

La evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones*

Massimo Franzoni

Profesor ordinario de derecho civil
en la Universidad de Bolonia.

1 La responsabilidad civil y los principios generales: El *alterum non laedere*.

El sistema de la responsabilidad civil está saturado de principios que comúnmente son empleados en las motivaciones de las sentencias, aun cuando no tengan siempre una presencia significativa en las normas. Aludo al principio no hay responsabilidad sin culpa; al principio *cuis commoda eius et incommoda*; al principio de la *compensatio lucri cum damno*; al principio del *alterum non laedere*. De algunos de ellos me ocuparé más adelante. Por un momento, sin embargo, quisiera detenerme en el *alterum non laedere*.

Como es sabido, el adagio de Ulpiano, otras veces denominado *neminem laedere*, se cuenta entre los principios más empleados, inclusive durante la vigencia del antiguo Código Civil, y ya en aquel tiempo no faltó

alguien que planteara el problema de su utilidad, y el de su significado, a la vez⁽¹⁾. En efecto, este principio, inmutable en el tiempo, pretende indicar tanto una regla de comportamiento cuanto un precepto, cuya violación debe ser sancionada. El problema que es imperioso afrontar aquí no es tanto el de la distancia efectiva que guarda el principio, respecto de la regla general del artículo 2043⁽²⁾, sino más bien el problema del uso que se hace del principio en las motivaciones judiciales.

Estadísticamente demostrable, por cierto, es el hecho de que el *neminem laedere* se ha ganado “en el campo de juego” un auténtico derecho de ciudadanía en el sistema⁽³⁾. El problema real, empero, consiste en establecer cuál es su exacta función, dado que el principio, por sí mismo, no añade nada a la cláusula general de responsabilidad.

Un primer grupo de casos presenta un empleo del

(*) Extracto de FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti (Art. 2043-2059)*. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Al cuidado de Francesco Galgano. Bologna: Società Editrice del Foro Italiano, *Introduzione*, Nos.7-14, 1993. pp.33-64. La autorización del autor para la traducción parcial de esta obra y su publicación han sido gestionadas por el doctor Gastón Fernández Cruz, profesor ordinario de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Traducción de Leysser L. León Hilario, abogado, jefe de práctica de responsabilidad civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

(1) En torno de las diversas opiniones, remito a PUGLIATTI. *Voz Alterum non laedere*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Sub artículo 2043. pp.98 y ss. En el pasado, el principio fue empleado con una función descriptiva, para distinguir la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual, que se fundaba, precisamente, en el *alterum non laedere*. Su definición como “síntesis de los específicos deberes impuestos por otras normas” se encuentra, igualmente, en MESSINEO. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol.V. pp.534 y ss.

(2) Nota del traductor: Normativa aplicable del Código Civil italiano de 1942:

“Artículo 2043.- Resarcimiento por hecho ilícito.- Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

“Artículo 2059.- Daños no patrimoniales.- El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”.

(3) Basta consultar una base de datos electrónica para constatar la cantidad de documentos que se obtiene al teclear la expresión *alterum non laedere* o *neminem laedere*.

principio cuando “el daño deriva de la lesión de un interés, cuya calificación jurídica y tutelabilidad en el ordenamiento se encuentran en discusión⁽⁴⁾”. De acuerdo con este significado, la función del principio es reforzar la influencia de la cláusula general, enriqueciendo la motivación de la sentencia con el oropel de la tradición⁽⁵⁾. Hay, asimismo, un segundo grupo de casos en los que el *neminem laedere* es adoptado para aclarar la función del artículo 2043: para atribuirle la dimensión de una norma secundaria o de una norma meramente sancionadora. Aquí el principio serviría para indicar que el precepto o la norma violada está fuera del ámbito del artículo 2043; y el *neminem laedere* pretendería resumir los deberes de comportamiento impuestos por normas primarias, cuya violación comporta la responsabilidad y el resarcimiento⁽⁶⁾. Esta es una técnica de interpretación de la injusticia del daño que no parece coherente con las lecturas más modernas, y que es contraria a la construcción del artículo 2043, en tanto cláusula general. No se trata, en modo alguno, de una norma en blanco, ni mucho menos de una norma de reenvío; su función no es meramente sancionadora, dado que es por medio de la injusticia que la violación de un derecho deviene en fuente de responsabilidad civil. Una concepción semejante, además, va de la mano con la opinión superada, según la cual, solamente los derechos gozarían de tutela de acuerdo con el sistema de la responsabilidad, y no, en cambio, los intereses mercedores de tutela según el ordenamiento jurídico.

Esto es una consecuencia del hecho de que los mandatos y las prohibiciones vengan impuestos en defensa de derechos subjetivos, y no de intereses que no están

protegidos como derechos. Desde esta perspectiva, entonces, el *neminem laedere* se plantea como un criterio operacional de la injusticia, y al mismo tiempo, como un límite para establecer su amplitud. Un signo evidente de dicha concepción se encuentra en todas las sentencias en las que se identifica la injusticia en el comportamiento *contra ius y non iure*⁽⁷⁾.

El tercer grupo de casos destaca por su absoluta particularidad, acompañada por una mayor frecuencia estadística en el uso del término. Se recurre al *neminem laedere* para sostener que también la administración pública puede ser responsable ante los privados, por los ilícitos cometidos en perjuicio de éstos. Es común que se afirme en las máximas que el Estado no puede sustraerse de la obligación de atenerse a las reglas del *alterum non laedere*, y que, consecuentemente, debe responder por los daños ocasionados. Se entiende, de igual modo, que la actividad del ente público puede estar sujeta a un juicio de valor, cuando su conducta se aparte de un determinado *standard* de comportamiento. La referencia al principio en mención libera, entonces, de la tarea de excluir a la administración pública del privilegio de la irresponsabilidad, permitiendo que se ponga atención, ya no en la discrecionalidad administrativa, sino en el uso de dicha discrecionalidad en relación con las lesiones producidas en la esfera de los ciudadanos. Por consiguiente, también el descargo por el interés público está sujeto a un límite, el mismo que, con una fórmula resumida, se reconduce hacia el principio de Ulpiano, dándose lugar, de esta manera, a la denominada responsabilidad externa de la administración⁽⁸⁾.

Habría que preguntarse por qué razón la

(4) ALPA. *Responsabilità civile e danno*. p.39.

(5) Cito, como ejemplo, la casación del 11 octubre 1978, No.4538. En: ALPA Y BESSONE (directores). *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. 1979. p.747; con nota de Alpa, en la que aparece considerada la lesión de la reputación económica de un comerciante, del que se difundieron culposamente noticias inexactas en relación con su solvencia; y Tribunal de Venecia, 5 julio 1951 (*Dir. aut.*, 1951, 220) en materia de difamación del pintor De Chirico, quien obtuviera el resarcimiento por parte de los organizadores de una muestra, que expusieron sólo algunas de sus obras, marginando otras tantas, y con etiquetas inexactas.

(6) Se trata de opinión difundida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y que encuentra una reconfirmación puntual en la corte constitucional, 30 junio 1986, No.184. En: *Foro it.* Vol.I, 1986. p.2053. En materia de daño biológico; respecto del artículo 1151 del Código Civil de 1865, ya decía Carnelutti, “es lícito afirmar que el artículo 1151 es una norma secundaria, que no funciona si no es en combinación con la norma primaria que establece el deber, cuya violación da lugar al resarcimiento. Sería todavía más exacto reconocer que el artículo 1151 no contiene una norma completa, sino solamente una sanción”. CARNELUTTI. *Il danno e il reato*. p.62. Por el contrario, de acuerdo con la interpretación más reciente, el apoyo del artículo 2043 en una eventual norma diferente no es indispensable para los fines de su funcionamiento, aunque sí lo es para simplificar la aplicación de la cláusula general de la injusticia del daño.

(7) Doy cuenta, simplemente, de la Cass., 23 abril 1975, No.1582. En: *Foro it.* Vol.I, 1976. p.779, con nota informativa.

(8) El problema ha sido abordado recientemente por ALPA. *Responsabilità...* Op.cit.; p.43 y ss.

jurisprudencia realiza este empleo decisivo del *neminem laedere* para la afirmación de la responsabilidad de la administración pública, porque el artículo 2043, y el precedente artículo 1151 del Código Civil de 1865⁽⁹⁾, no admiten ninguna interpretación restrictiva. La razón radica, probablemente, en la exigencia de tutelar la actividad administrativa contra los posibles ataques de los sujetos privados; razón que ha conducido por largo tiempo a que no se reconozca la posibilidad de aplicar al Estado la figura de la responsabilidad objetiva. La más reciente perspectiva, que coloca al daño injusto en el centro del sistema de la responsabilidad civil, en el lugar de la conducta lesiva del responsable, denuncia el límite de la argumentación jurisprudencial modelada sobre el *neminem laedere*. Lo que se debe establecer es si ha existido la lesión de un interés merecedor de tutela de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y si de esta lesión han derivado consecuencias que pueden estimarse como daño patrimonial desde el punto de vista económico. Por el contrario, el sujeto agente es indiferente en absoluto, al margen de las vicisitudes que conciernen a la imputabilidad, cuando ésta es requerida, y de las cualidades que son demandadas por el criterio de imputación de la responsabilidad.

En definitiva, el *alterum non laedere*, en todos los usos jurisprudenciales detectados, no enriquece nunca el artículo 2043 y puede considerarse, por lo tanto, como un sinónimo de la cláusula general de responsabilidad.

Es previsible que la acentuación cada vez más marcada de la función de la cláusula general conducirá siempre a un uso más parco del principio, debido a que la caracterización asumida en el pasado no se

concilia bien ni con las aplicaciones más modernas en materia de la tutela civil contra los daños, ni con la elaboración doctrinaria en torno de la injusticia del daño. Este es uno de los casos en los que la tradición sigue ejerciendo influencia, produciéndose consecuencias que no siempre son lógicas y coherentes con el sistema. Lo mismo se verifica en otro sector, donde se continúa empleando la presunción de culpa para evitar la afirmación de que un determinado supuesto constituye una hipótesis de responsabilidad objetiva; y ello, en honor a otro principio: aquél según el cual “no hay responsabilidad sin culpa”, el mismo que jamás ha encontrado una justificación normativa en la codificación italiana⁽¹⁰⁾.

2 Responsabilidad y resarcimiento: Los modelos y la función de la responsabilidad civil.

Ya se ha dicho en el numeral 1, que la estructura de la responsabilidad y la del resarcimiento difieren en mucho, dado que sus presupuestos son diferentes: en la responsabilidad, al predominar el daño injusto, el presupuesto es el ilícito; en el resarcimiento, el presupuesto es el daño patrimonial. A una estructura distinta le corresponde, igualmente, una función distinta de la responsabilidad y del resarcimiento. Si bien sería prematuro examinar la función del resarcimiento, sin haber abordado, previamente, los detalles sobre el daño, sí es oportuno, en cambio, examinar de inmediato la función de la responsabilidad civil, aun a riesgo de tener que anticipar consideraciones que serán expuestas, con más profundidad, en el comentario de

(9) Nota del traductor: Código Civil italiano de 1865: “Artículo 1151.- Cualquier hecho del hombre que irroga daño a otros obliga a aquél por cuya culpa se ha producido el daño, al resarcimiento”.

(10) Señalo por ahora la necesaria distinción entre prueba absoluta mediante presunción e inversión de la carga de la prueba. Al primer género pertenecen disposiciones como la contenida en el artículo 2600, tercer párrafo: “verificados los actos de competencia, la culpa se presume”; al segundo género pertenecen los artículos 1218, 2050 y 2054, así como el artículo 13, décimo párrafo, ley del 2 de junio de 1991, n.I, denominada ley sobre las Sim: “en los juicios de resarcimiento de los daños derivados del desarrollo de las actividades de las que se trata en el artículo 1, primer párrafo, en violación de la antedicha ley, de los reglamentos, y de las disposiciones emanadas de la autoridad de vigilancia, corresponde a la sociedad, o a los sujetos vinculados, la carga de la prueba de haber actuado con la diligencia del mandatario”. Si existe una presunción, la carga pesa sobre la parte que actúa, según los principios generales; sin embargo, dicha carga se facilita porque se asume que el hecho constitutivo está probado, a falta de prueba en contrario. Si existe inversión de la carga de la prueba, el actor debe demostrar un hecho que es generador de efectos, salvo que el vinculado no alegue circunstancias de impedimento. Cfr. PATTI. *Delle prove-Disposizioni generali*. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Sub artículo 2697. pp.52 y ss.; a cuya posición he de adherirme en FRANZONI, Massimo. *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, pp.420 y ss.

cada uno de los artículos.

