

LA INJUSTICIA DEL DAÑO EN EL ILÍCITO CIVIL *

Piero Schlesinger **

En el presente trabajo el autor analiza el artículo 2043 del Código Civil italiano de 1942, en el cual se enuncia la regla fundamental de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. En particular estudia cuáles son la distintas interpretaciones que se pueden dar a la exigencia, hecha por el artículo 2043, de que el daño que se ocasiona al otro, ya sea por un hecho doloso o culposo, sea injusto. Cuestiones como, por ejemplo, si lo injusto es el daño en sí mismo o el comportamiento que lo causa guían el desenvolvimiento del análisis que realiza el autor.

1. La regla fundamental de la responsabilidad extracontractual (o aquiliana) se enuncia de la siguiente manera en el artículo 2043 del Código Civil: "cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un **daño injusto** obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño". Como se reconoce de manera general, en la terminología legislativa "daño" significa perjuicio económico¹ ^{1bis}. Según el artículo 2043, empero, no todo perjuicio económico determina una responsabilidad a cargo de quien lo ha provocado; para ser resarcible, el daño tiene que calificarse por la **injusticia**. Debe precisarse, por lo tanto, el criterio que permite distinguir el daño injusto de los daños jurídicamente irrelevantes.

La doctrina concuerda en considerar que el requisito de la injusticia fue incluido en la norma con el fin

* Título original: "La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile". En: "Jus". Nueva Serie. Año XI. Milán, 1960, pp. 336-347. Prolusión al curso de Instituciones de Derecho Privado para la Facultad de Economía y Comercio, expuesta el 3 de mayo de 1960 en la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán.

Traducción del italiano por el doctor Hugo Forno Flórez, profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima, y Leysser L. León Hilario, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** El autor firmó el presente trabajo como profesor extraordinario de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán. En la actualidad, ejerce la cátedra de Instituciones de Derecho Privado en el mismo centro de estudios. La autorización para su traducción y publicación ha sido obtenida por el doctor Hugo Forno Flórez, profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

¹ El significado distinto – aquel de "lesión de un interés" – que CARNELUTTI ("Il danno e il reato", Padua, 1926, pp. 14 s.; *Perseverare diabolicum*, En "Foro it", 1952, IV, c. 99) atribuye al término "daño" parece contrastar con el artículo 2043 del Código Civil, que al equiparar el contenido (pecuniario) del deber de resarcimiento con el "daño", revela claramente cómo esta palabra, en tal contexto, tiene que entenderse con el sentido de "perjuicio económico" (véase, además, el artículo 1223 del Código Civil). Es obvio, en cambio, que el mismo término asume un significado diferente en el artículo 2059 del Código Civil (sobre el cual, *cfr.* SCOGNAMIGLIO, "Il danno morale" En: "Riv. dir. Civ.", 1957, I, pp. 277 s., y RAVAZZONI, "Premessa ad uno studio sul danno non patrimoniale", En: "Studi Parmensi", 1958, pp. 201 s.).

^{1bis} **Nota de los traductores:** Normativa aplicable del Código Civil italiano de 1942.

Artículo 1223 (Resarcimiento del daño).- El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto la pérdida experimentada por el acreedor cuanto la ganancia no conseguida, siempre que sean consecuencia inmediata y directa de ello. 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.

de subordinar la responsabilidad por daños a una violación del ordenamiento jurídico, a una valoración sobre la antijuridicidad² del daño producido. Se ha reparado, sin embargo, en que la injusticia no puede representar una característica **intrínseca** de un perjuicio económico: un daño cualquiera, considerado en sí mismo, nunca es justo o injusto. De allí el reproche, que a veces se hace al legislador³, por haber asociado el daño con un requisito de la acción lesiva. Para que surja un deber de resarcimiento – se ha dicho – tiene que ser “injusto” el **comportamiento** que produce el daño, y no el daño preciso que se deriva del comportamiento. Según este punto de vista, daño “injusto” – y por ende “resarcible” – sería aquél que fuera consecuencia de un acto ilícito, es decir, de un acto realizado con violación de una norma de conducta impuesta por el ordenamiento. La doctrina dominante, sin embargo, es reacia a limitar la calificación de la injusticia al comportamiento. Se afirma, en tal sentido, que para decidir la resarcibilidad de un daño es necesario, sobre todo, determinar si se ha lesionado la esfera en la que los intereses del damnificado están protegidos jurídicamente⁴. No bastaría, en consecuencia, la contravención de una disposición legal cualquiera mediante el comportamiento; se requeriría, más bien, la violación de una norma específicamente dictada para la tutela del sujeto que es perjudicado por dicho comportamiento. “Injusto”, por lo tanto, sería

sólo aquel daño ocasionado con la lesión de un derecho subjetivo ajeno⁵; lesión en la que, obviamente, también está implícita la violación de una norma del ordenamiento⁶; y dado que los derechos relativos no pueden ser lesionados sino por el sujeto obligado, y que el artículo 2043 concierne, en cambio, a la responsabilidad extracontractual, sólo sería “injusto” el daño determinado por la lesión de un derecho subjetivo absoluto, que precisamente, en tanto valuable *erga omnes*, puede ser violado por cualquier sujeto⁷.

