad) de la prevención al interior de las formas de tutela ya reconocidas (especialmente la ripristinatoria). Pero resulta muy probable que la tutela inhibitoria tienda a destacarse de aquellas formas de tutela y asuma connotaciones propias, que van también al lado de la necesidad de prevención contra violaciones futuras, para alcanzar objetivos de certeza jurídica en situaciones en las cuales caracterizadas por la incertidumbre de las respectivas posiciones y por ello producen probables comportamientos y/o actos que, luego, analizaremos, una vez alcanzados, perseguidos o reprimidos. Del resto, el modelo de la acción inhibitoria, como resultante de la disciplina consumista (artículo 1469-*sexies*), es tal que representa ya una forma de anticipación de la tutela regular contra la utilización de cláusulas vejatorias, y lo cual sucede en presencia de las condiciones que ya preanuncian una forma de violación *in fieri*^{(vii)(5)}.

4. Derecho comunitario y europeo (las señales)

“Desde lo alto de la catedral” es necesario también observar las solicitudes provenientes del Derecho comunitario y europeo. Ignorar ello significaría desconocer hoy el futuro de nuestro derecho y contentarse con su estado actual.

El Derecho comunitario, también en el terreno de la tutela, transmite mensajes más que significativos. De aquello debe tomar nota el jurista.

Resulta para todos evidente, como, en el terreno de la responsabilidad por inactuación de derechos

de fuente comunitaria, luego del caso Francovich⁽⁶⁾ también el derecho doméstico de la responsabilidad civil está destinado a sufrir algunos sobresaltos.

La vía resarcitoria, como se puede observar, por regla general resulta residual (al menos en el Derecho comunitario), como debería ser pero no en lugares donde se debiese privilegiar otros remedios, como aquel de la interpretación conforme (de la norma nacional) o del efecto indirecto (de la norma comunitaria), termina por generar un efecto casi perverso, porque representa el remedio de carácter general frente a los límites y a las dificultades operativas que pueden encontrar los otros remedios.

¿Dónde reside la especialidad del remedio comunitario de la responsabilidad civil? Ella reside principalmente en la superación de la estrechez constituida por la norma directamente atributiva de un derecho ya que la directiva inaplicada se opone, en primer lugar, al Estado (obligado a observarla y aplicarla) y la protección del particular se asume solo indirectamente.

Al respecto se ha llamado la atención sobre la técnica, ya célebre para el Derecho germano, de la norma de protección (como por ejemplo la norma penal o también las disposiciones de carácter administrativo o fiscal), cuya violación dará lugar al resarcimiento del daño^{(7)(viii)}.

Novedades significativas del Derecho comunitario de la responsabilidad civil son aquellas referidas a la culpa (en especial a la violación grave y manifiesta) como aquella (de la resarcibilidad) del daño meramente patrimonial.

¿Cuáles son las relaciones entre este Derecho y el nacional? Como resulta obvio, las repercusiones en términos de consecuencias del ilícito comunitario son gobernadas por el Derecho nacional. Y, sobre tal terreno, el régimen nacional de las consecuencias encuentra su propia senda por las exigencias puestas por el Derecho

(vii) En sentido filosófico implica la capacidad o posibilidad de la existencia frente a la realidad efectual, esto es potencialidad o devenir.

(5) Véase “recomendaciones” del uso de “condiciones generales” representadas por cláusulas vejatorias.

(6) Foro Italiano. 1992. Número IV. pp. 145 y siguientes.

(7) § 823, Segundo párrafo, del BGB.

(viii) § 823 del BGB. Deber de resarcir los daños:

1. Aquel que viole de manera ilícita, dolosa o culposamente, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho ajeno, esta obligado a resarcir el daño provocado.

2. El mismo deber rige para aquel que viole la ley dirigida a la protección de otro. En tal caso aunque según el contenido de la ley la infracción de la misma sea posible en ausencia de culpa el deber de resarcir solo se perfeccionará en caso de culpa.

El diálogo con los procesalistas ha sido, por años, más que fecundo y fructífero en el terreno de la tutela de los derechos. La gran parte de ellos, bajo la estela de la enseñanza de Chiovenda, ha tendido a ratificar que, el proceso, en su instrumentalidad, debe garantizar el máximo grado de efectividad del derecho reconocido al sujeto.

comunitario y según la cual el resarcimiento debe ser adecuado. Ello, por ejemplo, no sería una liquidación del daño según modalidades tarifarias o de un crédito resarcitorio privado de reevaluaciones y a intereses⁽⁸⁾.

Hemos visto que la regla resarcitoria de fuente comunitaria está destinada a asegurar un estándar mínimo de protección, no solo en ausencia de la posibilidad de aplicar directamente la norma comunitaria contra el Estado, sino también cuando tal posibilidad subsista pero su riesgo de ser declarada en abstracto no resulte aplicable de manera sencilla en el caso concreto. Se ha definido este enfoque no siempre de modo comprensible, sino más bien de una manera borrosa, ello por una apriorística desconfianza contra los remedios suministrados por los Estados.

Las normas del Estado miembro esperan reparar las consecuencias de la violación. No obstante, los remedios previstos en estos producen solamente de manera excesivamente difícil o casi de manera imposible el resarcimiento de los daños, ni pueden ser menos favorables a los análogos remedios previstos por el Derecho interno. En tal caso la regla resarcitoria de fuente comunitaria termina también por condicionar el régimen interno de la responsabilidad.

Los límites, se ha dicho, entre la regla que define la hipótesis y aquella que establece las consecuencias, una de competencia del ordenamiento comunitario, y la otra del Estado miembro, no son fáciles de establecer. Tratándose de límites flexibles, como es flexible el límite entre la hipótesis y sus efectos. El mismo juez nacional⁽⁹⁾ se ha sentido inducido a confesar que la regla sobre la hipótesis no puede ser indiferente ni tampoco lo puede ser la disciplina de las consecuencias.