La cuestión de fondo que se aborda es la siguiente: ya que el juicio de responsabilidad permite individualizar un sujeto, que será gravado con el costo del daño, ¿cuál es la finalidad de este proceso?; y en un suborden, ¿es posible establecer, con ello, una finalidad única, o es necesario individualizar, más bien, diversas finalidades, de acuerdo con la estructura del ilícito (es decir, según el tipo de interés lesionado o el criterio de imputación). Es menester, entonces, apreciar que la cuestión puede ser examinada desde un punto de vista de macro-sistema y desde un punto de vista de micro-sistema. A través del examen de macro-sistema se puede individualizar la función de la responsabilidad civil según el modelo económico tomado como referencia: el modelo económico liberal, al que después siguió un modelo solidarista⁽¹¹⁾. El examen de micro-sistema permite comprobar la forma como se manifiestan los singulares elementos de cada supuesto, en relación con las categorías específicas del ilícito. De acuerdo con esta última perspectiva, se busca

observar el rol desarrollado por el criterio de imputación para comprender cuál es la función de la responsabilidad civil, inclusive respecto del interés merecedor de tutela en la forma del daño injusto.

Ambas perspectivas tienen que vincularse, y la fórmula para establecer tal contacto es la perspectiva histórico-sistemática. Así es posible evitar el riesgo de considerar idénticos los problemas que han sido planteados en la responsabilidad civil, en términos aparentemente inmutables a través del tiempo. En efecto, si se observa las cosas abstractamente, podría parecer que las preguntas de los juristas siempre son las mismas y que las opiniones formadas sobre ciertos temas desarrollan un movimiento cíclico⁽¹²⁾. Simultáneamente, las contraposiciones de ciertos temas, ahora acostumbrados, como aquellas entre tipicidad y atipicidad del ilícito⁽¹³⁾, entre culpa y riesgo⁽¹⁴⁾, entre punición y reparación del resarcimiento⁽¹⁵⁾, entre daño como categoría prejurídica y daño como categoría jurídica⁽¹⁶⁾; cuando son extraídas de un ámbito preciso, dan lugar a diatribas abstractas

- (11) Una amplia indagación, desde esta perspectiva, es desarrollada por ALPA. *Responsabilità...* Op.cit.; pp.53 y ss.; y SALVI. *Voz Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. pp.1192 y ss., a los que remito para mayores referencias bibliográficas. En este ámbito, se hacen útiles las investigaciones dirigidas a delinear las distintas tendencias, de acuerdo con una perspectiva de análisis económico del derecho.
- (12) Cfr. ALPA. *Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile*. En: ALPA Y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; p.4. Esta opinión es ordinaria en la literatura jurídica: Cfr. COMPORTI. *Esposizione al pericoloso e responsabilità civile*. pp.7 y ss.; que, introduciendo el discurso sobre el rol de la culpa, cita un pasaje de SALMOND. *On the Law of Torts*. p.25; en el cual este último autor señala que después de un período de responsabilidad rigurosa, que es definido como inmoral, se ha pasado a un período de responsabilidad por culpa, es decir, moral "(...) and the pendulum swings back again". Análogas consideraciones son las desarrolladas por DE CUPIS. *Il danno*. p.114; y PACCHIONI. *Dei delitti e quasi delitti*. pp.63 y ss. Para un examen del rol de la culpa en las distintas épocas históricas, y aun la actual, véase el ensayo de ROTONDI. *Dalla lex aquilia all' art. 1151 cod. civ.* En: *Riv. dir. comm.* Vol.I, 1916, pp.942-970; Vol.I, 1917, pp.236-295.
- (13) Como es sabido, el debate sobre estos temas fue iniciado por Sacco y Schlesinger, en los años 60'. SACCO. *L'ingustizia di cui all'art. 2043* En: *For. pad.* Vol.I, 1960, pp.1420 y ss.; y SCHLESINGER. *L'ingustizia del danno nell'illecito civile*. En: *Jus*. 1960, p.336. Lo continuaron BUSNELLI. *La lesione del credito da parte di terzi*; y RODOTÀ. *Il problema della responsabilità civile*. De los demás autores que han representado, también, momentos importantes en el debate se hará mención a lo largo del presente trabajo; de momento, ALPA. *Il problema dell'atipicità dell'illecito*. pp.7 y ss., en la introducción de esta última obra.
- (14) Es imperioso mencionar a TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva*; que desde las páginas iniciales destaca que para ciertas actividades, las económicas, el criterio de la culpa no es idóneo para seleccionar y redistribuir el costo del daño. El valor de esta operación cultural fue la contraposición del principio de la culpa con otra figura, no propiamente jurídica, pero hábil para ser planteada como una alternativa limitada respecto de algunas actividades. En la misma línea se ubica COMPORTI. Op.cit.; que vincula la responsabilidad civil con la idea de la exposición al peligro, típica de determinadas actividades. El esfuerzo de estos autores se concentró en encontrar una explicación del nuevo rol de la responsabilidad en la sociedad industrial, ligando el análisis sociológico-económico con el análisis jurídico.
- (15) Cfr. DE CUPIS. Op.cit.; pp.16 y ss. De acuerdo con este autor, que no oculta su favor hacia la idea de la supremacía de la culpa entendida en sentido moral, existe un fuerte componente sancionatorio en el resarcimiento, que responde a la concepción que ve en la responsabilidad una reacción frente al ilícito culposo. Se tendrá oportunidad de ver, en los siguientes párrafos, cómo esta opinión, seguida durante mucho tiempo, hasta los años 60, ha sido abandonada, inclusive por la jurisprudencia. Algún problema presentan los supuestos en los que el dolo funge de criterio de imputación; para un examen de esos supuestos remitimos a CENDON. *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*. pp.78 y ss.
- (16) El debate sobre este tema fue iniciado por SCOGNAMIGLIO. *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)* En: *Riv. dir. civ.* Vol.I, 1957, pp.277 y ss.; seguido por otras contribuciones como SCOGNAMIGLIO. *Il risarcimento del danno en forma specifica*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, pp.280 y ss.; SCOGNAMIGLIO. *Risarcimento del danno*. En: *Noviss. dig. it.* 1969.

entre opiniones, que en vía de principio, son equivalentes las unas y las otras.

Es necesario partir del daño no sólo para determinar al responsable, sino también para deducir cuál es la función de la responsabilidad.

Viceversa, vinculando el debate sobre la responsabilidad civil con situaciones determinadas históricamente, se puede examinar problemas y ofrecer soluciones con una óptica correcta desde el punto de vista teórico, y se logra conjugar, entre ellos, el modelo y la función de un instituto en particular⁽¹⁷⁾. La individualización de un modelo puro, separado de su contexto preciso, en el que está llamado a desenvolver una determinada función, no puede ser más que el primer paso de la indagación. Es menester considerar la ubicación precisa del modelo en el propio ordenamiento al que se pertenezca para verificar su funcionalidad.

En esta parte introductoria del trabajo se emprenderá el examen de las funciones de la responsabilidad civil con una óptica de macro-sistema; seguidamente, al comentar cada uno de los artículos, me ocuparé de la verificación de los datos acumulados en el análisis del micro-sistema.

3 El análisis de macro-sistema: El modelo liberal.

Es bien sabido que en los antiguos códigos, y en particular en el Código Civil italiano de 1865, la propiedad funcionaba como un eje en torno del cual gravitaban todos los demás institutos. El contrato era concebido como medio para la transferencia de la propiedad⁽¹⁸⁾, al igual que la sucesión por causa de muerte.

La responsabilidad civil tampoco pasaba de ser un medio de protección de la propiedad. Todo el sistema, en resumen, rotaba en función de la figura del propietario, concebido como sujeto titular de un interés merecedor de tutela, en cuanto objeto de un derecho absoluto e inviolable⁽¹⁹⁾. En las codificaciones previas, la teoría de la voluntad, a partir de la cual la dogmática alemana construyó el negocio jurídico, fue el elemento unificador de los tres institutos fundamentales del derecho civil: la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil⁽²⁰⁾.

La vinculación del nacimiento de las obligaciones, o de la transferencia de derechos, con un acto de voluntad constituía el punto exacto de mediación entre los intereses de los sujetos propietarios y los sujetos no propietarios⁽²¹⁾. Si el cambio de situaciones jurídicas podía encontrar su causa sólo en la manifestación de voluntad legítimamente declarada⁽²²⁾, el propietario podía considerarse protegido, ya que nada, salvo su

pp.5 y ss.; SCOGNAMIGLIO. *Appunti sulla nozione di danno*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969. pp.464 y ss. El autor construye una categoría unitaria de daño, entendido como la alteración o abolición de un bien o de una situación de ventaja. En ello consiste la antisocialidad y la antijuridicidad de la conducta del dañador, que de por sí son suficientes para legitimar la obligación de aquél, de pagar una suma de dinero en favor del damnificado. Hay que apuntar que las posiciones de Rodotà y Sconamiglio han sido apreciadas en términos antitéticos por SALVI. *Il paradosso della responsabilità civile*. En: *Riv. crit. dir. priv.* 1983. pp.123 y ss.

(17) Particularmente atentos a este conjunto de problemas han estado ALPA y BESSONE. *I fatti illeciti*. Especialmente pp.464 y ss.; y ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo I. pp.296 y ss.

(18) No se trata de que, con el correr del tiempo, el contrato haya perdido esta función; en la práctica, los manuales continúan destacándola. Cfr. GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. p.211. Sin embargo, esa función ha sido largamente superada por una concepción más moderna que atribuye al contrato el rol de instrumento para la circulación de la riqueza y para la creación de ocasiones de riqueza, Cfr. GALGANO, Francesco. *Voz Negozio giuridico (dottr. gen.)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. pp.937 y ss.

(19) Este es un fenómeno común en los ordenamientos del *civil law*, como en los del *common law*. "Dada la jerarquía de valores sobre los que regía el sistema del ilícito plasmado en figuras de *torts*, que no en todo los casos podían considerarse arcaicas, la tutela de la salud humana y de la propiedad constituían el fin inmediato de las reglas de responsabilidad". ALPA y BESSONE. *I fatti ...* Op.cit.; p.12.

(20) Doy cuenta, entre otros varios, de RUFFOLO. *Il parallelismo colpa aquiliana-volontà negoziale nella pianificazione privata*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978. pp.1 y ss., además de los autores citados en las notas 4 y 6. Una amplia y exhaustiva indagación es la recientemente desarrollada por PONZANELLI. *La responsabilità civile*. pp.9 y ss. y pp.49 y ss.

(21) También se ocupa de ello RODOTÀ. *Modelli e funzioni della responsabilità civile*. En: *Riv. crit. dir. priv.* 1984. p.597, que resalta, asimismo, que la crisis del modelo tradicional de la responsabilidad aquiliana, fundado en la culpa, "es paralela a la pérdida del lugar central por parte del esquema de la propiedad tradicional".

(22) Así SAVIGNY. *Sistema del diritto romano attuale*. Traducción italiana al cuidado de SCIALOJA. Tomo III. p.337; y la reconstrucción histórica de GALGANO, Francesco. *Voz Negozio...* Op.cit.; pp.936 y ss. "La exaltación de la voluntad como creadora de los

propia voluntad, podía privarlo del derecho o del poder de goce sobre el bien. Contemporáneamente, los no propietarios podían depositar su confianza en la eficacia vinculante de la voluntad expresada en la forma negocial, y confiar, por lo tanto, en la reacción jurídica predispuesta ante el incumplimiento⁽²³⁾. Así las cosas, el negocio jurídico, concebido funcionalmente como un modo de transferencia de la propiedad, y estructuralmente modelado conforme a los esquemas de la voluntad de su declarante, podía satisfacer exigencias contrapuestas: garantizar a los propietarios contra el peligro de perder el propio derecho y al mismo tiempo, proteger a los comerciantes no propietarios que, confiando en dicha voluntad, tenían la seguridad de que operaban en un plano de igualdad formal⁽²⁴⁾. Todo ello, con una lógica profundamente individualista, que sobreentendía la idea del intercambio como un hecho aislado, ligado a las vicisitudes de la transferencia de la propiedad.

