

# MODELOS Y FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL\*

Stefano Rodotà\*\*

*El presente artículo aborda con claridad y en forma sucinta los diferentes estadios por los que ha pasado la responsabilidad civil. El reconocido autor italiano pone especial énfasis en las funciones perseguidas y cómo éstas están intrínsecamente relacionadas a un contexto social.*

*Sin duda, el artículo brinda un interesante panorama general con consideraciones que trascienden al Derecho comunitario.*

\* El presente artículo fue originalmente publicado en Rivista critica del diritto privato 3, Nápoles, 1984, bajo el título: "Modelli e funzioni della responsabilità civile". La traducción, autorizada por el autor, fue realizada por Leysser L. León. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Particular de Chiclayo. Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). A quien agradecemos por la gentil cesión para la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho.

\*\* Profesor ordinario de Derecho Civil en la Università di Roma La Sapienza. Ex Presidente de la Autoridad italiana para la Protección de los Datos Personales.

## 1. ¿CUÁL CRISIS?

Una reflexión general y actual sobre las perspectivas del sistema de la responsabilidad civil obliga, entre otras cosas, a responder una pregunta y a arriesgar una predicción. La pregunta se puede formular en estos términos: ¿a qué razones se debe que la palabra “crisis” se repita tan frecuentemente, desde hace treinta años por lo menos, en una parte considerable de la bibliografía sobre la responsabilidad civil? La predicción, a su vez, atañe a dos cuestiones: el área en la cual se realizará predominantemente la función del sistema de la responsabilidad civil en el período sucesivo y las bases teóricas que acompañarán el destino del sistema.

Si dirigimos nuestra mirada hacia el pasado –para estudiar, justamente, el problema de la “crisis”– resulta evidente, de inmediato, que este término ha sido adoptado para identificar situaciones del todo distintas. Hasta el decenio 1960-1970, especialmente en los ordenamientos europeos continentales (como el francés) –donde la responsabilidad civil ocupaba un lugar de gran importancia cultural y práctica, al mismo tiempo– la palabra “crisis” aparecía con no menos frecuencia que otras, como “declive” y “muerte”; estos términos permitían vislumbrar una inexorable etapa de receso, en cuyo transcurso las funciones típicamente cumplidas por el sistema de la responsabilidad civil iban a ser absorbidas, poco a poco, por distintas técnicas socio-institucionales, como aquellas propuestas por el sistema de los seguros privados y por la seguridad social. Todo ello reflejaba una actitud reduccionista, imputable a muchos estudiosos de las instituciones del Derecho privado, a las cuales se atribuía un ámbito operativo cada vez más restringido y confinado a la administración de una “microconflictualidad” muy irrelevante en el nivel social y económico.

Hoy, cuando se habla de “crisis” se hace referencia a una situación completamente diversa. La responsabilidad civil ha logrado expandirse a áreas en las cuales ella era inconcebible antes: la crisis consiste en una “sobreabundancia”, determinada por un exceso de *inputs* –según se dice–, la cual habría hecho que la institución pierda su fisonomía unitaria, orientándola hacia funciones incompatibles con su naturaleza y con la normativa que la regula. Más que una institución jurídica digna de reconocimiento, la responsabilidad civil habría pasado a convertirse en una verdadera ideología jurídica, que invade las más variadas zonas del sistema jurídico, y que es capaz de determinar una distorsión de este último.

Ante una vitalidad que se presenta tan incontenible, parecería contradictorio hablar de “crisis”. Es en este

punto, en efecto, donde el examen se enlaza con la predicción (o con lo que nos espera). Y se aprecia, precisamente, que una expansión tan marcada no puede ser sostenida por la propia estructura de la institución, la cual, en un momento u otro, no soportará el peso de las múltiples funciones que le han sido impuestas, y tendrá que ser objeto, entonces, de una nueva expansión.