Pero es también sobre otro ámbito en donde el Derecho comunitario ha transmitido señales más significativas. Es sobre la relación entre invalidez y resarcimiento. En un caso ejemplar⁽¹⁰⁾ se discutía si era compatible con el Derecho comunitario una ley inglesa que excluía a un sujeto que había formado parte de un acuerdo concurrencial ilícito poder solicitar, además de la anulación del acuerdo, también el resarcimiento. Si bien, según la Corte, el efecto útil de la prohibición ex artículo 85 del Tratado^(ix) viene propiamente reforzada por la posibilidad de demandar el resarcimiento, así

(8) Véase: *Cass. Lav.* Número 1366. En: *Foro Italiano*. 1998. Número I. p. 1478; véase artículo 2 del Decreto Legislativo 80/1982; y, véase Corte Giust. C.E. 10.7.97-C/94-95. En: *Foro Italiano*. 1998. Número IV. pp. 214 y siguientes.

(9) Véase Casación, del 10 de febrero de 1998.

(10) Véase *Corte di Giustizia*, del 20 de septiembre de 2001, Causa 453/99 Courage/Creman.

(ix) El autor se refiere al texto del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Unión Europea, el cual señala que:

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

(i) cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; (ii) cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; y, (iii) cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan

desalentando de manera anticipada también las prácticas y los intentos dirigidos a falsear la competencia. Ello siempre y cuando el sujeto no hubiere tenido una responsabilidad significativa en la violación del artículo 85 del Tratado, esto es, en el acuerdo lesivo de la competencia.

El enfoque ha sido criticado por algunos autores (Pardorlesi-Palmieri) quienes se lamentan de la paradoja de una responsabilidad contractual por el cumplimiento total de sus prescripciones. ¿Cómo podemos, en presencia de un proyecto compartido, es decir, de un intento realizado, preguntarnos por la existencia de daños?

Pero es cierto, prescindiendo de las contradicciones sistemáticas, que aquí se está en presencia de la superación de un límite tradicional que siempre había separado las reglas de validez de los contratos de aquellas reglas de responsabilidad, sin embargo no se advierte que pueden coexistir formas de violación de las unas y de las otras, y que, donde ello fuese posible, el efecto resarcitorio integra y refuerza al efecto invalidante. En cuanto al proyecto compartido es necesario verificar en qué medida este pueda ser verdaderamente definido como compartido (véase situaciones de abuso).

5. Buena fe e invalidación en el Derecho comunitario y europeo

Pero resulta también larga la lista de otras zonas en las que el Derecho comunitario, y especialmente aquel Derecho europeo de los contratos, contiene indicaciones más que significativas que puedan ser leídas en términos de tutela.

Se alude a manera de ejemplo a dos sectores de estudio, así ampliamente definidos, y que *grosso modo* son aquellos que se ocupan del principio de buena fe y lealtad y de aquel de la invalidación de los contratos y/o de cláusulas contractuales.

La tutela, hoy posibilitada por el principio de buena fe y por las medidas de invalidación, se

presenta en formas del todo renovadas respecto a los clásicos enfoques que tienen como punto de referencia principal al Código Civil.

No resulta esta la sede idónea para un examen puntual y articulado del nuevo modo de operar de uno y otro principio. Podría ser suficiente aludir a grandes rasgos al sentido y a la dirección del cambio.

Comencemos por el principio de buena fe. Resulta obvio como, ya desde la década de los 80 (pero en Alemania es a partir de la post-guerra) aquel principio ha venido encargándose de funciones múltiples, que han representado la superación y el rechazo del rol subordinado y sectorial que el principio revestía en la tradición codicística del ochocientos (y en especial del *Code civil*). Pero, también en nuestro Derecho, en la década de los 60, aún persistía una profunda desconfianza, en especial por parte de los jueces, para operar con principios de contornos inciertos y que reclamaba de un enfoque jurisprudencial no fácilmente controlable. Ahora, el principio, en especial luego de los requerimientos provenientes de la doctrina y de la notable apertura demostrada por la jurisprudencia⁽¹¹⁾, ha venido asentándose un enfoque dirigido a la integración del contrato y/o de la relación y del límite impuesto a los comportamientos que, aunque legítimos, se revelan, en circunstancias dadas, no conformes a la lealtad.

Poco importa que luego de este largo desarrollo el principio de buena fe haya podido sufrir reducciones y/o ampliaciones. Si bien esta premisa, es necesario tomar nota que, en especial luego de la emisión de los Principios de Derecho contractual europeo (denominados Principios de la Comisión Lando), así como también de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, el principio de buena fe y lealtad ha ido eludiendo su tradicional ubicación en el ámbito externo del contrato, en cuanto fuente de responsabilidad para el contratante desleal, para penetrar en el núcleo interno de este, contribuyendo a delimitar y definir

a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

(11) Véase la ejemplar jurisprudencia sobre legitimidad, Casación 8822/1992.

sus contenidos, y con ello las prescripciones atinentes al estándar de comportamiento leal.

De otra manera no pueden entenderse enunciados según los cuales “las partes son libres de estipular contratos y de determinar su contenido, ‘respetando tanto la buena fe y lealtad’ como las normas imperativas contenidas en los Principios”⁽¹²⁾, además que “las partes deben actuar respetando la buena fe y lealtad. ‘Las partes no pueden excluir o limitar este deber’”⁽¹³⁾.

Del resto se puede decir que el principio de buena fe no solo sirve para impedir el uso de cláusulas que rebajen el umbral de tutela contra el incumplimiento^{(14)(x)} -y con ello innovando respecto al enfoque codicístico de las cláusulas de exoneración, cuyo único límite es el dolo o la culpa

grave, artículo 1229^(xi)- pero ello también brinda al juez, donde el contrato sea anulable por ganancia injusta o ventaja inocua, la posibilidad de evitar la anulación a través de la modificación del contrato y así colocarlo en armonía con cuanto habría podido ser conveniente para el respeto a la buena fe y lealtad⁽¹⁵⁾.

Luego una referencia obligada a la legislación de consumo se torna también parte integrante del código^{(16)(xii)}, en tanto puede atestiguar que la violación de la buena fe y lealtad, la cual es portadora de desequilibrios (significativos), especialmente normativos, determina la ineficacia de las cláusulas que presenten tales desequilibrios^{(17)(xiii)}. Los autores (Roppo) justamente han vislumbrado en tales direcciones la superación de

(12) Artículo 1102 de los Principios de Derecho contractual europeo.

(13) Artículo 1201.

(14) Véase artículo 8109.

(x) Artículo 8109 de los *Principios de Derecho contractual europeo*. Cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad. Los remedios frente a la no ejecución de la prestación pueden ser excluidos o restringidos, ello a menos que su uso resulte contrario a la buena fe.