Sobre la base de este planteamiento, la resarcibilidad del daño extracontractual estaría condicionada a la previa demostración de la existencia, en el sujeto lesionado, de un derecho a la abstención del comportamiento que ha causado el daño. En otras palabras, el artículo 2043 no constituiría una norma **primaria**, de la que pueda deducirse **nuevos** deberes de conducta a cargo de los miembros de la Sociedad⁸; representaría, en cambio, una norma **secundaria** o **sancionadora**⁹, dirigida a imponer consecuencias jurídicas desfavorables sobre quien violara – con dolo o culpa, se entiende – un deber autónomamente establecido por una disposición legal, dictada para tutelar el interés del sujeto lesionado. El requisito de la “injusticia”, por lo tanto, no habría sido incluido por el legislador como un valor exactamente autónomo ni sustancial, sino solamen-

Artículo 2056 (Valuación de los daños).- El resarcimiento debido al damnificado se debe determinar de acuerdo con las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227.

El lucro cesante es evaluado por el juez con apreciación equitativa de las circunstancias del caso.

Artículo 2059 (Daños no patrimoniales).- El daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la ley.

² En el presente trabajo, se habla de “ilicitud” y “antijuridicidad” según el significado que la doctrina suele atribuir a estos términos; sin embargo, no me parece se trate de conceptos fundamentales de una construcción jurídica, por no estar fundados en características **intrínsecas** de ciertos efectos jurídicos (las denominadas “sanciones”), sino en valoraciones empíricas relativas al disfavor que la conciencia social depara a dichos efectos.

³ Cfr. FEDELE. “*Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*”, Milán, 1954, p. 117.

⁴ CASETTA. “*L’illecito degli enti pubblici*”, Turín, s.f. (1953), p. 21; PUGLIATTI, voz “*Alterum non laedere*”. En: “*Encicl. del dir.*”, II, Milán, 1958, p. 99.

⁵ *Rectius*: con la lesión de un interés jurídicamente protegido por una norma atributiva de un derecho subjetivo.

⁶ SCADUTO-RUBINO, voz “*Illecito*”, en “*Nuovo Digesto It.*”, Turín, 1938, p. 703, nota 4.

⁷ Por ello, la polémica sobre la tutelabilidad de los derechos de crédito *ex art.* 2043 se ha concentrado en el punto de si, en el crédito, se debe considerar, al lado del derecho a la prestación, también un derecho *erga omnes* al respeto del interés tutelado por medio de la obligación.

⁸ “El objeto de la lesión puede tener relevancia jurídica, es decir, puede existir para el Derecho, en cuanto preexista o coexista un principio o una norma que dicte una tutela determinada, por la que dicho objeto pueda asumir la figura de una situación subjetiva o de un bien jurídico” (PUGLIATTI. *Op. Cit.* p. 104).

⁹ CARNELUTTI. “*Il danno e il reato*”, cit., p. 62; DEIANA. “*La tutela del locatario per le molestie di fatto*”. En: “*Anali Triestini*”, 1945, p. 248. Acertadamente, sin embargo, se ha reparado (M. GALLO, “*La teoria dell’azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*”, En “*Studi Urbanati*”, 1948-50, p. 255, nota 23) en que el artículo 2043 condiciona el resarcimiento a la violación de un deber precedente, pero, además, al dolo y a la culpa, de manera tal que no se le puede considerar como una norma meramente sancionadora. Sigue siendo verdad, empero, que el elemento de la injusticia no constituiría – con la interpretación bajo examen – un requisito autónomo del ilícito civil, sino un elemento de reenvío a otras normas, con las que el artículo 2043 debería “combinarse” para ser aplicable.

te como un criterio formal de reenvío a otras normas del ordenamiento, a cuya violación estaría condicionado el deber de resarcimiento, a través de la consecutiva calificación de la antijuridicidad.

2. La tesis referida no parece persuasiva. En primer lugar, desde un punto de vista metodológico, no es recomendable una interpretación que pretenda obtener el significado del elemento de un supuesto de hecho determinado, valiéndose de un concepto dogmático, como lo es el de “derecho subjetivo absoluto”; un concepto que no sólo es fruto de una elaboración puramente teórica, sino que, por lo demás, es particularmente oscuro y controvertido. Es necesario subrayar, en adición, que a menudo ni siquiera es posible hablar de lesión de un derecho subjetivo, si se prescinde de aquel otro elemento del ilícito que es la **culpabilidad de la acción**; elemento que el artículo 2043 distingue plenamente del requisito de la injusticia del daño. En este punto, se puede afirmar que la doctrina suele dejarse influenciar por una suerte de “objetivación” de los derechos subjetivos¹⁰, de forma tal que éstos surgen como punto de referencia inmediato de la lesión, en lugar de los bienes tutelados¹¹. Esta “objetivación” se debe, probablemente, a la habitual confusión, propia del ámbito de los derechos reales, entre “cosa” y “derecho sobre la cosa”, al extremo que toda lesión del bien objeto del derecho termina siendo identificada con una lesión del derecho mismo, configurándose un paradigma que luego se aplica a todos los derechos absolutos. Ocurre, no obstante, que este razonamiento no tiene presente que muchas veces las modalidades del comportamiento (el dolo o la culpa en particular, y precisamente) constituyen requisitos esenciales para que se produzca aquella lesión del derecho subjetivo que, según la tesis examinada, se consideraría como elemento objetivo de la responsabilidad aquiliana, en contraposición a la culpabilidad de la acción dañosa.