Como es obvio, tal predicción se deriva de un juicio negativo sobre la invocación de las técnicas de la responsabilidad civil, –por parte de los tribunales, especialmente– frente a una serie de situaciones que se caracterizan por conllevar demandas de reconocimiento de nuevos intereses o de solución de conflictos sociales que son irreductibles a los esquemas conocidos. De este juicio negativo nace una expectativa para que la invocación de la responsabilidad civil sea replanteada; como consecuencia de ello, la etapa crítica a nuestras espaldas termina siendo entendida como algo más que un paréntesis.

Me parece que un juicio de dicho tipo, así como la predicción que lo acompaña, se funda en una minusvaloración del proceso que ha conducido a la reciente etapa de esplendor de las técnicas de responsabilidad civil: un proceso dilatado, que ha dado pie a la elaboración de una nueva teoría sobre la razón de ser de la institución, la cual va de la mano con una ampliación de las áreas de incidencia de ésta. No nos encontramos, por lo tanto, frente a la manipulación imprevista de una técnica jurídica, encaminada a hacerla responder a las exigencias del momento. En realidad, hemos asistido –y asistimos– al encuentro y a una sintonía entre una institución que desde hacía tiempo había comenzado a abandonar su vieja piel y que se estaba mostrando renovada en más de un aspecto, por una parte, y demandas sociales que también tenían algún tiempo llamando a la puerta del sistema jurídico, por otra.

## 2. VARIACIONES DE LAS FUNCIONES

Para dar cuenta, resumidamente, de las características del proceso de transformación del modelo de la responsabilidad civil y sus funciones, basta recordar aquí que la función cumplida, principalmente en la etapa histórica que tenía como característica el paso de la sociedad agrícola a la industrial, fue una función binaria, de protección y control de la propiedad, de defensa de la propiedad frente agresiones externas, pero al mismo tiempo, de atenuación de la carga agresiva de la propiedad frente a terceros (que también tenían condición de propietarios). En un período en el cual uno de los problemas centrales consistía en regular el conflicto entre propiedades distintas –todas las cuales se concebían como absolutas– se proponen criterios

idóneos para hacer posible una opción entre diversos tipos históricos de propiedad. La responsabilidad civil acompaña este proceso de selección entre los intereses: ella pasa de ser una regla externa de protección de la propiedad, a tener el carácter de un instrumento de gestión de las compatibilidades entre dichos intereses.

La “crisis” –o la “revisión” de este modelo, si se quiere– es paralela a la pérdida del papel central que tenía el esquema tradicional de la propiedad. Cuando ello ocurre se determina una doble presión. Por una parte, se abre paso la demanda de asegurar una protección contra las actividades dañosas de terceros, comprendiéndose también a la empresa, según su nueva configuración (en otras palabras, no ya sobre la base propietaria material que tenía esta última, como ocurría en la etapa primaria de la industrialización, sino tomando en cuenta el conjunto de las relaciones jurídicas que la conforman). Y esta demanda se justifica, explícitamente o de manera indirecta, por el hecho de que la empresa ha pasado a ocupar el lugar de la propiedad tradicional, en la cima de la escala de los valores jurídicamente relevantes. Con la misma lógica se plantea, por otro lado, la demanda de hacer extensiva la protección aquiliana a todas las situaciones asimilables –por relevancia social y por el nivel de protección jurídica logrado– a aquel valor que la propiedad había representado en el período precedente; todo ello, según una hipotética escala de valores.

Sin embargo, en dicha etapa todavía parece ser evidente la homologación al modelo propietario: la expansión de la protección aquiliana es requerida mediante la invocación de analogías formales o sustanciales de situaciones nuevas, respecto de aquellas que se protegían en un momento anterior. Esta concepción encuentra ecos bastante significativos en la jurisprudencia, que casi siempre hace viable la ampliación del esquema resarcitorio, amparándose en la violación de una “base” propietaria. Ello ha ocurrido, en el pasado, con el resarcimiento concedido a la empresa por la muerte de uno de sus dependientes; este es un caso en el cual el esquema del derecho relativo de crédito es forzado mediante el argumento de que la empresa ya ha adquirido, potencialmente, un derecho sobre las noticias y datos recogidos sobre el dependiente, por cuenta de la propia empresa. Más recientemente, el derecho a la salud es reconocido sobre la base, una vez más, de la conexión entre su titular y una posición propietaria.