(xi) Artículo 1229 del *Codice civile*. Cláusulas de exoneración de responsabilidad. Es nulo cualquier pacto que excluya o limite previamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave.

Resulta igualmente nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad por los casos en los cuales el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya infracción de deberes derivados de normas de orden público.

(15) Artículo 4109.

(16) Véase artículo 1469-*bis* *Codice civile*.

(xii) Artículo 1469-*bis* del *Codice civile*. Cláusulas vejatorias en contratos entre profesionales y consumidores. En los contratos concluidos entre consumidores y profesionales se consideran vejatorias las cláusulas que, en infracción de la buena fe, determinen, a cargo del consumidor, un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

En relación al contrato al cual alude el primer párrafo, el consumidor es la persona física que actúa por finalidades extrañas a la actividad empresarial o desarrollada eventualmente de manera profesional. El profesional es la persona física o jurídica, pública o privada, que, en el contexto de su actividad empresarial, utiliza el contrato al cual se refiere el párrafo precedente. Se presumen vejatorias hasta que se pruebe lo contrario las cláusulas que tienen por objeto o por efecto:

a) excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, como resultado de un hecho o de una omisión del profesional;

b) excluir o limitar las acciones o derechos del consumidor frente al profesional o de una tercera parte en caso de incumplimiento total o parcial o de cumplimiento inexacto por parte del profesional; (...).

(17) Artículo 1469-*quinqüies*.

(xiii) Artículo 1469-*quinqüies* del *Codice civile*. Ineficacia. Las cláusulas consideradas vejatorias en el sentido de los artículos 1469-*bis* e 1469-*ter* son ineficaces mientras el resto del contrato mantiene su eficacia. Son ineficaces las cláusulas que, aunque sean objeto de tratativas, tengan por objeto y por efecto:

a) excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, que resulte de un hecho o de una omisión del profesional;

b) excluir o limitar las acciones del consumidor frente al profesional o de un tercero en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento inexacto por parte del profesional;

c) prever la adhesión del consumidor a la totalidad de las cláusulas que no ha tenido, en los hechos, la posibilidad de conocer antes de la celebración del contrato.

La ineficacia opera solamente en beneficio del consumidor y puede ser aducida de oficio por el juez. El vendedor tiene derecho de regreso frente a su proveedor por los daños que hubiere sufrido como consecuencia de la declaración de ineficacia de las cláusulas consideradas abusivas. Es ineficaz toda cláusula contractual que, estableciendo la aplicación al contrato de una legislación de un país extracomunitario, tenga como efecto privar al consumidor de la protección asegurada por el presente capítulo, en tanto el contrato presente una vinculación más estrecha con el territorio de un Estado miembro de la Unión europea.

la tradicional distinción entre reglas de validez y reglas de responsabilidad (D'Amico). Del resto, también la jurisprudencia se ha encaminado *in extenso* por esta vía⁽¹⁸⁾.

Por brindar algunos ejemplos, significativo es aquel enfoque jurisprudencial que considera anulables los acuerdos de junta de las sociedades comerciales que se adopten en contravención a los principios de buena fe y lealtad (por ejemplo un aumento de capital que dañe a la minoría de los socios, Casación 11151 del 26 de octubre de 1999) además de las cláusulas en los contratos de leasing⁽¹⁹⁾.

La difusión podría completarse, aludiendo también a formas de la denominada tutela específica y/o real de los cuales se pueden tomar en base al principio de buena fe, como cuando recientemente ha afirmado la Corte de Casación⁽²⁰⁾ que la consecuencia del comportamiento contrario a la buena fe (por parte de una sociedad cooperativa que había omitido evaluar la salida de un socio) puede hacer surgir la ficción de la realización de la condición (artículo 1359)^(xiv), así como para otorgar al interesado la utilidad deseada.

¿Qué consideraciones, en el terreno de la tutela, son permitidas en base a los enfoques descritos? Parece evidente que aquí el modelo de tutela, viabilizados por la buena fe, no es más y/o solo aquel tradicional, que confía a la buena fe la labor de integrar los términos pactados (*legge pattizia*) y/o de corregir las desviaciones en el terreno de la ética conductual y ello en términos de responsabilidad como fuente de daño, pero de monitorear, por así decirlo, el contrato asegurándose su finalidad (incluso al corregir su recorrido), conduciéndolo así hacia el término que se desea no solo conforme a los principios de mercado sino compatibles con los principios equitativos y de justicia distributiva entre las partes (véase, por ejemplo, en tema de redefinición del contrato luego del acaecimiento de circunstancias

sobrevenidas, el artículo 6111 de los Principios de Derecho contractual europeo).

Si esta obra de monitoreo, hoy en el contexto del Derecho europeo, no ha determinado puntos de referencia (precisos y externos), como aquellos producidos por un ordenamiento estatal o supranacional, parece posible que la referencia se orientará hacia el respeto de *standards* propios de la *lex mercatoria* a través de los usos y prácticas comerciales pero siempre mediados por los cánones de buena fe lealtad, viendo la relación entre las partes. Ello entre otras tantas cosas.

Lo cual debería afirmarse, en el futuro inmediato, en los principios del Derecho Constitucional europeo, con lo cual el cuadro se vería necesariamente modificado.

Resta, sin embargo, sobre el terreno de la tutela, un modelo que resulta, a manera de tendencia, auto-referencial y ello en el sentido que se tiende a excluir medidas de caracteres extintivos (como la propia anulación del contrato), dejando a salvo las cláusulas pactadas (*legge pattizia*) a través de una redefinición de las mismas en términos de lealtad y buena fe. La tutela, viabilizada por la buena fe lealtad, gana por tanto en flexibilidad, se torna en regla de gobierno de la relación donde falle la regla de mediación entre las partes.

También en el terreno de la invalidación de los negocios y de los contratos las novedades son enormes. Ya otros (Scalisi) han sagazmente indagado sobre las nuevas formas de invalidez introducidas por el Derecho comunitario europeo.

Asimismo no tiene sentido enumerarlas, en tanto estas se encuentran, en su mayoría, confiadas a leyes que ejecutan las directivas comunitarias (por ejemplo, el Decreto Legislativo 50/1992, en materia de contratos negociados fuera de locales comerciales; el Decreto Legislativo 185/1999, en materia de contratos a distancia; la Ley 192/1998, sobre subsuministro) o la *novellazione*^(xv)

(18) Véase en materia de garantía *ómnibus*, Casación 3362/1989.