En especial, sin embargo, la tesis de la doctrina dominante parece peligrosa porque condiciona la resarcibilidad del daño a la lesión de un derecho subjetivo absoluto, cuando no siempre es fácil establecer si la tutela de determinados intereses, aun cuando todos los juzgen como merecedores de

protección, se efectúa mediante la concesión de otros tantos derechos subjetivos por parte del ordenamiento. Piénsese, por ejemplo, en el campo fundamental de los bienes relativos a la persona humana misma, los denominados *Lebensgüter*; a causa de la bien conocida escasez de disposiciones dictadas por el legislador civil sobre el tema, uno está obligado a recurrir a las normas del Derecho Penal para deducir, a partir de la tutela penalista, y con un procedimiento algo discutible, la demostración de la existencia de aquellos derechos subjetivos que son denominados “derechos de la personalidad”; con lo cual, empero, surge la duda acerca de si la resarcibilidad del daño ocasionado con la lesión de dichos bienes representa verdaderamente una consecuencia de la afirmada concesión legislativa de un derecho absoluto – como debería decirse, conforme con el planteamiento de partida – o bien si, mediante una auténtica inversión lógica, es imposible afirmar la existencia de esos derechos subjetivos para justificar, precisamente, la resarcibilidad de los daños ocasionados por la lesión de los referidos bienes.

La confirmación de la legitimidad de esta duda viene dada por la constatación de que la doctrina – preocupada, con justicia, por conceder una protección eficaz a determinados intereses fundamentales de la persona – culmina acogiendo el principio de que la tutela privatista de tales intereses es más amplia que la correspondiente tutela penalista, la cual representa, sin embargo, el punto de partida legislativo sobre el que se pretende fundar la demostración de la existencia de los derechos de la personalidad. Por ello, una conclusión semejante queda desvirtuada por las premisas a partir de las cuales se ha forjado; contradicción que es excesivamente sintomática para denunciar la insuficiencia de la concepción de la responsabilidad extracontractual como responsabilidad predispuesta en relación a una ilicitud necesariamente deducida *aliunde*^{11bis}.

3. Para superar los inconvenientes mencionados, precisamente, se ha intentado expandir el sentido del artículo 2043, sosteniéndose que debe calificarse como “injusta” la lesión de todo interés directamen-

¹⁰ Este proceso de objetivación de algunos conceptos jurídicos, y la consecuente hipóstasis de los mismos, ha sido cultivado con fortuna por ORESTANO (voz “*Azione*”. En: “Enc. del dir.”, IV, Milán, 1959): “Todo lo que se ha dicho en torno del derecho subjetivo, de la pretensión, de la acción, de un siglo a esta parte, parece presuponer que constituyen entidades a ser tomadas e individualizadas, de la misma manera como puede individualizarse una «cosa»” (p. 811).

¹¹ Esto es particularmente evidente en el §. 823 del B.G.B. que comprende a “la propiedad u otro derecho similar” entre los objetos de las lesiones que provocan una responsabilidad extracontractual.

^{11bis} **Nota de los traductores:** El adverbio latino *aliunde* vale como “desde el exterior” o “desde más allá de las fronteras”, y hace referencia en este contexto, acaso, a la circunstancia de extrapolar el criterio de ilicitud “civil” desde el terreno del Derecho penal.

te protegido por una norma jurídica, aunque tal protección no estuviera asegurada por el ordenamiento mediante la concesión de derechos subjetivos¹². Probatorias, en este sentido, parecen ser algunas disposiciones legislativas expresas. Así, por ejemplo, el artículo 2675 del Código Civil, que impone al encargado de los registros inmobiliarios una responsabilidad por el seguimiento regular de dichos registros; el artículo 76 de la Ley Notarial, según el cual el notario es responsable de los daños derivados por la violación de los requisitos de forma de los actos rogados ante él; el artículo 87 del Código Civil, que prevé una responsabilidad por daño a cargo de los propietarios de inmuebles que violen normas de derecho público dictadas para la propiedad edilicia. Todas son hipótesis en las que la pretensión del resarcimiento no está subordinada, con seguridad, a la lesión de un derecho absoluto del damnificado; derecho del que ni siquiera sería posible exponer una adecuada formulación.

Afirmar que las hipótesis citadas constituirían otras tantas excepciones al principio general de la resarcibilidad privativa de los daños derivados de la lesión de un derecho absoluto¹³, además de representar un recurso artificioso, es no tener en cuenta que en muchos otros casos, si bien no expresamente regulados, uno se encuentra frente a situaciones análogas. Así, para detenernos en el discutido ejemplo del perjuicio que padece el propietario de las mercaderías transportadas en un vehículo ajeno como consecuencia de un bloqueo vial, la resarcibilidad del daño puede sostenerse si se considera que el interés en la libre circulación de las mercaderías también se encuentra tutelado por la norma penal; mientras que ¿sería ciertamente excesivo construir un derecho subjetivo absoluto aplicable al supuesto!

En esta misma dirección se podría ampliar, ulteriormente, la esfera de la responsabilidad siempre que se entienda que para determinar el deber del resarcimiento basta la realización culpable de todos los elementos objetivos de un delito sancionado a solo título de dolo. Esta última interpretación tendría la indudable ventaja de hacer que se considere injusta la lesión de intereses protegidos por el ordenamiento, aunque tal lesión no integre, por sí misma, una violación de la norma protectora.