El rol de primer plano que se atribuía a la voluntad contractual encontraba aplicación en la función de la culpa en el ámbito de la responsabilidad civil. Todos los códigos ochocentistas acogieron el principio que liga la responsabilidad con la culpa⁽²⁵⁾. Como recientemente ha subrayado algún autor, el principio “no hay responsabilidad sin culpa”, caballo de batalla

de los *iusnaturalistas*, respondía a una idea que era antes ética que jurídica⁽²⁶⁾: la idea de la punición del ilícito concebido como un pecado. Este principio, adoptado en el código napoleónico y en el código italiano abrogado de 1865, fue propuesto de nuevo en el sistema vigente⁽²⁷⁾ y cumplía una función análoga a la de la voluntad en el contrato. Si solamente un acto voluntario del hombre podía tener como consecuencia el resarcimiento, ello significaba que, también en este ámbito, la voluntad era concebida como un criterio imprescindible para provocar cambios jurídicamente relevantes. Y significaba, asimismo, que aquellos cambios eran prerrogativas reservadas para la acción individual de los sujetos. Por eso, la responsabilidad civil constituía un mecanismo para la regulación del conflicto entre propiedades distintas; mientras que la culpa, como desenvolvimiento negativo de la voluntad, constituía un criterio para la selección de los intereses a tutelar⁽²⁸⁾, así como la voluntad, al ser productora de un negocio jurídico, hacía posible la circulación de la propiedad.

La autonomía negocial y la culpa no representaban otra cosa que el momento fisiológico y el momento patológico, respectivamente, de la acción voluntaria del sujeto de derecho, es decir, del propietario. La voluntad era la única vía a través de la que el

transformaciones jurídicas satisface, al mismo tiempo, el interés del negociante-comprador, que no tiene que hacer otra cosa que conquistar el consenso del vendedor. Entroncado en una voluntad, necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos, el concepto de negocio jurídico satisface **simultáneamente**, (realizando la igualdad formal del derecho, mediante esta simultaneidad), el interés del negociante-comprador (al ser suficiente la voluntad para producir efectos jurídicos) y el interés del propietario-vendedor (al ser necesaria la voluntad para producirlos)”. GALGANO. Op.cit.; p.938.

- (23) Este proceso que tiende a combinar las vicisitudes de la propiedad, del contrato, y de la responsabilidad aquiliana con el común denominador de la teoría de la voluntad, es analizado por ALPA y BESSONE. *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo I. pp.11 y ss.
- (24) Ha subrayado bien REBUFFA. *Origini della ricchezza e diritto di proprietà: da Quesnay a Turgot*. pp.64, 126 y ss.; que el presupuesto para el funcionamiento de las reglas del mercado consiste en construir un principio de igualdad que sea posible de ser referido, funcionalmente, a los sujetos que participan en el mercado. Ello tenía lugar ya en los tiempos de la revolución francesa, cuando la idea de ciudadano condujo a la construcción formal del sujeto de derecho. La categoría abstracta del negocio jurídico, fundada en el principio de la voluntad, fue el trámite que medió para permitir que los sujetos circularan jurídicamente. Cfr. GALGANO. *Voz Negozio...* Op.cit.; p.936.
- (25) Es sabido que el negocio se concibió como una expresión de la voluntad lícita, en oposición a la culpa, sintomática de una voluntad ilícita, y que, por sí misma, comportaba responsabilidad: Cfr. RODOTÀ. *Proprietà e industria, variazioni intorno alla responsabilità civile*. En: *Politica del diritto*. 1978. pp.416 y ss.
- (26) Cfr. DE CUPIS. Op.cit.; Tomo I. pp.137 y ss. “El paso hacia la responsabilidad ligada a la culpa constituye un gran progreso en la historia del Derecho: no es lícito volver a las rudas concepciones de los tiempos primitivos”. DE CUPIS. Op.cit.; p.146. Contr. CENDON. *El dolo nella responsabilità extracontrattuale*. p.227, que sostiene: “la irreductibilidad de la culpa es una realidad de tipo psicológico; de allí, su intrínseca distinción respecto del dolo”.
- (27) Cfr. ALPA y BESSONE. *I fatti...* Op.cit.; pp.16 y ss.; de los mismos autores, ALPA y BESSONE. *Atipicità dell' illecito*. Tomo I. pp.271 y ss.
- (28) Este aspecto ha sido analizado por Rodotà en diversos estudios RODOTÀ. *Modelli e funzioni...* Op.cit.; p.604; RODOTÀ. *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*. En: *Resp. civ.* 1978. pp.3 y ss.; y naturalmente, RODOTÀ. *Il problema...* Op.cit.; pp.64 y ss.

ordenamiento jurídico ligaba efectos jurídicos con la acción de un sujeto: la eficacia del contrato, la responsabilidad aquiliana. Y en lo tocante a este último aspecto, es constatable que existía una coincidencia total entre la esfera de la ilicitud y la esfera de la culpa: un hecho era ilícito, cuando la conducta culposa de un sujeto ocasionaba la lesión de un derecho absoluto ajeno⁽²⁹⁾.

La atribución a la culpa del rol de criterio de selección de los daños resarcibles cumplió una importante finalidad, desde el punto de vista de la distribución del costo de los daños. Y es en este nivel, propiamente, que se devela el límite de la pretendida función ética de la culpa. En realidad, en el sistema en mención, la atención del legislador se dirigía principalmente al comportamiento del agente; la conducta consciente y voluntaria de este último era la que devenía en fuente del daño, por ser ilícita. El objetivo principal de la responsabilidad civil era, entonces, el de castigar la acción culpable mediante el resarcimiento, y la indagación sobre la culpa no podía llevarse a cabo si no era evidenciando todos los aspectos psicológicos y subjetivos de la acción. En efecto, la represión que se realizaba con el

resarcimiento no tenía la menor eficacia, si no se atacaba la voluntad del sujeto en su manifestación negligente, carente de pericia o imprudente⁽³⁰⁾.

Desde el punto de vista de la distribución del costo del daño, una concepción de ese tenor conduce a reducir significativamente el área del daño resarcible, pues no se admite el resarcimiento de los daños anónimos, inevitables⁽³¹⁾, y tampoco el de los daños que se verifican aún en ausencia de la menor ligereza en la conducta del dañador⁽³²⁾. En tales casos, el perjuicio se deja allí mismo, donde recae. Se tiende a mantener fuera del área de la responsabilidad civil el perjuicio de que no se pueda ligar con la actividad del sujeto propietario cuando falte voluntad de su parte, o bien cuando el interés a tutelar no se coloque en el interior de la lógica propietaria en sentido estricto. El caso más destacado fue el de los infortunios laborales⁽³³⁾. En sustancia, no se resarce los daños que no pueden reconducirse a un conflicto interno entre distintas propiedades.

Ahora bien, siendo la mayor parte de los daños causados por el desarrollo industrial daños anónimos o inculpables, la consecuencia fue que su costo no se inscribiera como pasivo de las empresas, porque se

(29) Cfr. ALPA y BESSONE. *Atipicità dell'illecito*. Tomo I. pp.379 y ss.; ALPA y BESSONE. *I fatti...* Op.cit.; pp.16 y ss.

(30) Cfr. DE CUPIS. Op.cit.; Tomo I. p.24; lo que se asume se basa en el presupuesto de que "la culpa, como se ha visto, no puede encontrarse al margen de la antijuridicidad"; por lo tanto, "el daño no antijurídico es también no culposo". DE CUPIS. Op. cit.; p.152. Así, se atribuye a la culpa la característica de criterio de selección del daño resarcible.

(31) Entre estos daños figuran, por ejemplo, las lesiones ocasionadas a quien se somete a una vacunación obligatoria, aunque cuando no sea constatable una culpa por parte del ente suministrante. Sobre el tema, Cfr. el Trib. Milano, 20 diciembre 1990; en: *Foro it.* 1991. Tomo I. p.1239; con nota de Ponzanelli, "Equo ristoro" e danni da vaccinazione antipolio, en la que se recuerda la Corte cost., 22 junio 1990, 307, donde se declaró constitucionalmente ilegítima la ley del 4 de febrero de 1966, n.51, en la medida que no contemplaba ninguna forma de indemnización favorable a quien sufriera contagio a causa de una vacunación. En el caso *de quo*, se consideró tanto el resarcimiento del daño, como la indemnización (mil millones en el primero, seiscientos millones el segundo). De cualquier modo, el caso es emblemático, porque demuestra la sensibilidad hacia una categoría de daños, "los daños inevitables", que quedarían sin resarcimiento según la lógica de la culpa.

(32) Aludo a los daños que son consecuencia del desarrollo del proceso económico, al cual se refiere RODOTÀ. *Il problema...* Op.cit.; p.21: "el cambio de calidad en el daño no es tanto una consecuencia de la multiplicación de las hipótesis ya citadas, como sí lo es respecto del surgimiento de hipótesis distintas, dispuestas a prevalecer numéricamente sobre las primeras. En las áreas marcadas por el progreso, el hecho dañoso no es más el producto de una fatalidad ciega, de un destino adverso, que impide prever la verificación del daño: deviene en un hecho ordinariamente acompañado por el operar humano, manteniéndose apartado, sin embargo, de la configuración tradicional del elemento de la voluntad, desde el momento en que se trata de daños que **deben** producirse. Por otro lado, las modalidades de verificación de este hecho inevitable, hacen que sean vanos los criterios empleados para la conexión de la acción dañosa con un sujeto determinado. En tal sentido (es decir, aludiendo a lo que se mantiene del esquema habitual), bien puede concluirse que mientras más se le vincule directamente con datos industriales y técnicos, el daño deviene en **anónimo**". Un concepto semejante ha sido el punto de partida de todos los autores que se han ocupado del daño por la circulación de productos industriales: ALPA y BESSONE. *La responsabilità del produttore*. p.1.

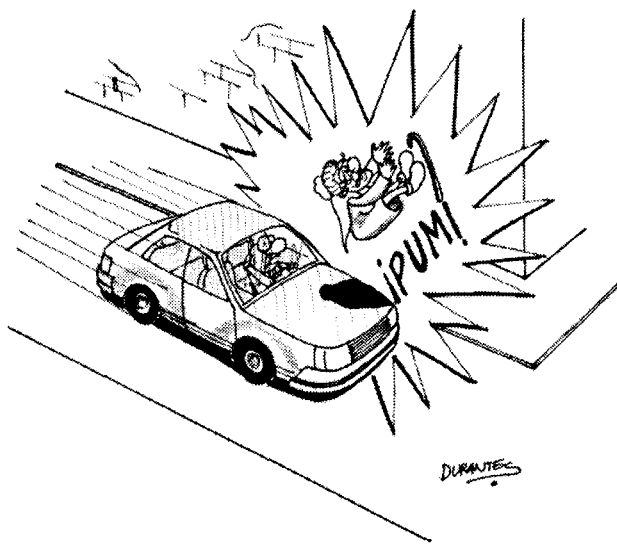
(33) Un análisis profundo de dichas cuestiones es emprendido por ALPA y BESSONE. *I fatti...* Op.cit.; pp.12 y ss., quienes destacan que el sector de los infortunios sobre el trabajo fue realmente el que dio mayor impulso a la investigación hacia formas de responsabilidad objetiva: "las primeras organizaciones sindicales, en tutela de los trabajadores, son la razón primaria de la introducción de normas (excepcionales) por los infortunios y promotores, por ende, de las primeras excepciones al principio "no hay responsabilidad sin culpa". COMPORTI. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. p.18, nota 21, para una bibliografía adicional. Me limito a señalar a COVIELLO. *La responsabilità senza colpa*. En: *Riv. it. scienze giur.* 1897. pp.3 y ss.

trataba de perjuicios que no eran resarcibles. Desde una perspectiva distinta, eso significa que fueron los dañadores los que financiaron la industria en la fase del capitalismo ochocentista. La lógica liberal de dejar el daño allí donde éste recaía comportó una suerte de inmunidad para la burguesía empresarial en ascenso, que tuvo como consecuencia directa la de facilitar la acumulación de capital, con perjuicio de las víctimas, aunque no mediara culpa⁽³⁴⁾. Hoy como ayer, respecto de ciertas categorías de daños, es imposible determinar con precisión la culpa del agente y a menudo no se puede ni siquiera individualizar certeramente al responsable.

A todo ello se debió la caída del sistema individualista sometido a las reglas de la responsabilidad civil fundada en la culpa, sistema que, además de su ineficiencia, demostraba también su iniquidad. Frente a esta constatación objetiva, tampoco son satisfactorios los argumentos de carácter moral, en apoyo de un modelo atornillado en la culpa. Como se ha afirmado desde el último decenio del siglo pasado, la connotación moral que califica a la culpa, y que implica una función sancionatoria de las reglas de responsabilidad civil, no conduce a delinear un criterio idóneo para administrar todas las hipótesis de daño.