(19) Casación 10926, del 2 de noviembre de 1998, en: *Foro Italiano*. 1998. p. 3082.

(20) Casación 5126, del 6 de abril de 2001, en: *Foro Italiano*. 2001. p. 180.

(xiv) Artículo 1359 del *Codice civile*. Verificación de la condición. La condición se considera verificada cuando su ausencia se deba a una causa imputable a la parte que tiene un interés contrario al cumplimiento de ella.

(xv) La actualización del *Codice civile italiano* a las exigencias de la comunidad europea se lleva a cabo por medio del sistema de novelas, por lo que a esta operación se la conoce como *novellazione*. Al no tener esta palabra un equivalente en castellano preferimos mantener el término original en el texto.

del mismo Código Civil (artículo 1469-*bis* y siguientes).

El *leit-motiv* de las nuevas formas de invalidación de los contratos ostentan, de manera inequívoca, un signo propio de la tutela del consumidor o de aquella parte que, en cuanto al manejo de información, se define como más débil (asimetría informativa).

Resulta corolario de esta perspectiva que la invalidación (tenga la forma de nulidad o de anulabilidad) ostente un evidente signo de dicha finalidad protectora. Aquello que, por tanto, ha caído es el binomio (“codicístico”) nulidad-interés general y los efectos normativos conexos (como la nulidad *ex officio* y la excepcionalidad del carácter solo parcial de la nulidad, artículo 1419)^(xvi). Se ha así sostenido que la nulidad, como medida sancionadora *latu sensu* (especie donde ella es la respuesta a la contravención a normas imperativas), se torna en un remedio de protección del interés de uno de los contratantes, ejecutable por tanto solo por él.

Resulta, por tanto, un remedio y no una sanción. El remedio por definición no es una medida solo negativa, ello es llenado de contenido (positivo) al conformarse, a través de la predisposición de un contenido mínimo necesario,^{(21)(xvii)} lo cual sirve para adecuar el interés programado en el contrato. En conclusión, “el Derecho europeo de los

contratos nos propone un modelo de invalidez del todo antitético, respecto a la nulidad, a aquel modelo codicístico” (Scalisi).

También en tales casos sirve para preguntarse qué consecuencias trae, en términos de lenguaje, la tutela. Es un modelo de tutela estrictamente comparable al interés de la parte que se intenta proteger. De aquí se impone un componente de autoreferencialidad -en el sentido de remedio que rechaza puntos de referencia externos respecto al interés del sujeto protegido- y que hace que esta se acerque sensiblemente al remedio de la anulabilidad, superando la distinción secular pero ofreciendo, a diferencia de este último, un contenido positivo.

Además, también a partir de la disciplina de consumo, se presentan formas nuevas de nulidad causadas por el Derecho comunitario (por ejemplo, los intentos lesivos de la competencia, nulidades de pleno derecho, artículo 81 del Tratado de Maastricht), los cuales se presentan, si se quiere, bajo el rótulo de interés general del ordenamiento comunitario, que se concentra en la tutela de la libertad de competencia, pero siempre mediante la valoración de las obras de los mismos órganos llamados a tutelar ésta última (las autoridades independientes) respecto del ámbito y extensión de la prohibición (de intentos lesivos) y de las exenciones relativas⁽²²⁾.

(xvi) Artículo 1419 del *Codice civile*. Nulidad parcial. La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de cláusulas particulares importa la nulidad del contrato íntegro, si resulta que los contratantes no lo hubieren concluido sin aquella parte de su contenido que se encuentra sancionada con nulidad.

La nulidad de cláusulas particulares no importa la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas sean sustituidas de pleno derecho por normas imperativas.

(21) Véase, para los contratos bancarios, artículo 124 del Decreto Legislativo 385/1993 y artículos 23, 24 y 30 del Decreto Legislativo 58/1998.

(xvii) Artículo 23 del Decreto Legislativo 58/1998. Contratos.

a) Los contratos relativos a la prestación de servicios de inversión y accesorios son redactados por escrito y un ejemplar es entregado a los clientes. La CONSOB, a solicitud de la Banca de Italia, puede establecer mediante reglamentos que, por motivadas razones técnicas o en relación a la naturaleza profesional de los contratantes, particulares tipos de contratos puedan o deban ser estipuladas de manera distinta. En los casos de inobservancia de la forma prescrita el contrato será nulo.

b) Es nulo cualquier estipulación que reenvíe a los usos la determinación de la contraprestación debida por el cliente y de cualquier otro cargo. En tales casos no se deberá nada.

c) En los casos previstos por los numerales 1 y 2 la nulidad puede ser hecha valer solo por el cliente.

d) Las disposiciones del título VI, capítulo I, del T.U. bancario no se aplicarán a los servicios de inversión ni al servicio accesorio previsto por el artículo 1, párrafo 6, literal f.

e) En el ámbito de la prestación de servicios de inversión, a los instrumentos financieros derivados además de aquellos análogos individualizados en el sentido del artículo 18, párrafo 5, literal a, no se aplica el artículo 1933 del *Codice civile*.

f) En los juicios de resarcimiento de los daños ocasionados al cliente en el desenvolvimiento de los servicios de inversión y de aquellos accesorios, recae en los sujetos la carga probatoria de haber obrado con la diligencia adecuada.

(22) Artículo 81, numeral 3 del Tratado de Maastricht.

Incluso cuando luego resulte difícil el régimen del denominado interés general (si no es a través de las oportunas y difíciles mediaciones por parte de la Autoridad competente) la respuesta no será en términos de nulidad (y por tanto de invalidación) sino en términos de prohibir la conclusión del acto, a cuya inobservancia corresponden sanciones^{(23)(xviii)}.

6. Tutela específica y por equivalente

Más en general, en el terreno de los enfoques de política del Derecho, perdura la confrontación entre las formas de tutela específica y aquella por equivalente (en las habituales formas resarcitorias).