Las dos tesis a las que se hace referencia, sin embargo, no se muestran satisfactorias. Por encima de todo, es

necesario tener presente las dificultades ínsitas en la búsqueda e identificación del interés que sería el directamente protegido con la previsión de los singulares supuestos de ilícito; dificultades señaladas con exactitud, justamente, por los penalistas, a los que se debe la elaboración misma del concepto de antijuridicidad objetiva. Pero, en especial, se mantendría el inconveniente de subordinar el derecho al resarcimiento pecuniario a la existencia de una distinta norma, protectora del interés lesionado, obviándose, de tal forma, la profunda diferencia que puede subsistir entre las exigencias que satisface el principio de responsabilidad ex artículo 2043, concebido para realizar un traslado de la incidencia del riesgo económico de determinados hechos, y las variadas finalidades perseguidas por las normas, a partir de las cuales es afirmada la existencia de una protección jurídica del bien objeto de la lesión.

Atribuir al requisito de la injusticia el simple valor de un criterio formal de reenvío a las diversas figuras de ilícito previstas en la totalidad del ordenamiento significa, por lo demás, presuponer la plenitud del sistema legislativo, en el sentido de que todo interés merecedor de tutela sería objeto de protección específica; plenitud que representa un ideal inalcanzable, desde el momento en que el rápido cambio de las condiciones de vida propone de continuo nuevas necesidades y nuevos intereses a la atención del legislador, sin que éste se encuentre en posibilidad de prestar, con prontitud equivalente, adecuados medios de defensa.

La mejor prueba del fundamento de las perplejidades enunciadas, por lo demás, es deducible del examen de la jurisprudencia, la cual, menos fastidiada por los rígidos esquemas doctrinarios y apriorísticos, decide con amplitud el remedio reparador de la responsabilidad por daños, aun cuando no parece posible ni sostener que haya sido violación de un derecho subjetivo absoluto, ni invocar una norma primaria protectora del interés perjudicado. Considérese, en efecto, cómo nuestros jueces consideran operante el principio de la responsabilidad en supuestos del siguiente tipo: seducción con promesa de matrimonio, complicidad del tercero en la violación de un contrato, protesto de una letra de cambio girada sin autorización, presentación, para la conclusión de un contrato, de una persona de la que se asegura erróneamente la solvencia, y así por el estilo. Es decir, supuestos en los cuales la subordinación de la responsabilidad del culpable del

¹² Para amplias referencias en tal sentido cfr. CATTANEO. "La responsabilità del professionista". Milán, 1958, p. 155, nota 25.

¹³ Así: CARRESI. "Responsabilità del notaro per la nullità degli atti da lui rogati", En "Studi in onore di Francesco Messineo", I, Milán, 1959, p. 89 (también En: "Riv. dir. civ.", 1956, p. 56); CASSETTA. "L'illecito degli enti pubblici", cit., p. 28.

daño a la contravención de una norma primaria distinta conduciría o a negar del todo el derecho al resarcimiento o a condicionarlo a presupuestos muy restrictivos.

Añádase que la defensa de las tesis que mantienen anclado el instituto del ilícito aquiliano a un sistema de supuestos invocados con una fórmula resumida, aparece también en oposición con la evolución histórica. La responsabilidad extracontractual, inicialmente introducida en relación con las hipótesis típicas rígidamente descritas, ha venido extendiéndose, en efecto, hacia previsiones siempre más latas y genéricas¹⁴, hasta desembocar en la incondicional afirmación de un principio general en los códigos de inspiración francesa¹⁵.

Por lo tanto, si de conformidad con esta evolución se acepta librar a la responsabilidad aquiliana de las trabas de una subordinación a la lesión de un derecho subjetivo o de un interés directamente protegido por otra norma del ordenamiento, será menester excluir de los presupuestos de la obligación de resarcimiento al requisito autónomo de la "antijuridicidad": es decir, será necesario no interpretar el término "injusto", incluido en el artículo 2043, en el sentido de "antijurídico". Sólo de esta manera se puede atribuir a nuestro instituto esa ductibilidad que parece indispensable en un ordenamiento moderno para enfrentar adecuadamente la exigencia equitativa que constituye su fundamento.

4. Siguiendo una orientación de este género queda, sin embargo, el problema de determinar qué límite haya entendido imponer el legislador a la resarcibilidad del daño al requerir la **injusticia** del mismo. Uno podría estar tentado a sostener que el término, erróneamente interpretado por la doctrina como "contravención del Derecho", fue adoptado, en cambio, en su significado literal; daño "injusto" sería, por lo tanto, el daño ocasionado contraviniendo la **justicia** en el sentido de equidad, de la conciencia social, cuya interpretación quedaría confiada, con un delicado poder discrecional, al juez¹⁶.

Contra una tesis semejante no parecería decisiva una invocación al principio de la certeza del Derecho¹⁷. En un Estado democrático, una norma de reenvío a criterios elásticos de juicio extrajurídicos podría parecer peligrosa en el terreno del Derecho Penal, pero no cuando se trata, simplemente, de determinar los límites dentro de los cuales es admisible hacer recaer sobre el autor de un hecho lesivo el perjuicio padecido por el damnificado.