La noción de culpa, en su acepción psicológico-moral, no posibilita una distribución equitativa del costo de los daños⁽³⁵⁾. Es usual, en efecto, que una negligencia levísima vaya de la mano con un daño significativo; viceversa, una culpa grave no deriva necesariamente en un daño igual de grave⁽³⁶⁾. Más aún: existen ciertas actividades que son dañosas fisiológicamente, pero que son socialmente productivas, y por ende no reprimibles.

Sobre estos casos, la lógica moral que pretende sancionar cualquier ilícito revela toda su limitación e incapacidad para ser un medio eficaz, inclusive en el aspecto de la prevención de los accidentes⁽³⁷⁾.



Surge aquí una nueva gama de problemas. Por parte de los defensores de la concepción psicológico-moral de la culpa, se decía que la superioridad de ésta se expresaba, sobre todo, en el plano de la prevención de las hipótesis de daño. Cierta asimilación del resarcimiento a la pena habría asegurado, por lo tanto, una función desincentivadora⁽³⁸⁾, a la par con la función que desarrolla la condena a una pena criminal. Ahora bien, esta idea también ha sido abandonada por la reciente, y más acreditada, doctrina penalista⁽³⁹⁾. Por

(34) Estas consideraciones, a las que se adhiere unánimemente la doctrina más reciente, revelan la falsedad de la tesis que atribuye a la culpa el rol de supremacía, y expresiva, al mismo tiempo, del progreso moral del Derecho. "Es claro que del aniquilado valor de la empresa forman parte no sólo las energías laborales, el material empleado, el deterioro de las máquinas, sino también los daños que el ejercicio de la empresa ocasiona regularmente a los terceros". TRIMARCHI. *La responsabilità civile*. En: RODOTÀ (coordinador). *Il diritto privato nella società moderna*. p.432; que desarrolla otra vez la opinión que expusiera en *Rischio e responsabilità oggettiva*. pp.34 y ss.

(35) El problema es examinado, sobre todo, en la literatura extranjera, Cfr. CALABRESI. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*. pp.369 y ss; CASTRONOVO. *Problema e sistema nel danno da prodotti*. pp.612 y ss.

(36) Cfr. TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità civile*. pp.9 y ss., *passim*; COMPORTI. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. pp.19 y ss.

(37) Cfr. ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo I. p.23; ALPA y BESSONE. *Il fatti...* Op.cit.; p.37 y ss.

(38) Nota del traductor : *Deterrente* en el original.

(39) De ello da cuenta NUVOLONE. *Voz Pena (dir. pen.)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. p.789; citando una compilación de ensayos presentados a un congreso organizado por la Universidad Católica de Milán, entre el 7 y 8 de marzo de 1979; AAVV. *Teoria e prassi della prevenzione dei reati*. Al cuidado de Romano y Stella. El autor defiende una posición contraria, a pesar de reconocer que la pena como castigo tiene en su base la idea de la "retribución". "La prevención general no pertenece a la esencia lógica de la pena, pero constituye la justificación práctica de ella". Sin mencionar que el sistema del así llamado "concordato" (*patteggiamento*), introducido

lo general, la interpretación que se brinda sobre el momento de la represión postula una necesidad objetiva de esta última. La función desincentivadora de la pena, si bien no ha desaparecido por completo, ha venido limitándose a casos bastante marginales, como los de la delincuencia común y ocasional.

El fenómeno asume una dimensión más vasta en el ámbito del ilícito civil. Aquí, como muchas veces se destacó en el transcurso de los años sesenta, no se puede atribuir a la responsabilidad civil una única función. Existen diversas funciones, y todas se coordinan entre sí, a pesar de que la predominante sea, ciertamente, la función reparatoria. El objetivo principal de las reglas de la responsabilidad civil no puede ser otro que el de asegurar a las víctimas el resarcimiento por la lesión padecida⁽⁴⁰⁾. Todas estas consideraciones han conducido a concluir que, desde una perspectiva de macro-sistema, el intento preventivo o represivo, aunque presente, no puede tener más que un rol accesorio respecto de la finalidad de restablecer el patrimonio del damnificado.

4 El abandono del modelo liberal.

El modelo de la responsabilidad civil, y sus funciones, han venido cambiando desde el momento en que la propiedad perdió el rol central en el interior del sistema del derecho privado. Las etapas fundamentales de este proceso se evidenciaron en la lógica que condujo a la dación del código civil de 1942, y fundamentalmente en la nueva sistematización de las categorías privatísticas, operada por el texto constitucional⁽⁴¹⁾.

En cuanto al primer aspecto, es oportuno un breve apunte sobre la muy conocida contraposición introducida con el nuevo código: o “civilización” del derecho comercial, o bien “comercialización” del derecho civil. Es suficiente dejar constancia de que la versión del problema, en estos términos, demuestra cómo la propiedad perdió el rol central en el sistema⁽⁴²⁾.

La esencia del contrato, que se deduce de la definición del artículo 1321⁽⁴³⁾, no es un modo de transferencia de la propiedad⁽⁴⁴⁾; por lo tanto, tampoco

por el código procesal penal vigente ha contribuido a reducir la idea de una función desincentivadora de la pena criminal.

(40) Una amplia reseña de las distintas finalidades que la doctrina ha atribuido a la responsabilidad es desarrollada por ALPA. *Ingegneria sociale...* Op.cit.; Tomo I. p.6 y ss. Vale la pena recordar dichas funciones, siguiendo la relación propuesta por el mismo Alpa: a) publicidad negativa de los procedimientos judiciales; b) distribución eficiente de las pérdidas; c) reducción de los costos de transacción y de los costos judiciales; d) emplear la distribución correcta de los costos de las pérdidas como presión sobre las empresas para reducir los daños; e) satisfacer la necesidad de seguridad de las personas; f) ejercitar un control social sobre las actividades humanas; g) asegurar al sistema capitalista el máximo beneficio conteniendo el daño resarcible, si bien evitando que la pérdida se deje allí donde recae; h) preparar la intervención del legislador en sectores en los que hay ausencia de reglas específicas. Esta última función, aunque fundada en la tesis de CALABRESI. *La responsabilità civile come diritto della società mista*. En: *Pol. dir.* 1979. pp.665 y ss., destaca entre las demás, por cuanto no concibe la responsabilidad civil como sistema de la sociedad mixta, adaptado para dejar al libre mercado la función de filtro de los intereses privados. Alpa considera que “intereses sociales que trascienden la iniciativa del individuo justifican la intervención del legislador”. ALPA. *Ingegneria sociale...* Op.cit.; Tomo I p.10. En este aspecto, la responsabilidad civil actúa sólo como criterio para guiar al legislador hacia sectores nuevos, privados de una disciplina específica.

(41) El fenómeno constituye un dato adquirido por nuestra doctrina jurídica. Entre las contribuciones más significativas se señala a RODOTÀ. *Proprietà (diritto vigente)*. En: *Noviss. dig. it.* pp.129 y ss.; NICOLÒ. *Voz Codice Civile*. En: *Enciclopedia del Diritto*. p.242; GALGANO, Francesco. *Voz Negozio...* Op.cit.; p.941, que toma el fenómeno como un fundamento para evidenciar que “el Código Civil no es más el ‘estatuto de la sociedad civil’ como sociedad separada del Estado: se convierte, más bien, en un programa de política económica”. Análogas consideraciones se encuentran en ALPA. *Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile*. En: *Pol. dir.* 1986. p.607, si bien en relación con las transformaciones en la noción de derecho privado.

(42) Además de los autores citados en la nota precedente, Cfr. las reflexiones adicionales de RODOTÀ. *Proprietà e categorie di beni*. En: RODOTÀ (coordinador). *Il controllo sociale delle attività private*. pp.287 y ss.; DE MARTINO. *Della proprietà*, en este *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Sub artículo 832. pp.144 y ss.; COCO. *Crisi ed evoluzione nel diritto de proprietà*. pp.1 y ss. También las agudas observaciones de IRTI. *La cultura del diritto civile*. pp.3 y ss. y pp.31 y ss.

(43) Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “Artículo 1321. Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir, entre ellas, una relación jurídica patrimonial”. “Artículo 1376. Contrato con efectos reales.- En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real, o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consenso de las partes, legítimamente manifestado”. “Artículo 922. Modos de adquisición.- La propiedad se adquiere por ocupación, por invención, por accesión, por especificación, por unión o confusión, por usucapión, por efecto de los contratos, por sucesión por causa de muerte y de los otros modos establecidos por la ley”.

(44) En el artículo 1321 falta, asimismo, esta función, y esta es la razón del artículo 1376 que se conexiona bien con el artículo 922.

la responsabilidad civil puede ser concebida como un instrumento para regular los conflictos entre los propietarios.

En el segundo aspecto, como es bien sabido, la constitución italiana no ha incluido a la propiedad, ni a su tutela, entre los principios fundamentales, sino más bien en la parte en la que se regula los derechos y deberes de los ciudadanos. Adicionalmente, abandonada la noción ochocentista de derecho sagrado e inviolable, se ha establecido que la propiedad se somete a los límites necesarios para asegurar su función social, y para hacerla accesible a todos⁽⁴⁵⁾. Para este mismo propósito (sin entrar todavía en el meollo del debate acerca de la noción de función social y de la posibilidad de conciliar ésta con la calidad de “absoluto” del derecho) se observa que la imagen actual de la propiedad no tiene mucho en común con la idea que imperó en las anteriores codificaciones. Se puede sostener, por añadidura, que de haber sido un instituto objeto de tutela, la propiedad se ha transformado en un instrumento para la realización de un proyecto: el modelo de sociedad planificado por el legislador constitucional.

Al cambiar la concepción de la propiedad, también se transforma, de manera inevitable, el rol y la función del contrato. Como bien se ha sostenido, el abandono de la idea del contrato como medio para transferir la propiedad ha significado el traslado de la atención de la persona del contratante al acto mismo: de la voluntad de sujeto al intercambio, en cuanto momento comprendido en el fenómeno, más amplio, de la

circulación de la riqueza⁽⁴⁶⁾. Los principios dictados para la conservación de los efectos del contrato responden a esta lógica precisa, que es la de privilegiar el acto de intercambio en lugar de la voluntariedad del contrato y del deseo de generar aquellos efectos. Con este argumento se explica por qué la ley permite el sacrificio del interés de uno de los dos contratantes, para conseguir la conservación del contrato⁽⁴⁷⁾.

Hay más, sin embargo. El contrato ha devenido en un instrumento de gobierno del mercado por parte de las empresas. La producción y la distribución masivas han dado lugar a una estandarización de las actividades negociales. Los contratos *standard*, y los concluidos mediante condiciones predispuestas unilateralmente, garantizan a la empresa el poder sobre los actos particulares de intercambio. Aquí la atención en la posición del contratante privado cede el paso frente a la perspectiva de un control generalizado sobre el acto de intercambio, en cuanto parte del fenómeno circulatorio en su conjunto⁽⁴⁸⁾. Por lo tanto, el contrato deja de ser concebido exclusivamente en función de la adquisición de la propiedad: asume ahora una dimensión social, porque la circulación de la riqueza (y no de la propiedad en cuanto riqueza) ha devenido en objeto de tutela⁽⁴⁹⁾. Al igual que la propiedad, el contrato ya no es un instrumento de tutela privilegiado de la voluntad individual, sino más bien un instrumento para la realización de un proyecto: el modelo de sociedad planificado por el legislador.

Este proceso, que ha conducido a una socialización sustancial de los institutos cardinales del derecho

(45) Cfr. PUGLIATTI. *La proprietà nel nuovo diritto*. pp.141, 277 y ss.; NATOLI. *La proprietà*. pp.116 y ss.; más recientemente, RODOTÀ. *Rapporti economici*. En: *Comm. della Cost.*, Al cuidado de Branca. sub artículo 42, pp.111 y ss., que, reexaminando el problema desde el punto de vista de la función social, reconstruye las distintas tendencias y atribuye a la propiedad una nueva configuración; ID. *Il terribile diritto*. Cfr., asimismo, GALGANO, Francesco. *Diritto...* Op.cit.; p.119, que resuelve el problema de la contradicción de la propiedad, al mismo tiempo derecho y función, de este modo: “La función social de ‘asegurar’ se refiere, no a la propiedad privada, como *derecho* sobre las cosas, sino más bien como derecho a las cosas objeto de propiedad privada. La norma constitucional expresa la exigencia de un *destino social*, o sea, para ventaja de todos, de los recursos y, en general, de la riqueza, inmobiliaria y mobiliaria, aunque ésta se encuentre en manos privadas”. ID., *Immagini della proprietà*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982. pp.818 y ss.; TARELLO. *La disciplina costituzionale della proprietà privata. Lezioni introduttive*. p.27. También RESCIGNO. *Per uno studio sulla proprietà*. En: *Riv. dir. civ.* Vol.I, 1972. p.35; quien subraya que la propiedad no se cuenta más entre los “derechos inviolables del hombre”.