El adjetivo específico no es el mejor de los adjetivos posibles, porque resulta genérico y porque vive solo de la contraposición con el sustantivo equivalente. Pero es el mismo legislador del Código el que lo emplea, sea para contraponerlo a la ejecución de por expropiación. La propuesta debe ser entendida en sentido amplio, prestando atención a todas aquellas hipótesis en las cuales la técnica reparatoria procure restaurar y recomponer los mismos intereses lesionados por el ilícito y no el ofrecer a ellos una compensación, solo en términos pecuniarios.

En un tiempo ya no tan próxima a la denominada izquierda jurídica, casi la podemos definir, la cual se presenta como propulsora de enfoques tendientes a relanzar (y mejorar) la posición subordinada y familiar que ha tenido siempre, en los modelos codicísticos (sea en aquellos sustanciales como en aquellos procesales) la tutela específica respecto de aquella por equivalente⁽²⁴⁾. Parece que asegura la realización en vía específica de determinados ordenes de interés (por ejemplo, aquellos de la persona) correspondiéndose a un valor o exigencia no comprometible por el ordenamiento. En cambio un signo de compromiso -y por tanto de tutela débil- es la mera resarcibilidad y/o indemnizabilidad de los intereses afectados. También de manera reciente Proto Pisan exalta la primacía de la tutela específica respecto de la tutela por equivalente, temiendo incluso que, a través de la negación de la tutela específica, se arribe sustancialmente a formas de expropiación de derechos, de por sí inconstitucionales cuando se refiera por ejemplo a derechos de la persona.

Entre los recursos por utilizar, para dar un más estable y amplio fundamento a la tutela específica existe, como se sabe, un recurso a la técnica de la reintegración del daño en forma específica (artículo 2058)^(xix).

(23) Véase artículos 6 y 19 de la Ley 287/1990, en el tema de concentraciones.

(xviii) Artículo 6 de la Ley 287/1990. Prohibición de las operaciones de concentración que restrinjan la libre competencia.

a) Con respecto a las operaciones de concentración sujetas a comunicación según lo dispuesto en el artículo 16, la autoridad evalúa si implica la constitución o el reforzamiento de una posición dominante en el mercado nacional de manera tal que elimine o reduzca, de manera sustancial y duradera, la competencia. Tal situación debe ser evaluada teniendo en cuenta la posibilidad de elección del suministrante y del usuario, de la posición en el mercado de las empresas interesadas, de su acceso a las fuentes de aprovisionamiento o a la salida del mercado, de la estructura del mercado, de la situación competitiva de la industria nacional, de las barreras de entrada al mercado de empresas competidoras, además del estado de la oferta y la demanda de los productos o servicios en cuestión.

b) La autoridad, al término de la instrucción según lo dispuesto por el artículo 16, párrafo 4, cuando se asegure que la operación implique las consecuencias a la cual se refiere el primer párrafo, puede prohibir la concentración o bien autorizarla prescribiendo las medidas necesarias para impedir tales consecuencias.

Artículo 19 de la Ley 287/1990. Sanciones administrativas pecuniarias por el incumplimiento de la prohibición de concentraciones o el deber de notificación.

a) Cuando las empresas realicen una operación de concentración en infracción de la prohibición al cual hace referencia el artículo 18, primer párrafo, o no operen las prescripciones que disponen el párrafo 3 del mismo artículo, la Autoridad impondrá sanciones administrativas pecuniarias no inferiores al 1% y no superiores al 10% de lo facturado por la actividad empresarial objeto de la concentración.

b) En el caso de empresas que no hayan cumplido con el deber de comunicación preventiva dispuesta por el artículo 16, primer párrafo, la autoridad puede imponer a las empresas las mismas sanciones administrativas pecuniarias que pueden ascender hasta el 1% de lo facturado el año precedente a aquel en el cual se efectuó el emplazamiento, añadiéndose las sanciones eventualmente aplicables en base a lo dispuesto por el primer párrafo, luego de las conclusiones de la instrucción prevista por el presente capítulo III, cuyo inicio se computa desde la fecha de notificación de la sanción a la cual se refiere el presente párrafo.

(24) Véase por todos Mazzamuto y, para el Derecho Laboral, D'antona.

(xix) Artículo 2058 del *Codice civile*. Resarcimiento en forma específica. El dañado puede demandar la reintegración en forma específica, cuando sea posible en todo o en parte.

No obstante el juez puede disponer que el resarcimiento solo tenga lugar por equivalente si la reintegración en forma específica resulte excesivamente onerosa para el deudor.

Tal forma de reparación del daño es de aplicación general, al menos hasta el límite de la excesiva onerosidad. Ella podría prestarse a restaurar en sentido material el específico interés lesionado y afectado, y ello con el solo límite de la injusticia del daño (artículo 2043)^(xx).

Pero hoy dicho límite resulta muy amplio, el cual es capaz de superar la estrechez del derecho subjetivo para poder remitirse a la valoración del juez (en orden a la resarcibilidad del interés)⁽²⁵⁾.

Una propuesta más sometida a revisión en los mismos artículos 2930-2934^(xxi) del Código Civil un expreso favor del legislador para la tutela específica (Proto-Pisani).

Se ha dicho ya que, de la legislación, provienen señales contradictorias. Si el reformador del procedimiento administrativo (Ley 205/2000) ha considerado relanzar la tutela en forma específica (habiendo ya observado la recomposición entre tutela de anulación y resarcitoria), en otros sectores de la legislación se tienen propuestas de signo contrario⁽²⁶⁾.

Al inicio se dijo que la confrontación entre las dos formas de tutela conciernen al vértice de los enfoques de política del Derecho. Si hoy se tiene la sensación que, al menos de lo alto de la “catedral”, la confrontación no resulta más entendida con la urgencia y con los acentos

políticos de un tiempo, es cierto además que, hacia fuera “de la catedral”, ello ha explotado fragorosamente en el escenario de la política a propósito de la reforma del artículo 18 del Estatuto del trabajador. ¿La reintegración en el puesto de trabajo y/o la indemnización o resarcimiento?

Parece correcto afirmar que estamos frente a la fórmula calabresiana de la alternativa reglas de responsabilidad/reglas de propiedad.

No pertenece a la labor del jurista, como resulta evidente, resolver los conflictos de marcado signo político, donde se confrontan los valores contrapuestos, la libertad del empresario de despedir (ya sea con una indemnización) y la tutela del puesto de trabajo. O al menos sería complicado dar una respuesta con el arsenal del derecho positivo.