Superando la citada objeción preliminar, sin embargo, una interpretación del artículo 2043, que apela de modo general a los principios de justicia continúa siendo insostenible. Nos convence en tal sentido la ausencia de un elemento, sea histórico o doctrinal, en favor de una tesis tan revolucionaria. Obsérvese, por el contrario, que el legislador de 1942, al incluir por primera vez el requisito de la injusticia de manera expresa, ha partido de su convicción de estar efectuando una innovación puramente formal del texto legal, completamente conforme con los resultados que la doctrina ya había alcanzado de forma unánime en la exégesis del artículo 1151 del antiguo Código Civil.

5. A mi parecer, sin embargo, es posible una interpretación distinta del tema de la injusticia del daño que permita afirmar, sin necesidad de un reenvío a criterios de determinación no deducidos del interior del ordenamiento, el carácter primario del artículo 2043. Ésta consiste en reconocer, sin apartarse del surco de la evolución histórica de la institución, que en el artículo 2043 se encuentra codificado un principio general, idóneo para representar un instrumento sensible a la necesidad de tutela de los más diversos intereses, más allá de la rigidez formal de los esquemas apriorísticos de la antijuridicidad. Se trata, a saber, de reconocer, tal como lo sostuvo con justicia la vieja doctrina, que el artículo 2043 incorpora a nuestro ordenamiento el deber fundamental de *alterum non laedere*, el deber generalísimo de no ocasionar daño a los demás; un deber desvinculado de las singulares previsiones de otros supuestos de ilícito, y por lo mismo apto,

¹⁴ Cfr. ROTONDI. "Dalla «lex aquilia» all'art. 1151 cod. civ.". En "Riv. dir. comm.", 1917, I, p. 236 s.

¹⁵ El Código alemán, en cambio, ha conservado (§. 823, primer párrafo) una relación de los bienes tutelados; solución que ha encontrado muchas críticas en la doctrina, si bien otras dos normas (el segundo párrafo del §. 823 y el §. 826) permiten un notable alargamiento de la responsabilidad extracontractual.

¹⁶ En esta dirección para orientarse ALESSI ("La responsabilità della pubblica amministrazione", 3.ª ed., Milán, 1955, p. 9), quien a pesar de entender la expresión "daño injusto" como equivalente a "daño antijurídico" afirma que: "el artículo 2043 presupone toda una serie de deberes jurídicos – tantos cuantos al Juez, representante de la conciencia jurídica de la colectividad en un momento histórico dado, le parezca que deben ser admitidos – derivados de la necesidad de una ordenada convivencia social".

¹⁷ La lucha por la certeza del Derecho – en un ordenamiento moderno – asume un valor fundamental sólo si se la entiende como una lucha contra lo arbitrario, porque de otra forma esconde opciones políticas para un determinado tipo de sistema legislativo. Cfr. ASCARELLI. "Certeza del diritto e autonomia delle parti". En: "Problemi giuridici", I, Milán, 1959, p. 113 s.

precisamente, para otorgar protección a todo tipo de interés merecedor de tutela¹⁸.

Naturalmente, sin embargo, si no se quiere correr el riesgo de paralizar toda iniciativa, es necesario conciliar el deber de no dañar a otro con la exigencia opuesta de tutelar el desenvolvimiento de las actividades que el ordenamiento considera que son dignas de alentar y proteger. El momento conciliador se realiza, precisamente, con la inclusión del requisito de la injusticia entre los presupuestos de la responsabilidad por daños. Con esta interpretación, daño injusto significa “daño no justificado”, un daño que se ocasiona sin que el hecho lesivo se encuentre autorizado por una norma, sin que el comportamiento perjudicial se realice en el ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento¹⁹. El requisito tradicional de la *iniuria* se entiende, por lo tanto, no en el sentido de *contra ius*, de contravención de un derecho o interés protegido del damnificado, sino más bien en el sentido, históricamente más correcto, de *non iure*²⁰, vale decir, de ausencia de un derecho del culpable del daño a la ejecución del acto que ha causado el daño.

De esta manera termina invertido, diametralmente, el planteamiento de la doctrina común: la resarcibilidad del daño ya no se valora en función de la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento al interés lesionado, sino en función de la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento al interés del culpable del daño en

desplegar una determinada actividad, aun a costa de un sacrificio económico ajeno²¹.

6. Corresponde apreciar, ahora, si esta inversión de planteamiento conduce a una diferencia efectiva de resultados, o si consiste meramente en un cambio de formulación de criterios sustancialmente idénticos. Partidarios de este último criterio son quienes consideran que el deber de *alterum non laedere* no representaría un deber autónomo, sino solamente una fórmula sintética para expresar la suma de los deberes específicos a los que todos estamos obligados. Semejante convicción se funda en la afirmación de que donde no se impone un deber de abstención existe un derecho a la ejecución del acto, de manera tal que para establecer la licitud o ilicitud de un comportamiento debería considerarse, exclusivamente, si el acto es violatorio, no ya del precepto general de *neminem laedere*, sino más bien de algún deber específico impuesto por el ordenamiento²².