(46) Cfr. GALGANO, Francesco. *Voz Negozio...* Op.cit.; pp.941 y ss.

(47) *Ibid.*; p.946, en particular, para los realces en torno de la tutela del tercero de buena fe.

(48) La literatura en materia de condiciones generales de contratación es demasiado vasta. Se señala sólo algunas de las contribuciones que de manera especial han evidenciado el fenómeno de la estandarización como sinónimo de la racionalización operada en el mercado, a través del instrumento contractual; GENOVESE. *Le condizioni generali di contratto*. pp.230 y ss.; ROPPO. *Contratti standard*. pp.173 y ss.; MAZZONI. *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*. pp.15 y ss.

(49) Se ha llegado a destacar que como consecuencia del uso uniforme de los modelos contractuales que se está imponiendo una nueva *lex mercatoria*. GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Tomo I. pp.86 y ss.

privado, no podía dejar de tener correspondencia con una función distinta de la responsabilidad civil. Después de ser un sistema predispuesto para regular los conflictos entre propietarios⁽⁵⁰⁾, la responsabilidad civil se ha convertido en una estructura abierta, capaz de gobernar oposiciones entre múltiples intereses, de recibir nuevas demandas, muchas de éstas superpuestas, inclusive, a aquéllas socio-institucionales, propias del sistema de la aseguración o de la previsión social: piénsese, por ejemplo, en las más recientes formas de tutela de la salud del dependiente damnificado en el ambiente del puesto de trabajo. La tendencia más reciente puede resumirse en dos fenómenos: por un lado, el traslado de la atención desde el autor del hecho a la víctima; de otro lado, la idoneidad de la cláusula general de injusticia para recibir y atribuir tutela a una serie de intereses distintos de aquéllos que son objeto de derechos subjetivos absolutos. Los dos momentos aparecen como complementarios y expresivos del proceso de socialización del costo de los daños, connatural a todos los países más evolucionados. Socialización que se realiza, directamente, emparejando la responsabilidad civil con la institución del seguro obligatorio para algunos sectores de la actividad humana⁽⁵¹⁾; o indirectamente, a través del empleo de criterios de

imputación de responsabilidad que, prescindiendo de la culpa, permiten colocar el costo del daño en cabeza del sujeto mejor capacitado para redistribuirlo sobre la colectividad, bajo la forma del aumento del precio de los bienes cedidos, o bien bajo la forma del recargo de los costos de las primas de seguro en los precios de los productos⁽⁵²⁾.

5 Crisis de la responsabilidad civil y nuevas funciones.

Este proceso de socialización que ha afectado tanto a la propiedad como al contrato y a la responsabilidad civil, ligado con el fenómeno de la gran producción y distribución masificada⁽⁵³⁾, ha hecho, así, que por casi treinta años una conspicua parte de la literatura jurídica, al hablar de la responsabilidad civil, anteponga sustantivos como “crisis”, “declinamiento” y “muerte”⁽⁵⁴⁾. En el comienzo, al hacerse referencia a los conceptos de crisis y de declinamiento, se quería expresar que áreas en un tiempo disciplinadas por la responsabilidad civil, habían sido separadas de ésta, debido a la ventaja de técnicas socio-institucionales como la introducción del régimen de seguros y la previsión social⁽⁵⁵⁾. Actualmente, cuando se habla de

(50) Rodotà ha remarcado bien este aspecto que vincula la transformación del modelo de la responsabilidad civil, y de sus funciones, con la transformación de la sociedad agrícola en la sociedad industrial, cuyo momento inicial tuvo lugar en curso del siglo pasado. El examen de las funciones de la responsabilidad civil en el Capitalismo maduro se desarrollará en el parágrafo sucesivo. RODOTÀ. *Modelli e funzioni...* Op.cit. p.597.

(51) Cfr. para algunos alcances, FRANZONI, Massimo. *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*. pp.1 y ss.; PONZANELLI. *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*. En: *Riv. crit. dir. priv.* 1987. pp.6 y ss.; LARROUMET. *Il nuovo sistema francese di risarcimento del danno alle vittime di incidenti stradali fra responsabilità civile e indennizzo automatico (a proposito della loi No.85-677 del 5 luglio 1985)*. En: *Riv. crit. dir. civ.* Vol.I, 1986. pp.451 y ss.; ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo II. pp.243 y ss.

(52) Esta es la tesis central de CALABRESI. *Costo degli incidenti...* Op.cit.; y de TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva*. pp.19 y ss.

(53) El fenómeno es descrito por ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo I. pp.11-23; constituye, a decir verdad, el asa portadora de la construcción de RODOTÀ. *Il problema...* Op.cit.; pp.35 y ss. y pp.79 y ss, que alude a la lesión de la solidaridad con el criterio para calificar la injusticia del daño así como SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, p.77, individualizaba en el mismo principio el límite del derecho subjetivo: “el derecho subjetivo alcanza hasta donde comienza la esfera de la solidaridad”. Desde esta perspectiva puede apreciarse la modificada función del Código Civil, que de ser un estatuto de la sociedad civil deviene en un programa económico de la sociedad civil: Cfr. GALGANO, Francesco. *Voz Negozio...* Op.cit.; p.941. Naturalmente, se opone a la idea de nuevas concepciones sobre la responsabilidad civil, inclusive a la luz de las transformaciones económico-sociales, DE CUPIS. *Problemi e tendenze attuali della responsabilità civile*. En: *Riv. dir. comm.* Vol.I, 1970. pp.95 y ss.; DE CUPIS. *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*. En: *Riv. dir. civ.* 1979. pp.319 y ss.; DE CUPIS. *Sul tema del danno e del risarcimento*. En: BUSNELLI y SCALFI (coordinadores). *Le pene private*. pp.321 y ss.

(54) La exposición más orgánica de este problema se debe a SALVI. *Il paradosso...* Op.cit.; pp.126 y ss.; SALVI. *Voz Responsabilità extracontrattuale...* Op.cit.; pp.1257 y ss.; y también a RODOTÀ. *Modelli e funzioni...* Op.cit.; pp.595 y ss. El problema es destacado por TUNC. *Le spectre de la responsabilité civile*. En: *Rev. int. dir. comp.* 1978. pp.1032 y ss.; ATIYAH. *Accidents, compensation and the law*. pp.617 y ss.; FLEMING. *The law of torts*. p.13.

(55) Verdaderamente, la función reparatoria propia de todo modelo solidarístico puede realizarse de manera más eficaz adoptando formas

crisis de la responsabilidad civil, se alude a un fenómeno completamente distinto. Se hace referencia al hecho de que el instituto, por estar encaminado a realizar funciones incompatibles con su naturaleza y con la normativa que lo regula, en sectores en los que era impensable que pudiese ser utilizado, corre el riesgo de perder su propia fisonomía unitaria⁽⁵⁶⁾. Se trata de una crisis paradójica, como se la ha definido: de una crisis por exceso de *inputs*, es decir, provocada por una sobreabundancia de usos y de funciones heterogéneas entre sí⁽⁵⁷⁾. “Sancionar, prevenir, restaurar, hacer justicia, vengar, diluir el cálculo de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, colocar los recursos del modo más eficiente, controlar las actividades productivas y los servicios públicos y los servicios públicos, garantizar el funcionamiento óptimo del mercado y el valor primario de la persona humana son tareas demasiado numerosas y contradictorias, no sólo para el Título IX del Libro IV, sino para cualquier sistema positivo. La idea de la reparación de la víctima del daño permanece así, sumergida en una sobreabundancia esquizofrénica de fines y de objetivos, que impide vincular la explosión de la responsabilidad civil con una motivación unitaria, y, por ende, con principios operativos unitarios⁽⁵⁸⁾”.

Hay más, sin embargo. Desde el punto de vista del modelo, esta pluralidad de funciones incide sobre su construcción unitaria, dado que se pone en duda que

la reparación del daño y la atención a la posición de la víctima constituyan las únicas finalidades del instituto y que por lo mismo sean capaces de inspirar la disciplina en su totalidad. En este aspecto, la idea de quien ha propuesto una concepción unitaria de la responsabilidad, a pesar de la presencia de distintos criterios de imputación, ha sido sometida a críticas⁽⁵⁹⁾.

Ciertamente, si el resarcimiento de la víctima fuese la única finalidad del instituto no existirían razones válidas para que la responsabilidad no se identificara con la mera causalidad del evento⁽⁶⁰⁾. Ocurre, sin embargo, que es común que el juicio de responsabilidad no apunte solamente a resarcir⁽⁶¹⁾, sino también a sancionar o a prevenir ilícitos⁽⁶²⁾. En suma, si bien la función de compensar a las víctimas es común tanto a la responsabilidad cuanto al resarcimiento, no se agotan en ella todas las funciones de la responsabilidad por hecho ilícito.

Se ha expuesto como crítica, asimismo, una teoría que ha acentuado la irreducible bipolaridad de la institución, individualizada en la presencia simultánea de una responsabilidad por “acto ilícito” y de una responsabilidad objetiva por “riesgo lícito”. El presupuesto de la bipolaridad se justificaría con la tradicional función sancionadora y preventiva que continúa desarrollando la culpa, en la responsabilidad por ilícito civil⁽⁶³⁾, mientras que la responsabilidad por riesgo lícito estaría dirigida hacia una finalidad

de indemnización directa del daño, en lugar de recurrir al esquema de la responsabilidad civil. Cfr. el análisis del sistema sueco, desarrollado por PONZANELLI. En: *Riv. crit. dir. priv.* 1987. p.21; y del sistema *no-fault* neozelandés, en ALPA y BESSONE. *I fatti illeciti*. En: *Tratt. dir. priv.* Dirigido por Rescigno. Vol.XIV. p.390 y ss.

(56) Cfr. ALPA y BESSONE, *I fatti illeciti*. Supra nota 55. pp.464 y ss.; ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo II. pp.309 y ss.; donde se cita doctrina adicional. Téngase presente que en la segunda edición de esta obra (la primera data de 1976), los autores se han apartado de la tesis inicial.

(57) Cfr. las observaciones de RESCIGNO. *Manuale del diritto privato italiano*. p.644.

(58) SALVI. *Il paradossoso...* Op.cit.; p.128; sobre las distintas funciones de la responsabilidad civil, Cfr. ALPA y BESSONE. *I fatti illeciti*, pp.464 y ss.; ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit, Tomo II. pp.313 y ss.; ALPA. *Responsabilità civile e danno*. pp.59 y ss.

(59) En tal sentido SALVI. *Il paradossoso...* Op.cit.; p.129.

(60) En este mismo sentido, TRIMARCHI. *Causalità e danno*. p.53; que critica la construcción unitaria de Rodotà, replicando, simultáneamente las críticas de este último contra su primera obra sobre el tema RODOTÀ. *Rischio e responsabilità oggettiva*.

(61) Así lo afirma RIPERT. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. pp.305 y ss.; que amoneda, asimismo, la fórmula “de la responsabilidad a la reparación”, en oposición a JHERING. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, “*Festschrift Birnbaum*”. 1867. p.49, quien había sostenido que “no es el daño lo que obliga al resarcimiento, sino la culpa”.

(62) La principal crítica contra los objetivistas radica en que, al perderse la culpa, y con ella la idea del resarcimiento como sanción, la responsabilidad civil no estaría más en capacidad de desarrollar ninguna finalidad en materia de prevención de los daños. Cfr. FRANZONI. *Prevenzione e risarcimento nel danno da prodotti industriali*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982. pp.105 y ss.; para citas doctrinarias adicionales. La defensa de la culpa en los sistemas socialistas es expuesta por EÖRSI, de cuyo pensamiento se ocupa RODOTÀ. *Il problema...* Op.cit.; pp.68 y 164. Crítico en lo concerniente a la función preventiva de la culpa es SALVI. *Il paradossoso...* Op.cit.; pp.132 y ss. (texto y notas) y pp.151 y ss.; para el examen de la culpa en los sistemas socialistas.