Aquello que más bien urge observar es que la confrontación tutela específica-por equivalente devino, por así decirlo, redimensionada, luego de la radical evolución que ha sufrido (en especial en sistemas distintos al nuestro, por ejemplo, en el Derecho germano) el Derecho de la responsabilidad civil tanto en el ámbito del (concepto de) daño resarcible como en aquel de los remedios.

Pero es quizá más oportuno y apropiado iniciar con el segundo ámbito, porque resulta influenciado indirectamente también con aquel del daño.

(xx) Artículo 2043 del *Codice civile*. Resarcimiento por hecho ilícito. Todo hecho doloso o culposo que ocasione a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

(25) Véase la nota a la sentencia de la Corte de Casación 500/1999.

(xxi) Artículo 2930 del *Codice civile*. Ejecución forzada por consignación o lanzamiento. Si no se ha cumplido el deber de consignar una cosa determinada, mueble o inmueble, el titular del derecho puede obtener la consignación o el lanzamiento forzado según las reglas establecidas por la disposiciones del *codice di procedura civile*.

Artículo 2931 del *Codice civile*. Ejecución forzada de los deberes de hacer. Si no se ha cumplido un deber de hacer, el titular del derecho puede obtener lo debido sea ejecutado con cargo al obligado en las formas establecidas por el *codice di procedura civile*.

Artículo 2932 del *Codice civile*. Ejecución específica del deber de concluir un contrato. Si aquel que se ha obligado a concluir un contrato no cumple su obligación, la otra parte, en cuanto sea posible y no se encuentre excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de un bien determinado o la constitución o la transferencia de otro derecho, la demanda no puede ser admitida, si la parte que la ha propuesto no ejecuta su prestación o no la hubiere ofrecido en la manera establecida por ley, a menos que la prestación no sea aún exigible.

Artículo 2933 del *Codice civile*. Ejecución forzada de los deberes de no hacer. Si no se ha cumplido un deber de no hacer, el titular del derecho puede obtener que sea destruido, a cargo del obligado, aquello que hubiere sido hecho en violación del deber.

No puede ser ordenada la destrucción de la cosa y el titular del derecho puede conseguir solo el resarcimiento de los daños, si la destrucción de la cosa resultare perjudicial para la economía nacional.

Artículo 2934 del *Codice civile*. Extinción de los derechos. Todo derecho se extingue por prescripción, cuando el titular no lo ejercita por un tiempo determinado por la ley.

No se encuentran sujetos a la prescripción los derechos indisponibles y otros derechos indicados por ley.

(26) Véase Ley 443/2001.

Pues bien, si sobre el ámbito de los remedios se valoriza y relanza una técnica reintegratoria del daño en forma específica, pertenece a aquellas técnicas que están destinadas a dar ingreso también a voces de daño que guardan atención a los valores (e inclinaciones) subjetivos e individuales del sujeto dañado y por tanto a valores idiosincráticos (piénsese en la *affektionsinteresse* en el Derecho germano), se realiza una operación, que no es solo hermenéutica sino de elección positiva, a favor de una restauración y/o repristinación en forma específica de los valores e intereses afectados. Para brindar algunos ejemplos: cuando el costo de las reparaciones de los daños sufridos por un automóvil (lo cual es posible en base al artículo 2058 del *Codice civile* y § 249 del BGB) supere el valor de mercado del bien, la regla de tutela se traduce en imponer al dañante el valor estimado del bien (M. R. Marella); cuando a la ama de casa lesionada se le asegura un resarcimiento en dinero (ello también en los casos en los cuales no se recurra a una persona en sustitución) resulta evidente que se tiene en cuenta una lesión ocurrida en la esfera existencial de la víctima.

Cuando, como ha sido recientemente reconocido por una sentencia de la Corte de justicia de las comunidades, se resarcirán las denominadas vacaciones no gozadas por el incumplimiento del organizador del viaje, quien debe resarcir, debe además del precio del contrato, también el valor del tiempo libre mal gastado.

Recientemente se ha sostenido en nuestra doctrina que una técnica resarcitoria del tipo de aquella prevista por el artículo 2058 del *Codice civile* tiene una doble valencia, resarcitoria y repristinatoria y por tanto un valor de regla mixta que, para reproducir la fórmula calabresiana, comparte al mismo tiempo los caracteres de la regla de responsabilidad y de propiedad (M. R. Marella). El enfoque resulta seguramente válido para el Derecho germano (§ 249 del BGB) (*Schlechtriem*) y es también acogido por nosotros.

Si en el Derecho germano se ha sentido la necesidad de elaborar un adecuado concepto de daño normativo (véase *Medicus*) para justificar la resarcibilidad de tal daño es en razón de la rígida tipicidad que tiene, en aquel sistema, el daño

resarcible. Para nosotros no existiría necesidad de tal propuesta: es la misma técnica de tutela (de carácter repristinatorio) que permite superar la estrecha dicotomía daño patrimonial-no patrimonial.

Aquella temática no puede no implicar necesariamente también al daño a la persona. Pues bien, queriendo también aquí observar tal daño “desde lo alto de la catedral”, no puede no constatarse cómo el impulso -que se trata de un verdadero y propio impulso- entre nuevas tipologías de daños y el resarcimiento parece no acabar, presentándose como un impulso sin final. Si con la resarcibilidad del daño biológico (véase Corte Constitucional 184/1986 y 372/1994) se ha manifestado la máxima apertura hacia la resarcibilidad del daño no-patrimonial (donde la distinción entre daño-consecuencia y daño-evento ha aparecido muy inestable), la legislación, de su lado, ha dado su aporte (véase: artículo 29 de la Ley 675/1996, sobre datos personales; artículo 44 del Decreto Legislativo 286/1998, texto único ordenado sobre la inmigración; artículo 2 de la Ley 89/2001, sobre la adecuada reparación en caso de duración irrazonable del proceso, y así por el estilo). La reciente casación⁽²⁷⁾ relanza la hipótesis de la resarcibilidad del daño moral subjetivo, como hipótesis autónoma de daño respecto al daño biológico y ello frente a una interpretación restrictiva (Casación 4631/1997) que, moviéndose en el contexto del concepto de daño-consecuencia, limitaba la resarcibilidad a la presencia del daño biológico.