A mi parecer, la aparente eficacia de este razonamiento se basa sobre lo equívoco de la palabra “derecho”²³. Comencemos precisando que, en el contexto examinado, este término no es adoptado para indicar la pretensión de un comportamiento ajeno, sino la valoración favorable de la actividad del sujeto, por parte del legislador. Ahora bien, si nosotros hablamos de “derecho” en el sentido de *agere licere* – para expresar, por lo tanto, los límites de la licitud de un comportamiento – es cierto que el derecho de realizar un acto está ausente sólo cuando

¹⁸ En un distinto significado, el *neminem laedere* es a menudo invocado para sostener la existencia de un deber de comportarse diligentemente, a fin de evitar cualquier daño a los demás. Sólo que la diligencia no puede conformar el contenido de un deber jurídico, por cuanto la regla de conducta a partir de la cual se evalúa la diligencia de un comportamiento no es una norma jurídica, sino únicamente un criterio para imputar a un sujeto la responsabilidad por un hecho lesivo: jurídicamente relevante, en efecto, no lo es nunca, de por sí considerado, un comportamiento negligente (así, exactamente: RUBINO. “*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*”, Milán, 1939, p. 221). El deber de *neminem laedere*, por lo tanto, se construye en relación con los incidentes que el individuo está obligado a evitar si no quiere incurrir en las denominadas consecuencias sancionadoras, no ya en relación con la diligencia que debe conformar la propia acción para evitar tales incidentes.

¹⁹ Probablemente en el mismo sentido daba interpretarse el pensamiento de GIANNINI. “*Lezioni di diritto amministrativo*”, I, Milán, 1950, pp. 270-271, donde se observa, en síntesis, que el *alterum non laedere*, es un deber cuya observancia “consiste en no actuar más allá de los límites marcados por la norma”.

²⁰ ULPIANO: D. 9. 2. 5. 1: *Iniuriam autem hic accipere non oportet ... quod non iure factum est.*

²¹ La indagación sobre la existencia de una causa de justificación que excluya la ilicitud de la acción debe preocuparse por lo tanto, sobre todo, de determinar si la tutela legislativa del interés del agente se extiende hasta la previsión – explícita o implícita – de la posibilidad de lesionar a otro.

²² Hacia 1912 (*Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*. En: “*Riv. dir. comm.*”, II, p. 744) así se expresaba CARNELUTTI: “El deber genérico del *neminem laedere* probablemente no es más que una especie de hada Morgana que por mucho tiempo ha ilusionado, y continúa ilusionando, a los juristas. Tal deber jurídico no es en realidad otra cosa que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos cada uno respecto de los demás ... no se puede establecer que un acto *aliquem laedit*, si no se precisa que quien lo lleva a cabo *iure suo non utitur*, y no se puede establecer esto sin establecer que él tiene o no el deber de abstenerse; es decir: ¡no se puede decidir si el acto viola el deber jurídico sin saber si infringe un deber específico!”

²³ Todos están dispuestos a aceptar, en efecto, la fórmula *qui suo iure utitur neminem laedit*: pero el significado de tal fórmula cambia según qué cosa se entienda por *suo iure uti*.

se hubiera impuesto el deber de abstenerse, pues todo aquello que no está prohibido está, por esa sola razón, permitido. No es valiéndose de este significado del término "derecho", sin embargo, que puede interpretarse el requisito de la "injusticia" establecido en el artículo 2043. Es necesario tener presente, más bien, el significado de la expresión que resulta, por ejemplo, del artículo 51 del Código Penal, según el cual la ilicitud de un hecho se excluye cuando la acción ha sido cumplida "en el ejercicio de un derecho". Aquí, obviamente, no se habla de "derecho" con referencia a cualquier actividad que no está prohibida, sino con referencia a facultades específicamente atribuidas por el ordenamiento; facultades cuya atribución no puede reconocerse todas las veces que falte una norma prohibitiva, sino sólo cuando se deduzca la preeminencia concedida por el legislador al interés del sujeto cuya acción se faculta sobre otros intereses contrarios.

De esta misma forma se interpreta el artículo 2043: para negar la injusticia de un daño no es suficiente la licitud genérica del comportamiento dañoso, por la ausencia de una prohibición específica, sino que es necesario que el legislador, por cualquier particular exigencia social, autorice el acto aun a costa de un sacrificio ajeno. Por lo tanto, bien puede sostenerse el principio general según el cual es "injusto" todo comportamiento dañoso que no se desenvuelve en el ejercicio de un derecho²⁴.

La hostilidad hacia dicho principio, manifestada por los que consideran que el deber de *neminem laedere* no representa más que una mera síntesis verbal que invoca al conjunto de los deberes impuestos a todos, es una hostilidad que se debe, por ende, a la errónea opinión según la cual los comportamientos humanos sólo pueden ser o lícitos o prohibidos. Por el contrario, las categorías que permiten encuadrar la actividad humana no son dos sino tres: de los actos meramente lícitos, en tanto no prohibidos, hay que distinguir los actos que no sólo son tolerados, sino que, más todavía, deben considerarse autorizados, realizados en el ejercicio de un derecho concedido por el ordenamiento, que, por lo mismo, protege su cumplimiento²⁵.

De ello se sigue, que la función del artículo 2043 resulta dirigida no sólo a fijar el principio de la resarcibilidad del daño producido por la violación de un interés protegido por una norma específica, sino, sobre todo, a restringir de modo ulterior la esfera de lo que es jurídicamente indiferente, de lo que normalmente es lícito: tal licitud se somete a un límite, congruente con los principios de una conciencia colectiva elevada; límite que impone a los miembros de la Sociedad – salvo cuando se recurra a una causa justificativa idónea – de no realizar aquellos comportamientos que, en tanto no específicamente prohibidos, ocasionen daño a los demás. La libertad genérica de actuar de cada uno pierde terreno - debe perder terreno - frente al peligro de dañar a los terceros.