(63) Como se sabe, la tesis es de TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva, passim*. Con un discurso diferente, sin embargo,

esencialmente reparatoria. Razones de carácter textual se combinan contra esta concepción: la idea de resarcimiento como sanción presupondría que su determinación puede tener en cuenta la gravedad de la culpa, como sucede con la pena criminal⁽⁶⁴⁾. Considérese, igualmente, que en nuestro sistema está excluida la figura del daño ejemplar o punitivo, que podría desarrollar funciones análogas a las del resarcimiento entendido como pena privada⁽⁶⁵⁾. Sólo bajo estas condiciones la responsabilidad culposa podría desarrollar eficazmente su finalidad, según el esquema prohibición-sanción. Queda, además, el problema de que el criterio del riesgo, al tiempo de no constituir un parámetro unitario, no tiene referencias normativas directas. En el estado actual, el riesgo aparece como un criterio descriptivo y resumido de una pluralidad de supuestos normativos, que no en todos los casos son homogéneos entre ellos⁽⁶⁶⁾.

Específicamente en consideración de la crisis por

exceso de *inputs*, que ha impactado las concepciones que tendían a reconstruir los distintos supuestos de responsabilidad en torno de un modelo unitario⁽⁶⁷⁾, hay quien atribuye a la institución una nueva función.

Ésta consistiría en indicar al legislador los sectores en los que se debe intervenir con las medidas idóneas⁽⁶⁸⁾. Así como el instituto, al estar gobernado por una cláusula general, es fácilmente adaptable a situaciones múltiples, es idóneo, del mismo modo, para señalar al legislador la necesidad de una intervención para regular un complejo homogéneo de conflictos, respecto de los cuales las normas ordinarias no son idóneas. Así las cosas, la responsabilidad civil constituiría un sistema preparatorio de la intervención del legislador, y tendría, por lo tanto, una función -por decirlo así- previsoría.

“El proceso de juridificación afronta la dinámica de las relaciones privadas y en lugar de plantearse como un sistema ideal para la sociedad mixta, la responsabilidad parece plantearse como un sistema en

MAIORCA. *Voz Colpa civile (teoria gen.)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. pp.557 y ss.; también llega a afirmar que existen supuestos de ilícito en los que son indispensables el dolo o la culpa, y supuestos legales de responsabilidad que se fundan en criterios de imputación distintos del elemento subjetivo de la culpa. Este último autor, al mismo tiempo de justificar sólo formalmente la bipolaridad, no está del todo motivado para indicar cómo debe ser interpretada la responsabilidad sin culpa. Cfr. igualmente DEVOTO. *La concezione analitica dell'illecito*. En: *Riv. dir. civ.* Vol.I, 1965. p.501; que habla de responsabilidad por conducta y de responsabilidad por acontecimiento, subrayando que únicamente en el primer caso es aplicable el artículo 2046. También, ID. *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*. p.50.

(64) Cfr. TRIMARCHI. *Causalità e danno*. p. 54; TRIMARCHI. *Voz Illecito (diritto privato)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. p.92. Es singular la posición de CIAN. *Antigiuridicità colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*. pp.391-3914, según el cual, el acto culposo sería ilícito, inclusive en el supuesto de que faltara el daño, es decir, en el caso que el ordenamiento renunciase a aplicar la sanción.

(65) Cfr. ZENO-ZENCOVICH. *Pene private e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*; PONZANELLI. *Il "quantum" dei punitive damages nei "mass disaster"*; ambos en: *Le pene private*. pp.375 y ss., pp.389 y ss.; CENDON. *Pene private e responsabilità civile*. En: *La responsabilità civile*. Al cuidado de CENDON. p.257 y ss.

(66) Es conocida la crítica de SCOGNAMIGLIO. *Voz Responsabilità civile*. En: *Noviss. dig. it.* p.636, resumida en el siguiente pasaje: la teoría del riesgo beneficio “se presta a la grave objeción de atribuir relevancia jurídica a un argumento que jamás puede representar una razón mediata para ciertos supuestos legislativos: en los casos en que su formulación más rigurosa es invocada -y éste es el punto más preocupante- como un criterio sobre el cual fundar, y por medio del cual hay que integrar, las situaciones normativas correspondientes; siguiendo, al lado del mismo tenor de las normas legales invocadas, las sugerencias de la realidad socio-económica”. Con términos análogos dice RODOTÀ. *Il problema...* Op.cit.; pp.176 y ss.: “la responsabilidad por riesgo (de empresa en particular) parece erigir, sobre todo, una expresión elíptica, comprensiva de criterios diversos, que en lo concerniente a las hipótesis legislativas consideradas, se expresan más directamente en los criterios de la preferencia, del derecho real o de la disponibilidad del bien-medio del evento dañoso, del ejercicio de una actividad peligrosa. Es decir, que parece lícito, entender que a la calificación que se discute ahora se le debe atribuir un valor únicamente descriptivo de algunos elementos comunes a hipótesis diversas, y no un significado semántico particular”. Y añade: “en la base de esta construcción, entonces, no se encuentra tanto la opinión tradicional sobre la contraposición en el sistema de la responsabilidad civil de un criterio normal (culpa) y de otros excepcionales; en esa base se encuentra más bien la convicción de que en el interior del sistema mismo existe una insuperable dicotomía de supuestos; y el interés práctico de la construcción consistiría básicamente en la reducción a unidad de una serie de hipótesis en las que el mismo ordenamiento ha demostrado considerar inoperativo el criterio de la culpa”. Por lo tanto, concluye: “la sistematización del juicio de responsabilidad que proponemos (...) bien permite negar que en el ordenamiento italiano, la culpa tenga un rol especial en el sistema de la responsabilidad civil, y consecuentemente, negar que al diversificarse el criterio cambie la estructura del supuesto”. La reciente ley sobre la responsabilidad del productor ha introducido el concepto del riesgo, no como un criterio de imputación de responsabilidad, sino como una regla para repartir el costo del daño en vía de regreso.

(67) Esta es la premisa del discurso de SALVI. *Il paradosso...* Op.cit.; pp.123 y ss.

(68) Cfr. ALPA y BESSONE. *I fatti illeciti*. p.467; ALPA. *Ingegneria sociale e amministrazione del danno*. En: ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo I. p.10.

el que primero se enfrentan, luego se encuentran, y al final se componen intereses antiguos e intereses nuevos; todos, sin embargo, a la espera de una tipificación legislativa⁽⁶⁹⁾”.

6 Responsabilidad civil y circulación de la riqueza.

Inclusive antes de ser un sistema para la reparación de los perjuicios padecidos por los damnificados no culpables, la responsabilidad civil es un instituto destinado a operar en el ámbito de la circulación de la riqueza.

Es sabido que el sistema jurídico vigente alienta la más amplia y segura circulación de la riqueza: el código civil cuenta con diversas disposiciones para este propósito, dentro y fuera del ámbito de los contratos. Basta señalar aquí el conjunto de reglas que prevé la conservación de los efectos del contrato, la tutela del tercero de buena fe, y el disfavor hacia los vínculos perpetuos, que se deduce de la normativa sobre caducidad. Se aprecia, sin embargo, que al lado de las normas que expresan un favor incondicional hacia la circulación -la más amplia y la más segura posible⁽⁷⁰⁾- existen otras normas que seleccionan cualitativamente el fenómeno, mediante la atribución de poderes al juez

al momento de verificar la congruencia causal del contrato, en el aspecto de la justificación económica del intercambio. Tal es el caso de la regla que permite al juez, en lo tocante a la interpretación de una cláusula ambigua, atribuir el sentido más conveniente con la naturaleza o el objeto del contrato (artículo 1369); de la norma que impone al tercero determinar la prestación objeto del contrato, teniendo en cuenta también las “condiciones generales de la producción a las que, eventualmente, haga referencia el contrato” (artículo 1349, tercer párrafo)⁽⁷¹⁾; la norma sobre la regulación del contrato atípico (artículo 1322, segundo párrafo), que atribuye al juez el poder de expresar un dictamen sobre la causa que se traduce en una valoración en términos de utilidad del contrato concluido⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾. Todos estos ejemplos demuestran que no siempre opera de forma automática el principio de la máxima circulación de la riqueza. El legislador ha reservado al juez el poder de valorar la oportunidad de las ocasiones de la circulación, a través de la fijación de sus parámetros y sus límites.

Desde el punto de vista sistemático, la responsabilidad civil, antes que ser considerada por su función reparatoria, punitiva, preventiva, etc., es un instituto cuya aplicación precede a un desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro, al verificarse un hecho dañoso⁽⁷⁴⁾. Lo que sucede es que

(69) ALPA y BESSONE. *I fatti...* Op.cit.; p. 467; ALPA, *Ingegneria sociale...*, Op. cit.; para quien esta función es confirmada por la legislación sobre actividades peligrosas, de protección del consumidor, del medio ambiente, de fabricación de productos industriales, de juguetes, de cosméticos, etc.

(70) Entre estas normas hay que recordar también aquella que regulan la adquisición *a non domino* de un bien mueble, como lo señala GALGANO, Francesco. *Voz.Negozio...* Op.cit.; p.946, e igualmente las que regulan los efectos de la, así llamada, transcripción *correctiva*, artículo 2652.

(71) Cfr. GALGANO, Francesco. *Diritto...* Op.cit.; pp.334-337.

(72) Cfr., recientemente, COSTANZA. *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*. En: *Contratto e impresa*. 1987. pp.423 y ss.; ID. *Il contratto atipico*; GAZZONI. *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*. En: *Riv. dir. civ.* Vol.I, 1978. pp.53 y ss.; G. B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*. En: *Riv. dir. comm.* Vol.I, 1979. pp.1 y ss.

(73) Nota del traductor: Código civil italiano de 1942: “Artículo 1369. Expresiones con diverso significado. Las expresiones que pueden tener diverso significado, ante la duda, deben ser entendidas en el sentido más conveniente con la naturaleza y el objeto del contrato”. “Artículo 1349. Determinación del objeto. Si la determinación de la prestación deducida en contrato es concedida a un tercero, y no resulta que las partes hayan querido someterse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder con una apreciación equitativa. Si falta la determinación del tercero, o si ésta es manifiestamente desigual o errónea, la determinación es hecha por el juez. La determinación concedida al mero arbitrio de un tercero no puede ser impugnada si no se prueba su mala fe. Si falta la determinación del tercero y las partes no concuerdan para sustituirlo, el contrato es nulo. Al determinar la prestación el tercero también debe tener en cuenta las condiciones de generales de la producción a la cual el contrato, eventualmente, haga referencia”. “Artículo 1322. Autonomía contractual. Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley (y por las normas corporativas). Las partes pueden también concluir contratos que no pertenecen a los tipos que cuentan con una disciplina particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses mercedores de tutela según el ordenamiento jurídico”.

(74) En este punto, también debe apreciarse que una declaratoria de responsabilidad no tiene ningún valor si no tiene como presupuesto un daño patrimonial; no existe responsabilidad sin daño. Como bien lo ha destacado SCOGNAMIGLIO. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969. p.478: “a diferencia de la figura del bien -una entidad positiva, que el derecho considera y tutela por la utilidad que, puede ofrecer

no todo acto, ni mucho menos sus consecuencias, son determinantes de la responsabilidad. Es necesario que el hecho sea imputable a un sujeto, que la lesión inferida sea injustificada y que las consecuencias del evento constituyan el daño patrimonial⁽⁷⁵⁾. Los criterios de imputación de un lado, y la injusticia del daño, del otro lado son los selectores que el juez puede utilizar para permitir o restringir la circulación de la riqueza, mediante el juicio de responsabilidad. Lo mismo ocurre con el concepto de causalidad jurídica para individualizar el daño patrimonial, en el subsiguiente juicio de resarcimiento. Es innegable, con seguridad, que se ha dado un desplazamiento de atención del agente al damnificado y, por consiguiente, un desplazamiento de la culpa a la injusticia⁽⁷⁶⁾. Pero este cambio de perspectiva es sumamente relevante, cuanto más se observe el modelo actual del hecho ilícito, teniendo como referencia el modelo ochocentista. En realidad, en un modelo construido sobre la total equiparación entre ilicitud y culpa, es claro que la culpa fungía, ya como un criterio de valoración subjetiva del comportamiento a reprimir, ya como un seleccionador de los intereses a proteger; el daño podía ser considerado, simplemente, como una pérdida económica que de por sí no es justa, ni es injusta⁽⁷⁷⁾.