Los márgenes (del nexo “daño/evento-daño/consecuencia-resarcibilidad”) al final aparecen superados en presencia del denominado daño existencial que se define como “el conjunto de repercusiones relacionales de signo negativo” que no permiten el desarrollo de la persona del dañado⁽²⁸⁾.

Con una reciente ordenanza (11 de mayo de 2002) el Tribunal de Roma ha repropuesto la cuestión de constitucionalidad del artículo 2059^(xxii) y ello con respecto de la lesión de un derecho fundamental del individuo como aquel a “la tranquilidad del espíritu”, sub especie de daño moral. Ahora, este derecho, a diferencia de aquel a la salud, no figura tutelado por la disposición conjunta de los artículos 2 de la Constitución y el

(27) Sentencia 2515, del 21 de febrero del 2002. En: *Foro Italiano*. 2002. p. 999.

(28) Cendon, Ziviz, Casación 7713/2000.

2043 del *Codice civile*. De aquí la cuestión de constitucionalidad del artículo 2059 del mismo Código.

La reseña podría continuar. Sin embargo, ella demuestra que no es tan largo el desarrollo de las varias tipologías de daño que necesitan encaminarse cuanto más bien sobre el objeto y finalidad de la tutela resarcitoria, la cual ha ido extendiendo su función, además de aquella tradicional, dirigida a compensar por equivalente una pérdida sufrida, de tender a reconstruir la potencialidad concreta (que resultó lesionada o perjudicada) que el sujeto puede explicar al interior de los procesos sociales. Entonces ¿la tutela resarcitoria aparece, por tanto, como medio de ortopedia social? ¿no sería acaso un modo para considerar superada la distinción entre tutela específica y por equivalente?

7. El diálogo con los procesalistas

El diálogo con los procesalistas ha sido, por años, más que fecundo y fructífero en el terreno de la tutela de los derechos. La gran parte de ellos, bajo la estela de la enseñanza de Chiovenda⁽²⁹⁾, ha tendido a ratificar que, el proceso, en su instrumentalidad, debe garantizar el máximo grado de efectividad del derecho reconocido al sujeto. La postulada atipicidad de la acción, garantizada también por la Constitución (artículo 24), junto al requisito del interés para obrar (artículo 100 del *Codice di procedura civile*) representan los instrumentos principales para superar los límites y la estrechez que el mismo Código Procesal pone a la admisibilidad de tutelas procesales que se encuentren fuera de aquellas reconocidas de condena (artículo 2818 del *Codice civile*)^(xxiii) y constitutivas (artículo 2908)^(xxiv).

Basta tomar en cuenta a la tutela de determinación, que no encuentra expreso reconocimiento en el Código Procesal. Pero ello no significa negar su ingreso o su admisibilidad (como en el caso de la propiedad o de otros derechos reales) solo porque la ruta instrumental a la tutela repristinatoria, ya que es la situación de contraste y/o conflicto entre las partes para justificar el interés para obrar en mera determinación, utilizando por tanto una forma atípica de acción.

Pero el diálogo con los procesalistas, en este punto, se torna más amplio e invierte la misma división de funciones entre las partes y los jueces, entre el Derecho sustancial y las formas procesales de tutela. Es necesario preguntarse dónde se encuentra la línea divisoria de tal reparto. Si bien quizá se pueda argumentar que esta *actio finium regundorum*, si no otro punto de tutela, viene redefinida según los enfoques que superen la tradicional visión que considera a la tutela procesal como una tutela estrictamente instrumental respecto a mandatos sustanciales que tengan como objeto relaciones, y ello en situaciones de conflicto en las formas reconocidas y denominadas de (tutela de) condena, como antesala de la ejecución forzada. Por lo demás también la tutela inhibitoria ha sido reconducida a la tutela de condena (al cumplimiento de deberes de no hacer de carácter continuado). Es cierto, por ejemplo, que la denominada tutela cautelar, especie atípica⁽³⁰⁾, “no reenvía a algún fundamento normativo (de relación) de derecho sustancial sino a la cobertura constitucional que predica la efectividad de la tutela jurisdiccional”⁽³¹⁾. Es por tanto que aquí el recurso, si así se lo puede definir, es suministrado directamente por el sistema procesal y por las acciones proponibles. El discurso realizado sobre este punto también resulta

(xxii) Artículo 2059 del *Codice civile*. Daños no patrimoniales. El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley.

(29) Véase: PROTO-PISANI. En: *Foro Italiano*. 2002. pp. 124 y siguientes.

(xxiii) Artículo 2818 del *Codice civile*. Providencias que derivan.

Toda sentencia que implique la condena al pago de una suma o el cumplimiento de otra obligación o bien al resarcimiento de los daños a liquidarse de manera sucesiva resulta título para inscribir una hipoteca sobre los bienes del deudor. Lo mismo tiene lugar para las otras providencias judiciales a las cuales la ley le atribuya tal efecto.

(xxiv) Artículo 2908 del *Codice civile*. Efectos constitutivos de las sentencias.

En los casos previstos por la ley, la autoridad jurisdiccional puede constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, con efecto entre las partes, sus herederos o causahabientes.

(30) Véase el artículo 700 del *Codice di procedura civile*.

(31) Véase, textualmente Corte Cost. 190/1985.

extensivo a la tutela constitutiva, así como en lo previsto en el mismo Código Civil (artículo 2908). Escritos de autorizados procesalistas jóvenes (Pagni) o menos jóvenes (Proto-Pisani) se presentan como esfuerzos para redimensionar el ámbito y el alcance de la tutela constitutiva y ello en el sentido de excluir de ella, por ejemplo, las acciones de anulación, rescisión y resolución del contrato, así como la acción dirigida a la ejecución del deber de contratar (artículo 2932 de *Codice civile*).

La tutela constitutiva tendría siempre, como las otras formas de tutela, caracteres cognitivos y ejecutivos a un tiempo y su naturaleza constitutiva dependería del hecho que, como todas las providencias o las medidas de ejecución forzada, estaría dotada de efectos constitutivos.

El enfoque no puede no subrayar reservas propias de un contexto que desea relanzar un sistema de tutelas, que sea capaz de utilizar todo el campo no solo de los recursos de carácter sustancial sino también aquellas procesales y, estas últimas, observadas no solo como meras técnicas ejecutivas (de orden sustancial).