Para ilustrar con un caso práctico los resultados a que conduce la tesis proyectada, piénsese en la divulgación por parte de terceros de un secreto industrial. El sujeto interesado en la conservación del secreto sólo está tutelado, mediante normas represivas penales, cuando la divulgación se efectúe por determinadas personas, o con ciertas modalidades. Pero si la divulgación acaece por obra de una persona a la cual el secreto haya sido, por ejemplo, confiado amigablemente, según la tesis dominante en sede de responsabilidad debería faltar cualquier protección, salvo para quien construye un genérico derecho subjetivo al secreto, construcción que tiene todos los visos de una argucia. Viceversa, con la interpretación del artículo 2043 que aquí se sostiene, la responsabilidad del amigo infidente se explica fácilmente: la falta de una norma prohibitiva no lo autoriza a efectuar un acto que, perjudicial para otro, no está comprendido en alguna facultad reconocida a él por el ordenamiento. Aquel acto, por lo tanto, es considerado "injusto", al igual que el daño que se deriva de él.

7. Queda por examinar una objeción que puede superarse con facilidad. Como se observará, la interpretación propuesta intenta resolver el problema de los límites de la licitud de un comportamiento dañoso; pero nada manifiesta en torno de la cuestión, no menos delicada, relativa al criterio de deter-

²⁴ Tal interpretación es confirmada y reforzada por el examen del artículo 52 del Código Penal: también la exclusión de la legítima defensa está subordinada a la "injusticia" de la ofensa, pero la necesidad indiscutible de una lata aplicación de aquella norma convence que necesita considerar injusta toda lesión no autorizada, aun si no específicamente prohibida. La posibilidad de impedir un evento, por lo tanto, se extiende hasta donde falta una norma protectora del interés a la acción lesiva, y no ya solamente hasta donde subsisten las disposiciones prohibitivas del comportamiento dañoso.

²⁵ Sólo de este modo el concepto de "facultad", así a menudo apodóticamente incluido entre las situaciones subjetivas, puede ser distinguido, por una específica relevancia jurídica suya, del concepto genérico de lícito: existe atribución de facultad cuando el ordenamiento autoriza un comportamiento no simplemente en cuanto no lo prohíbe, sino en el sentido de que excluye la "injusticia" de los eventuales daños y ofensas que puedan derivarse de él, haciendo por ello inaplicables las normas sobre la responsabilidad civil y sobre la posibilidad de impedir el evento por legítima defensa.

minación de los daños resarcibles en el caso de los perjuicios adicionales que se derivan de una acción verosíblemente ilícita: como, por ejemplo, en el caso tan frecuentemente sometido a examen de la magistratura, del homicidio culposo de una persona. Muerta una persona, en efecto, se plantea el problema de si tienen derecho al resarcimiento sólo los familiares que puedan invocar un crédito alimentario, o bien todos los parientes habitualmente ayudados por el difunto, los socios de negocios, los acreedores de prestaciones no fungibles, y otros similares.

Ahora bien, si al requisito de la injusticia no se atribuye también la función de determinar cuáles sean los daños jurídicamente relevantes, se podría considerar resarcible cualquier perjuicio económico experimentado por terceros, a consecuencia de un comportamiento antijurídico. Así, para recordar la bien conocida controversia originada por la trágica desaparición del equipo de fútbol del Torino en el accidente aéreo de *Superga*, la responsabilidad de la compañía aérea por la alegada culpa de los pilotos, también fallecidos en el incidente, se extendería, peligrosamente, a cubrir no sólo los daños padecidos por la asociación futbolística²⁶, sino que alcanzaría la vasta serie de repercusiones perjudiciales, determinadas de distinto modo, a causa de la pérdida de los valiosos jugadores como, por ejemplo, la disminución de los ingresos de los equipos que jugaban de locales frente al Torino, las pérdidas de los estacionamientos vehiculares en los alrededores de los estadios, etc.

A una objeción similar, sin embargo, es necesario replicar que la solución del problema de los límites de la responsabilidad civil no debe buscarse en el artículo 2043. Esta norma, en efecto, se preocupa solamente de precisar sus **presupuestos**, reenviando, para aquello que concierne al contenido del deber de resarcimiento, a un criterio distinto: al criterio que permite, a saber, determinar cuáles daños pueden considerarse **ocasionados** por un hecho ilícito.

Ello, sin embargo, no siempre es claro, porque frecuentemente se tiende a entender que la relación de

causalidad entre el hecho ilícito y el daño vaya valorada de la misma manera que la relación que, al interior del hecho, liga el evento natural con el comportamiento que lo provoca. Sólo que un perjuicio económico no es una realidad del mundo externo, respecto de la cual pueda plantearse un problema de nexo causal, en los términos en que nos ha acostumbrado la doctrina penal²⁷: daño, en efecto, no es, por ejemplo, ni la muerte de una persona, ni la destrucción de una casa, sino la situación patrimonial diferente en la que el sujeto damnificado se habría encontrado si el hecho en cuestión no se hubiera verificado²⁸. Tratándose de un juicio hipotético, es necesario naturalmente prescindir de la efectiva situación, ya superando algunos elementos, contemporáneos o subsiguientes al hecho dañoso, ya teniendo en cuenta también advenimientos que, en realidad, no se han realizado: y el resultado final, obviamente, viene a depender del mayor o menor número de factores superados o tomados en consideración, en contraste con cuanto ha ocurrido efectivamente.