Desde esta perspectiva, la función del modelo no era reparatoria, sino más bien punitiva del comportamiento culposo, a través del resarcimiento. Toda la disciplina, por lo tanto, estaba signada por la valoración de la conducta ilícita, y el daño, entendido como lesión de un derecho absoluto⁽⁷⁸⁾, era considerado sólo en cuanto que consecuencia de la acción ilícita, como dato a cuantificar⁽⁷⁹⁾.

Una vez establecido que la ilicitud es un concepto

distinto de la culpa -para la cual no opera más el principio "no hay responsabilidad sin culpa"- y que el daño, para ser resarcible, también tiene que ser injusto, es decir, lesivo de un interés merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico, las posiciones del dañador y del damnificado son equiparadas desde el punto de vista sistemático. La responsabilidad aquiliana opera cuando concurren todos los presupuestos que legitiman el desplazamiento patrimonial. Sólo que, en este caso, la circulación no es gobernada por un favor incondicional, ya que el sistema de la responsabilidad aquiliana tiene en su interior principios que limitan cualitativamente la circulación: los criterios de imputación, de un lado; y la injusticia del daño resarcible, del otro lado. Del examen del hecho productor del daño depende la selección del criterio para vincularlo con un sujeto y, asimismo, la carga probatoria que incumbe al damnificado, considerando las valoraciones expresadas por el legislador al redactar cada una de las normas. Aplicar una norma a un supuesto culposo y otra a un supuesto no culposo, hace que sea posible valorar si, y bajo qué condiciones, el legislador ha considerado la admisión de la responsabilidad, y por ello mismo, cuándo ha considerado conveniente permitir la circulación de la riqueza, en la figura de la condena al resarcimiento del daño. Además, la valoración del interés lesionado, a través de la cláusula general de injusticia, atribuye al juez el poder de juzgar la relevancia de dicha lesión; es decir, que el juez debe valorar si la lesión es tutelable según el ordenamiento jurídico; no necesariamente rebuscando en otras normas la antijuridicidad de la lesión⁽⁸⁰⁾, sino más bien retornando a los principios del ordenamiento jurídico, de los cuales se deduce la

en distintas direcciones- el daño constituye el objeto posible de una reacción, que en el plano del derecho privado sólo puede ser la resarcitoria".

(75) Tengo que reenviar al comentario de los artículos 2043, 2056, para las nociones arriba señaladas, de evento dañoso, de daño patrimonial y, naturalmente, de daño injusto.

(76) Esta fue la operación teórica más importante que cumplieron los autores que se ocuparon del problema de la responsabilidad civil en los años 60: Rodotà, Sconamiglio, Busnelli, Trimarchi y Comporti, cuyas obras se ha citado ampliamente.

(77) Considérese que el artículo 1151 del Código Civil de 1865 no contenía la cláusula general de la injusticia del artículo 2043. De esto han partido los autores que durante un buen tiempo han continuado vinculando la injusticia tanto con el hecho como con el daño.

(78) Cfr. entre los ejemplos más ilustres CARNELUTTI. *Il danno e il reato*. pp.12 y ss.; que arriba a una noción de daño considerándolo como ilícito visto desde la parte de la víctima; CESAREO-CONSOLO. *Trattato sul risarcimento del danno*. pp.3 y 78.

(79) Cfr. SCOGNAMIGLIO. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969. pp.468 y ss; que critica la noción del daño deducida a partir de la diferencia del patrimonio, luego de la verificación del hecho. SALVI. *Il danno extracontrattuale modelli e funzioni*. p.24.

(80) Esta es la opinión de SACCO. *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*. En: *Foro pad.* Vol.I, 1960. p.1420; que alcanza a individualizar el ilícito a través de un proceso de tipificación relativa; "las fuentes de la responsabilidad son típicas, pero la tipificación de los ilícitos se

voluntad de proteger o no proteger aquel interés.

Empleando la cláusula general, el juez selecciona cualitativamente la circulación de la riqueza que se realiza con la responsabilidad civil y expresa un juicio que refleja la consideración que la lesión tiene respecto del ordenamiento jurídico, en el momento en que se ha verificado.



Así descrito, el sistema de la responsabilidad civil, gobernado por una cláusula general⁽⁸¹⁾, resulta inevitablemente receptor de instancias de carácter meta-jurídico. Toda cláusula general tiene como substrato principios morales y políticos derivados de la conciencia social del período y, con la actividad jurisdiccional, ellos se traducen en una regla positiva

que expresa el grado y el modo como el ordenamiento jurídico los adopta⁽⁸²⁾. Así, el juez expresa una valoración sobre la conveniencia de la circulación de la riqueza al verificarse un ilícito; es decir, que selecciona cualitativamente los casos que pueden suscitar desplazamientos patrimoniales, teniendo como referencia los intereses en conflicto y no sólo la consideración que éstos asumen respecto del ordenamiento jurídico. No se trata de ofrecer una tutela incondicional a los damnificados en todos los supuestos, sino de evaluar cada situación individualmente, para poder establecer si, respecto de un caso específico, es conveniente, o no, hacer circular la riqueza. Y es inevitable que este juicio sobre la conveniencia de la circulación de la riqueza sea un juicio complejo, en el que haya que tener en cuenta una pluralidad de factores.

En primer lugar se debe evaluar los particulares intereses en juego. Se ha visto ya que la responsabilidad civil fundada en la culpa ha tenido la función principal de mediar en una conflictualidad intra-propietaria. Hoy la función preeminente es la de mediar un conflicto entre propietarios empresarios y no propietarios (en cuanto no empresarios). Ello implica que la responsabilidad por ilícito devenga, necesariamente, en un instrumento de control social de las actividades productivas⁽⁸³⁾.

7 Responsabilidad civil y control social de las actividades humanas.

El proceso que ha conducido a la transformación

obtiene mediante un procedimiento de simplificación de los supuestos legalmente previstos o retomados. Este procedimiento nos permite justificar todas aquellas soluciones jurisprudenciales, con las que la responsabilidad ha terminado desbordándose del campo de los supuestos lesivos expresamente regulados por la ley”.

(81) El modo de revisar el artículo 2043 y de reformularlo en los términos de una cláusula general ha sido apresuradamente criticado por los filósofos del Derecho que han visto en ello un atentado contra la certeza del Derecho: Cfr. BARATTA. *Responsabilità civile e certezza del diritto*. En: *Riv. int. fil. del dir.* 1965. pp.28 y ss., especialmente pp.47 y ss. El autor aprecia con extrema desconfianza el rol creativo del derecho judicial, el cual juzga retrasado, conservador y saturado de peligro de autoritarismo. También se verá cómo, al hablar de la injusticia del daño, estos peligros, mejor referidos al derecho penal, como por lo demás lo reconoce el mismo autor, han sido ampliamente superados por la práctica judicial, en particular en el sector de la responsabilidad civil.

(82) El tema de las cláusulas generales, entendidas como instrumentos de racionalización de la relaciones sociales ha sido estudiado, sobre todo, por RODOTÀ. *Il problema...* Op.cit; pp.112 y ss.; RODOTÀ. *Le fonte di integrazione del contratto*. pp.132 y ss. y ha vuelto a interesar ahora para la doctrina gracias a los ensayos de MENGONI. *Spunti per una teoria delle clausole generali*. En: *Riv. crit. dir. priv.* 1986. pp.5 y ss.; y de CASTRONOVO. *L'avventura delle clausole generali*. En: *Riv. crit. dir. priv.* 1986. pp.21 y ss.; de los cuales han partido, en gran parte, las observaciones desarrolladas en el texto.

(83) La observación es también de RODOTÀ. En: *Riv. crit. dir. priv.* 1985. pp.598 y ss.

de las funciones de ciertas instituciones del derecho privado obedece a la transformación del rol del código civil, que de estatuto de las libertades de los particulares se convirtió en un programa para la actividad de los particulares. Ello determinó que el contrato (negocio jurídico), tras ser un acto de autonomía del sujeto de derecho concebido para la circulación de la propiedad, deviniera, prácticamente, en un medio para el gobierno del mercado. Paralelamente, la responsabilidad civil, tras ser un sistema para la solución de conflictos internos entre distintas propiedades, ha asumido el rol de instituto para reequilibrar las posiciones de los sujetos propietarios en conflicto frente a sujetos no propietarios. La valoración de los intereses en juego es la forma a través de la cual el juez ejercita el control sobre las actividades humanas⁽⁸⁴⁾. Un primer criterio que se puede emplear para este fin es considerar un interés sólo cuando exista una relación de congruencia entre las utilidades producidas y los costos asumidos⁽⁸⁵⁾. Cuando esta relación no está equilibrada, el sistema reacciona para restablecer la normalidad⁽⁸⁶⁾. El juez debe aplicar los dos parámetros de selección cuantitativa y cualitativa de la circulación de la riqueza (los criterios de imputación y la injusticia del daño), valorando comparativamente los intereses en conflicto.

Cuando resulte que el interés del damnificado puede ser satisfecho con el resarcimiento, será

oportuno, entonces, hacer que circule la riqueza, restableciendo contextualmente un equilibrio violado. Esto, por los demás, es lo que se dispone en el artículo 42 de la Constitución, según el cual la iniciativa privada “no puede desenvolverse en contraste con la utilidad, o de una manera que cause daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana”.

El hecho de que se haya verificado un traslado de la atención desde la persona del dañador hacia la persona del damnificado no deriva simplemente en un cambio en la afección del ordenamiento jurídico por un sujeto en lugar de otro. Si en el ámbito contractual la tutela especial que se reserva al tercero de buena fe ha sido predisuelta para la realización de una más amplia circulación de la riqueza⁽⁸⁷⁾; en el ámbito extracontractual, la tutela del damnificado satisface la misma exigencia. La ampliación del área del daño resarcible es una manifestación del principio que favorece la circulación, pues la tutela social contra los daños permite que dicho efecto se produzca automáticamente. Ello no quita que el resarcimiento tienda, sobre todo, a la protección de los intereses particulares de la víctima: estos intereses son tutelables, sin embargo, solamente cuando coincidan con la exigencia del sistema, que es la de hacer circular útilmente la riqueza⁽⁸⁸⁾.

El segundo criterio que se puede seguir al ejercer

(84) Un comentario en tal sentido se encuentra en SCOGNAMIGLIO. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969. p.478. Desde un perfil distinto, el problema es tratado también por MESSINEO. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Tomo V. p.535; quien constata que en el ilícito civil no se requiere la ofensa social propia del delito, dado que “el resarcimiento consiste en un desplazamiento de riqueza, desde el patrimonio del responsable hasta el patrimonio del damnificado. Para la colectividad, el monto de la riqueza (colectiva) permanece inmutable”. Desde el punto de vista contable, el razonamiento es absolutamente exacto, pero no desde el punto de vista de la correcta distribución de los recursos que la responsabilidad civil se propone realizar.

(85) Puede parecer una propuesta forzada, y más sugerida por teorías elaboradas en los países del *common law*, en lugar de una reconstrucción efectiva y de una interpretación de las normas. Aludo, principalmente, a los estudios de POSNER. *The concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*. En: *J. Legal Stud.* Vol.9, 1980. p.201; CALABRESI. *Il costo degli incidenti...* Op.cit.; en los que la eficiencia económica y la *Wealth maximization* constituyen el núcleo y la finalidad principal de la responsabilidad civil; Cfr. la reseña y la discusión de estas teorías en ALPA. *Aspetti e tendenze attuali della responsabilità civile*. En: *Annali fac. giur. Univ. Genova*. pp.418 y ss. En oposición, el modelo de responsabilidad civil fundado en una cláusula general se presta, asimismo, para acoger normas que no son inmediatamente preceptivas. Rodotà citó el criterio constitucional de la solidaridad social, pero fue criticado por la indeterminabilidad de dicho concepto. A casi veinte años de distancia, puede entenderse que la cláusula general es hábil para ser interpretada mediante el empleo de principios (la circulación de la riqueza entre ellos) que están presentes en el ordenamiento jurídico y que conjuntamente con la solidaridad, tienden a atribuir a la responsabilidad civil la función de instrumento de racionalización de la distribución de los recursos. Este problema fue examinado por el mismo RODOTÀ. *Modelli e funzioni...* Op.cit.; pp.602 y ss. La referencia a los principios presentes en el ordenamiento jurídico exime del deber de volver a reparar en la jurisprudencia de intereses para aplicar la cláusula de la injusticia: Cfr. MENGONI. *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*. En: *Jus*. 1976. pp.9 y ss.; quien señala que ésta ha sido la vía seguida por la jurisprudencia alemana en sede de aplicación de la cláusula de buena fe.