El paso final, mucho más decisivo, tiene lugar cuando la protección es asegurada, incondicionalmente, a intereses que no tienen como base a la propiedad. Es entonces que el modelo tradicional no está en condición de operar, porque el problema, justamente,

deja de consistir en administrar la compatibilidad entre intereses homogéneos (como ocurría con la lógica “interpropietaria”); en realidad, el conflicto se libra entre intereses que son cualitativamente irreductibles a lógicas comunes.

### 3. DAÑOS Y ESTADO DE BIENESTAR

La llegada a esta significativa fractura del viejo esquema había tenido lugar, sin embargo, como producto de la desviación de la atención hacia el elemento del daño, y mediante la reconstrucción del esquema de la responsabilidad civil en torno de la posición del damnificado. Diversos sistemas tienden hacia tal resultado, con variantes conspicuas y obvias, pero también con una sintonía sustancial, la cual no es lícito ignorar y que, por el contrario, se debe tratar de explicar.

El momento en el cual se manifiesta más claramente la propensión a construir y orientar el modelo de la responsabilidad civil en función de la protección de los damnificados coincide con la tenaz insistencia en destacar el interés colectivo en la seguridad social; un interés que constituye un rasgo característico del Estado social o de bienestar. Es así como se desencadenan dos procesos paralelos. Por una parte, el sistema de la responsabilidad civil evoluciona simultáneamente con otros sistemas, los cuales tienden a conceder al ciudadano una protección íntegra contra las “adversidades”: en tal sentido, cuando la atención pasa a concentrarse en la víctima, y dada la posición central del elemento del daño (y no ya de la sanción), se favorece la aptitud del sistema de la responsabilidad civil para legitimar y proteger nuevos intereses, aun en ausencia de disposiciones normativas específicas; esto sucede porque el sistema institucional, en su conjunto, parece orientado, precisamente, hacia los objetivos de una garantía de ancha base (a veces formalizados en disposiciones de rango constitucional).

Por otro lado, distintas actividades económicas (empresariales) se hacen acreedoras de una legitimación, sobre la base, igualmente, de su aptitud para asumir el conjunto de los daños que ellas generan. Como bien se aprecia, esto es algo más que una mera, aunque relevante, “internalización de externalidades”: se trata de una identificación de sujetos que están llamados a contribuir con un proyecto de protección “global” del individuo contra las eventualidades dañosas vinculadas con la vida en sociedad.

Desaparece, o es materia de un importante replanteamiento, uno de los elementos característicos del modelo tradicional de la responsabilidad civil, el cual es elaborado de una manera tal que permite una selección minuciosa de los daños resarcibles, con el

fin de no perjudicar la eficiencia económica de la empresa (y, más en general, del agente económico). Esto es posible porque la expansión del Estado social, y de las técnicas jurídicas que lo acompañan, se determina en una etapa de notable coordinación, de un fuerte crecimiento económico.

Técnicamente, este resultado se obtiene con un serio replanteamiento del criterio de la culpa; ésta es degradada de su condición de elemento constitutivo, y pasa a ser una variante, equiparada a las demás del modelo resarcitorio. El pasaje de un sistema monocéntrico a un modelo que se articula según una multiplicidad de criterios de imputación acentúa la flexibilidad del modelo, y la propensión de éste al cumplimiento de múltiples funciones.

Hay dos razones esenciales por las cuales este último dato merece ser examinado atentamente. La primera es que la construcción del modelo de la responsabilidad civil de acuerdo con una serie abierta de criterios de imputación representa uno de los pocos casos en los que puede fundarse, teóricamente, la superación de la antítesis entre principios y reglas especiales; una antítesis que ha afectado gran parte del tejido privatístico. Al ordenarse de manera sistemática (y no dogmática) el conjunto de los criterios de imputación, se aumenta, globalmente, el valor operativo del modelo de la responsabilidad civil.