El legislador no podía dejar al arbitrio del intérprete la elección del criterio con el que debe cumplirse esta delicada valoración: a tal fin, en efecto, ha dictado el artículo 1223, oportunamente invocado en sede de responsabilidad aquiliana por el artículo 2056. Con dicha norma se ha precisado que no se debe tomar en cuenta, indiscriminadamente, todas las circunstancias que han contribuido a determinar un perjuicio económico: es necesario, por el contrario, tener en cuenta las solas circunstancias que "sean consecuencia inmediata y directa" del hecho ilícito. No es aquí el caso de descender a examinar cómo deba interpretarse esta limitación: es seguro, sin embargo, que ella se entiende no solamente en el sentido de excluir algunas circunstancias **sucesivas** al acontecimiento lesivo, sino también a circunstancias que ya subsistían al momento del hecho ilícito, y que el legislador quiere, sin embargo, que sean obviadas al cumplir el juicio hipotético del cual se ha dado cuenta. Por ello la norma recordada se aplica, sea cuando se trata de establecer la entidad de los daños jurídicamente relevantes padecidos por un solo sujeto, sea cuando se trata de separar los daños resarcibles entre aquellos padecidos por más personas.

²⁶ En contra de la opinión de los jueces a los que se sometió el caso citado: *cfr.* Cass. 4 de julio de 1953, 2085. En: "Foro it", 1953, I, c. 1087; App. Torino, 23 de enero de 1952. En: "Foro it", 1952, I, c. 219; Trib. Torino, 15 de septiembre 1950. En: "Foro it", 1950, I, c. 1230.

²⁷ Sobre lo cual, para una extensa reseña, *cfr.*, recientemente, SINISCALCO, voz "*Causalità*". En: "Encicl. del dir.", VI, Milán, 1960, p. 639 ss.

²⁸ Las críticas achacadas a la denominada *Differenztheorie* no se muestran suficientemente persuasivas cuando la valoración de dicha diferencia venga confiada a un juicio hipotético, bien lejano, por ello, de un simple cálculo de la efectiva disminución patrimonial padecida por un sujeto a causa del evento dañoso.

Concluyendo sobre este punto, debe decirse que, al interior del hecho, la imputación del evento dañoso al sujeto acaece sobre la base de los criterios del dolo y de la culpa²⁹: pero, al exterior del hecho, para la determinación de los daños concretamente resarcibles, interviene la distinta regla fijada por el artículo 1223, al cual el artículo 2043 hace implícito reenvío, mediante la referencia a los daños “causados” por el hecho.

8. Superada así esta última objeción, puede recalcar que, correctamente entendido, el requisito de la injusticia contemplado por el legislador entre los presupuestos de la responsabilidad civil hace que sea posible sostener un principio de gran valor equitativo: a saber, la existencia en nuestro ordenamiento del deber general de *neminem laedere*, de no ocasionar daño a los demás si no existe una causa idónea de justificación, aun cuando el hecho lesivo no estuviera previsto en una norma prohibitiva específica.

Como es natural, de tal forma se deja insoluto el problema – de cuya concreta solución depende, en definitiva, la bondad de la interpretación propuesta – de determinar cuáles son las actividades que el legislador protege hasta conceder al individuo un verdadero derecho a la realización de un acto, pues de otra forma volvería a proponerse la acusación de conceptualismo, antes atribuida a la doctrina dominante. Empero, el problema se plantea y se resuelve sobre la base de un análisis del material legislativo que permite documentar, a través de indicios normativos seguros, la afirmación de una preferencia que el ordenamiento ha otorgado al interés del

sujeto facultado a actuar, aun con el costo de un sacrificio ajeno.

Una indagación similar se hace más sencilla cuando el legislador, al tutelar un comportamiento, se preocupa por señalar, aun si lo hiciera de manera más o menos rígida, los límites del “favor” concedido al sujeto. Así, por ejemplo, para quien considera los casos fundamentales de las esferas dentro de las cuales debe considerarse que están facultados para actuar el propietario y el empresario, aun con daño a los demás, las normas sobre los actos emulativos y sobre la competencia desleal suministran elementos decisivos para la solución de nuestro problema. Otras veces, en cambio, el problema de los límites de la protección concedida a la actividad de un sujeto no está, ni advertida claramente por el legislador, ni es fácil de resolver con disposiciones precisas, lo que puede, en ocasiones, originar incertidumbres que no existiría razón para hesitar a definir, inclusive, como angustiosas. Basta pensar en el polémico asunto de los límites del derecho de informar, que hoy se invoca de manera tan incondicional que llega a representar un atentado indiscutible contra la esfera más íntima de la persona.

No es ésta, obviamente, la sede para semejantes discusiones. Se ha querido hacer alusión a ellas sólo para remarcar cómo la interpretación del artículo 2043 aquí defendida, si acaso conduce a una indudable ampliación de los principios de la responsabilidad civil, debe estar acompañada, al momento de su aplicación, por una atenta, aunque no siempre fácil, valoración de los intereses que se encuentran en conflicto en los distintos casos.

²⁹ Cfr. GORLA. “Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze””. En: “Studi in onore di Antonio Cicu”, I, Milán, 1951, p. 441.