En tal cuadro, es un trabajo reconocer que, sobre el plano de la tutela, se colocan situaciones diferenciadas, no solo contrapuestas al típico conflicto de relación, de dar y tener entre litigantes, y que sea el bien de la vida contenido, sino también la exigencia de proveer a modificaciones jurídicas que no resulta oportuno (y quizá tampoco legítimas) dejar a la autonomía y voluntad de las partes. Se trata no solo de modificaciones concernientes al *status* y posiciones familiares y/o atributivas de efectos *versus* otros (por ejemplo, hijos)⁽³²⁾ sino también de modificaciones referidas a contratos y/o negocios, donde la incidencia de tales modificaciones frente a terceros (piénsese en la anulación de un contrato) o en sus caracteres sancionatorios *lato sensu* (piénsese en la resolución) que justifiquen la intervención del juez y no en términos de vinculación del acto de poder ejercitados por las partes sino de la relevancia a atribuir a los hechos o actos (piénsese en la gravedad del incumplimiento para la resolución). Pero a ello se debe añadir situaciones en las cuales, luego del contraste entre las partes, no es

posible alcanzar formas de composición de aspectos negociales alterados luego de circunstancias sobrevenidas y donde el juez está llamado a establecer estos aspectos, aun teniendo presente el cuadro negocial⁽³³⁾.

Además se puede decir que, en tales casos, el cuadro de las tutelas viene utilizando un recurso procesal a todos los campos (como en el caso de la tutela cautelar atípica) y de allí el empleo de una mera técnica destinada a producir efectos por una providencia.

Si se quiere, de allí viene también el usual momento cognitivo del juez para alcanzar a un momento evaluativo, donde el juez se hace cargo de la recomposición de un orden que las partes no están en grado de recomponer.

Con lo cual, por otro lado, no se entiende la toma de posición en la nota crítica concerniente a la concepción publicística y/o privatística del proceso, conflicto que también recientemente ha originado una viva polémica entre escritores que se definen como revisionistas y otros en cambio negacionistas⁽³⁴⁾.

Si se puede estar de acuerdo con la idea que el proceso debe, en primer lugar, garantizar a todos el derecho de litigar por ello que se reputa propio, sin tener la pretensión de imponer en vía autoritativa soluciones y por tanto resolverse en garantía del litigio, se debe también añadir que, en lo concerniente al cuadro de la tutela (casi definida por las normas constitucionales), un diseño procesal sería parcial y deficitario si, de acuerdo con las normas de Derecho sustancial, no se aspirase a obtener a los interesados los “chiovendianos bienes de la vida” y las utilidades deseadas y se limitase en cambio a asistir “neutral” a la pugna entre los litigantes.

8. Conclusiones

Es el momento de brindar algunas conclusiones. La mirada “desde la catedral” ha permitido entrever que hoy el ámbito de la tutela es aquel en el cual se advierte una mayor cantidad de modificaciones significativas. Las estructuras principales de tal cambio son la jurisprudencia y la legislación (en especial la comunitaria), por lo

(32) Véase providencias en tema de separación y disolución del matrimonio.

(33) Véase, Principios de Derecho contractual europeo.

(34) Véase: CIPRIANI Franco. *Foro Italiano*. 2002. pp. 26 y siguientes.

que al jurista le corresponde racionalizarla y por tanto conducirla al sistema.

En el terreno del Derecho sustancial, la tutela, en primer lugar, parece ocupar nuevos espacios, que no son aquellos, más tradicionales, de las técnicas resarcitorias y extintivas bien conocidas sino aquellas absorbidas por el respeto de las reglas de lealtad y buena fe en los comportamientos y en las contrataciones, y así al encargarse de nuevas labores, y no solo de destruir aquello que resulte *contra ius* o de reparar sus consecuencias, por lo que incluso provee a la *pars construens* (C. Castronovo). En otros términos, se puede decir que la tutela no interviene solo para reparar consecuencias o efectos de comportamientos ilícitos o irregulares sino se coloca como momento o instrumento de una recomposición, en positivo, del orden infringido⁽³⁵⁾. Si, en términos de análisis económico del derecho, las mismas reglas sustanciales son leídas con el lenguaje de la protección (reglas de propiedad y de responsabilidad), casi para desdramatizar el impacto con el sistema, el jurista es inducido a ir, por otra parte, preguntándose si los límites entre estas dos técnicas de tutela no deban considerarse móviles y, en todo caso, no influenciadas por las solas consideraciones de orden económico o de mejor asignación de los recursos. Al irrumpir, por ejemplo, las técnicas de reparación del daño en forma específica (también sobre el ámbito del conflicto entre la Administración Pública y privados, además de las inter-privados) contribuye al avance de las formas de tutela que se substraen a los

standards del mercado administrados por el juez y que parecen en cambio avalar el surgimiento de formas apropiadas y nuevas para la reparación. Donde ello no sea posible, porque el respeto de ciertas reglas organizativas no lo consienten (piénsese en las exigencias para la toma de decisiones en una sociedad, la cual se encuentra sujeta a requerimientos de quórum, artículo 2377 del *Codice civile*) se afirma aún la exigencia que el interés perjudicado del particular (socio) encuentre satisfacción en el terreno del resarcimiento⁽³⁶⁾.

También el proceso está destinado a ejercer nuevos roles en el terreno de la protección. A las formas de tutela jurisdiccional de condena que, en el terreno civilístico, parecen más ligadas al incumplimiento de deberes (sean estos primarios o secundarios), se añaden formas menos condicionadas por las posiciones de Derecho sustancial pero todavía ligadas a necesidades diferenciadas de tutela. La tutela inhibitoria es, de suyo, un ejemplo clásico. Mientras que la tutela jurisdiccional constitutiva tiende a abandonar la más rígida tipicidad (artículo 2908). En efecto, ella puede imponerse en situaciones en las cuales solo la intervención del juez puede estar en grado de establecer y/o recomponer la regla⁽³⁷⁾. En tal caso el proceso ofrece una ventaja propia a la solución del conflicto.

No se trata entonces, en definitiva, de criticar una suerte de visión pan-tutelar del ordenamiento sino de reflejar que la tutela, en su efectividad, es siempre más que un componente de orden sustancial. ㊦

(35) Véase al respecto el artículo 4109 de los Principios de Derecho contractual europeo.

(36) Artículo 2377 en el nuevo texto del Derecho Societario.

(37) Véase, para los Principios de Derecho europeo, artículo 4109.