(86) En el comentario de cada artículo, tendremos cuidado de señalar en qué casos un criterio semejante ha sido empleado en sede aplicativa, o bien los casos en los que la doctrina italiana lo ha propuesto, igualmente, como regla operacional.

(87) Cfr. GALGANO, Francesco. *Voz Negozio...* Op.cit.; p.946.

(88) Aquí me parece pertinente resaltar la distinta perspectiva jurisprudencial, respecto de la doble venta inmobiliaria, que partiendo de una

el control sobre las actividades humanas consiste en satisfacer una precisa exigencia de justicia. Aquí, por otro lado, el concepto de justicia no es entendido en sentido moral, sino en el sentido de justa redistribución de los recursos, teniendo en cuenta los cambios que han tenido lugar en los ámbitos de la costumbre y de los modelos de vida⁽⁸⁹⁾. Así, cuando de la comparación de los intereses en conflicto resulte que la tutela del damnificado comporta un correctivo útil en la redistribución de los recursos, ello significará que se ha hecho justicia: el fin de justicia legítima la circulación de la riqueza, por cuanto ésta es conveniente al interés general. Aquí no viene al caso la consideración de instancias de carácter equitativo, es decir, de justicia para cada caso en particular, sin perjuicio de que estas exigencias puedan encontrar acogida cada vez que coincidan con la idea de justicia perseguida por las reglas de la responsabilidad civil, mediante el uso de la cláusula general.

De esta manera, es inevitable que la responsabilidad aquiliana, al igual que el contrato y la propiedad, tienda a socializarse; no sólo por la ampliación de casos de aplicación, sino también porque conduce a una mayor distribución de los costos de los daños. Tanto más amplia es el área del daño resarcible, cuanto mayores son las ocasiones que conducen a un reparto entre los miembros de la sociedad. Este es un fenómeno típico de las sociedades modernas, en simbiosis perfecta con la producción y la distribución masificada que demanda un sistema elástico, que se obtiene a través de la máxima y segura circulación de la riqueza.

El traslado de la atención del dañador hacia el damnificado, que es reflejo de la función de control de la responsabilidad civil sobre las actividades humanas,

comporta una objetivación de los criterios de imputación. También la culpa, como se verá en su momento, pierde su tradicional componente psíquico, para convertirse en “la expresión, en lo atinente a la responsabilidad civil, de un criterio de valoración del dañador sobre la base de la diligencia: es decir, en un parámetro general, pero relativo y elástico en cuanto que dependiente de la peculiaridad y variedad de las situaciones concretas e idóneo, por lo tanto, para medir, sin preconceptos ni apriorismos, todos los comportamientos dañosos posibles, en relación con las circunstancias de cada uno de los casos en los que aquéllos se producen⁽⁹⁰⁾”. Ahora, si la acción lesiva debe ser evaluada teniendo como criterio de medida un parámetro general, relativo y elástico, o más simplemente, la materialización del comportamiento en el hecho, ello significa que le está reservado al juez un amplio poder discrecional para vincular a un sujeto con los efectos del ilícito. Pero su poder no está privado de límites: el juicio debe tener como referencia constante una noción de negligencia, que se obtiene de la consideración asumida por un determinado comportamiento, en un período histórico también determinado, respecto del ordenamiento jurídico. Al delinear los contornos del parámetro general en el que se expresa la culpa, se tiene presente el interés del ordenamiento en la máxima circulación de la riqueza, y en el reequilibrio de las desigualdades creadas por el desarrollo económico. El sentido de todas estas consideraciones es descartar, también de la responsabilidad por culpa, el intento de fustigar el comportamiento reprochable⁽⁹¹⁾. Lo que es esencial es la utilidad de efectuar la circulación de la riqueza, teniendo en cuenta la comparación de los intereses en

posición sumamente rigurosa ha alcanzado a conceder tutela resarcitoria al primer adquirente que no inscribe, con una mayor amplitud; sin mencionar el caso del ilícito de seducción con promesa de matrimonio, ilícito cuya existencia ha comenzado a ponerse en duda.

(89) Ésta es también una de las finalidades que se ha atribuido a la responsabilidad civil; especialmente, en los estudios de Rawls, Dworkin, Posner y Calabresi. Cfr. la reseña de las opiniones de estos autores que ha realizado SALVI. *Il paradosso...* Op.cit.; pp.144 y ss.; también acerca de las distintas concepciones de la justicia en la responsabilidad civil.

(90) BUSNELLI. En: *Jus*. 1976. pp.49 y ss. También RODOTÀ. *Il problema...* Op.cit.; p.169, aún sin admitir que la culpa pueda ser calificada sobre la base de una cláusula general, excluye que la voluntad sea uno de los elementos constitutivos: “una vez establecido que el comportamiento siempre es tomado en consideración de sus componentes objetivos como dato fenomenológico, no se aprecia cómo sea posible mantener la referencia a un estado de voluntad, en el que debería consistir exactamente el criterio de la culpa”; Contr. DE CUPIS. *Il danno...* Op.cit.; tomo I. p.139, según quien “es pacífico que la ‘culpa’ sea un *quid* subjetivo y más precisamente un modo de ser psicológico”. Sobre las distintas acepciones (subjetiva y objetiva) de la culpa Cfr. ALPA y BESSONE. *Atipicità dell’illecito*. Tomo I. pp.109 y ss.; ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo I. p.354; FIGONE y SPALLAROSA. *La colpa*. En: ALPA y BESSONE (directores). *La responsabilità...* Op.cit.; Tomo I. pp.48 y ss.

(91) Cfr. CALABRESI. *Costo degli incidenti...* Op.cit.; pp.369 y ss.; SALVI. *Il paradosso...* Op.cit.; pp.144 y ss.

conflicto y la disconformidad del comportamiento del dañador en relación con el parámetro general de la diligencia.

Ubicar la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación sirve para poder deducir que su funcionamiento tiende a modelarse sobre reglas cualitativas y cuantitativas que la gobiernan, y que en el ordenamiento jurídico son las que siguen: el favor por la circulación de la riqueza y la justa redistribución de los recursos, fundada en el principio constitucional de la solidaridad⁽⁹²⁾. Así se afronta el discurso sobre la responsabilidad, sin partir directamente de la función reparatoria, pues esta perspectiva presenta el límite de sobrevalorar la posición del damnificado. Viceversa, al juzgar la conveniencia del desplazamiento patrimonial, es menester considerar, comparativamente, si el hecho dañoso ha quebrado un determinado equilibrio de intereses, y si por la misma razón tiene que ser recompuesto. Ello constituye una forma, cuantitativamente seleccionada, de circulación de la riqueza, que encuentra su legitimación en el empleo de principios y de una cláusula general para la disciplina de la responsabilidad civil.

8 Algunas notas conclusivas.

Las consideraciones precedentes no permiten despejar las dudas en torno de la función de la responsabilidad civil, de manera definitiva; sí permiten, en cambio, dar cuenta de las funciones dominantes: la finalidad solidarístico-compensatoria y la finalidad punitiva. Hay que añadir, sin embargo, que las finalidades apuntadas se combinan de distintas formas, dependiendo de si se habla de la responsabilidad civil

con referencia al artículo 2043 o al artículo 2059. Es necesario partir del daño no sólo para determinar al responsable, sino también para deducir cuál es la función de la responsabilidad. A pesar de que el ilícito aquiliano está regulado unitariamente en el Título IX, la tendencia a la asimilación del daño no patrimonial con el daño moral da lugar a que su función preeminente sea, en realidad, sancionar al responsable por la antisocialidad del hecho, satisfaciendo a la víctima, al mismo tiempo⁽⁹³⁾. La relación se invertirá cuando se tenga presente el daño patrimonial y haya que aplicar la cláusula general de la injusticia. En este supuesto, la función solidarístico-reparatoria de la responsabilidad civil prevalece de modo absoluto sobre la función punitiva, la cual, a pesar de esto, no desaparece. Por otro lado, cualquier indagación estaría destinada a quedarse en lo genérico, siempre que no se establezca un vínculo entre las perspectivas de macro-sistema y de micro-sistema. Ahora bien, mientras que la primera de tales perspectivas parte del estudio de los modelos y se enriquece con la indagación sociológica, la segunda parte del estudio de los distintos ilícitos, y permite proceder en retrospectiva.

Es exacto que el sistema del Código Civil, al estar gobernado por la cláusula general de la injusticia del daño, está estructurado de acuerdo con la lógica de la atipicidad del ilícito. A pesar de ello, la reconstrucción de la tipificación, operada en la práctica por la jurisprudencia y la consagración legislativa de responsabilidades especiales, ofrecen un buen punto de partida para aclarar la función de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, en los casos donde el legislador ha normado figuras de responsabilidad objetiva, es legítimo que se propenda hacia una finalidad solidarístico-reparatoria de la responsabilidad. Y ello

(92) Cfr. RODOTÀ. *Modelli e funzioni...* Op.cit.; pp.600 y ss.: "lo que se intenta es delinear, a través del modelo de la responsabilidad civil, un 'plano' del sector de relaciones sociales que se traducen en conflictos productores de daños, según una lógica redistributiva en su conjunto y que supera, por lo tanto, la propensión precedente, de apreciar todo conflicto entre dañador y damnificado como un segmento incomunicado. Al presentarse la responsabilidad civil de esta manera como un instrumento de actuación de políticas socio-económicas más generales, no sorprende que operaciones análogas hayan sido intentadas en otras esferas. La más conocida, de seguro, es la desarrollada por el *economic analysis of law*, que no viene al caso analizar en detalle en este punto, aunque sí valga la pena recordar su elemento fundamental. Al lado de las oscilaciones muy fuertes de los modelos (reunificados en torno de la culpa, a veces; fundados propiamente sobre una crítica, todavía más decisiva de este criterio, otras veces) se detecta un aferramiento a las leyes del mercado, identificándose la función del modelo de la responsabilidad civil en la promoción de la eficiencia económica. El modelo engloba, además, la finalidad de la eficiencia. Y aquí la distancia respecto de las construcciones del pasado se revela absoluta en gran medida, dado que en aquéllas la eficiencia económica se imponía como un límite a la operatividad del esquema resarcitorio: éste podía operar sólo en caso de que la eficiencia no fuera perjudicada".

(93) La función punitiva está presente también en la finalidad del resarcimiento del daño moral.

sin que interese si el conflicto concierne a un empresario y a un no empresario⁽⁹⁴⁾, o si concierne sólo a no empresarios⁽⁹⁵⁾. La previsión de un criterio objetivo de imputación hace que sea posible afirmar que el legislador ha considerado, fundamentalmente, la restauración de la víctima, antes que la sanción contra el autor, por cuanto se ha estimado esencial la remoción de las consecuencias del daño.

Una suerte análoga deben tener los ilícitos contra la persona que pueden reconducirse hacia la figura del daño biológico, como daño a la salud; sobre todo para aquéllos que son consecuencia de lesiones personales. También para estos supuestos, la finalidad casi exclusiva de la responsabilidad civil consiste en resarcir a la víctima, en reconocimiento de un principio de tutela civil de la persona, propio de la función solidarística.

Distinta es la situación cuando el ilícito presupone el dolo, como ocurre en algunas figuras de concurso

en el incumplimiento, e igualmente en la culpa grave, en aquellos casos en los que la lesión involucra derechos de la personalidad, en los ilícitos derivados de una información engañosa, y en los ilícitos omisivos.

En todas estas hipótesis, a pesar de que la responsabilidad civil permite individualizar un sujeto a quien imputar el costo del daño, hay que entender que su función no se limita a ello. La consideración que tales ilícitos asumen para el ordenamiento jurídico permite concluir, con fundamento, que la responsabilidad civil también quiere sancionar el comportamiento del autor, con la finalidad de desalentar la repetición de esos hechos. Esta característica es más evidente en los ilícitos dolosos, en los ilícitos debidos a culpa grave y en los ilícitos omisivos; pero lo es, igualmente, respecto de los ilícitos que comportan el resarcimiento de bienes o de valores que no son fácilmente estimables en dinero. ^{AB}

(94) Repárese en la regulación de la responsabilidad del productor, del que ejerce una actividad nuclear o una actividad de vuelo espacial; dentro de ciertos límites, repárese también en quien ejerce una actividad peligrosa, según lo previsto en el artículo 2050.

(95) Repárese en la responsabilidad del custodio, artículo 2051, del propietario o usuario de animales, artículo 2052; del propietario de edificios, artículo 2053; del conductor o propietario de vehículos, artículo 2054; y en todas las hipótesis de responsabilidad objetiva previstas en el Código de la Navegación.