La segunda razón debe apreciarse en el hecho de que la conjunción entre la disponibilidad operativa más amplia del modelo, por una parte, y los objetivos del Estado social, por otra, plantean la premisa para la función de protección íntegra de la esfera personal; una función que constituirá un momento ulterior de expansión del radio de operatividad del sistema de la responsabilidad civil.

De todos modos, y si se reflexiona sobre el conjunto de los resultados técnicos, y no sobre los episodios de los orígenes, podemos advertir que nos encontramos frente a un modelo cuya operatividad no está condicionada a la permanencia de las condiciones típicas del Estado social, en su fase de máxima expansión. La crisis del Estado social, más que mellar el modelo en su integridad, puede incidir en el alcance de alguno de los criterios de imputación (y por lo tanto, en las funciones de alguno de los criterios).

#### 4. RESARCIMIENTO Y RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES

En todo lo expuesto, es evidente el intento de trazar –sirviéndonos del modelo de la responsabilidad civil– un “plano” de aquella parte de las relaciones sociales que se traducen en conflictos generadores de daños;

todo ello se hace de acuerdo con una lógica redistributiva en su conjunto, la cual desplaza, por lo tanto, la anterior propensión a apreciar cada conflicto entre dañador y damnificado como un conflicto aislado. Desde el momento en que la responsabilidad civil se presenta como un instrumento de realización de políticas socioeconómicas más generales, no sorprende que también se hayan intentado operaciones análogas desde otros puntos de vista.

El más conocido es, con seguridad, el intento emprendido por el *economic analysis of law*. Aunque no sea oportuno someterlo a un examen detallado en esta oportunidad, sí vale la pena recordar su elemento fundamental. Más allá de las notorias oscilaciones de los modelos (a veces reunificados en torno de la culpa, y otras veces fundados en una crítica más decisiva contra este mismo criterio), es claro que estos están estrictamente vinculados con las leyes del mercado; de tal forma, la función del modelo de la responsabilidad civil es identificada en la promoción de la eficiencia económica.

Más aún, el modelo engloba el fin de la eficiencia. Y aquí la distancia respecto de las construcciones teóricas pasadas se hace más evidente; en aquéllas, la eficiencia económica se planteaba como un límite a la operatividad del esquema resarcitorio, y éste podía operar solamente hasta el punto en que dicha eficiencia no resultaba perjudicada.

El salto estructural y funcional no es poco significativo. ¿Cuál es el tipo de racionalidad del cual debe ser portador el modelo de la responsabilidad civil?

En efecto, también en los sistemas capitalistas, o en aquellos que de algún modo se fundan (teóricamente) en el mercado, la racionalidad económica puede realizarse de formas muy diversas. Una de ellas es la que propone, precisamente, el ala más ortodoxa del análisis económico del Derecho, a saber, la identificación de la racionalidad con la eficiencia; y más aún, que todo contenido del modelo que resulte incompatible con la eficiencia, no contribuye a la promoción de ésta, y debe ser eliminado del modelo mismo.

Existe, sin embargo, otro tipo de racionalidad económica –la weberiana– que permite discutir acerca de las relaciones entre el mercado y los modelos de responsabilidad civil, sin que sea necesario hacer del mercado la fuente de las reglas constitutivas de tales modelos. Lo que interesa, desde esta última perspectiva, es que el actor económico esté en condición de prever y valorar, en términos de costos, las consecuencias de la adopción de un determinado modelo; un modelo que puede orientarse, incluso,

hacia finalidades y valores muy distintos de los del mercado. Aquí, sin embargo, la racionalidad de la actividad económica resulta garantizada, justamente, por el hecho de que la operatividad del modelo no distorsiona el cálculo económico: y esto es algo muy diferente de la incidencia –también trascendental– que el funcionamiento de un determinado modelo puede tener en los costos. Lo que cuenta es que dichos costos sean previsibles.

## 5. LA ELASTICIDAD DEL RÉGIMEN

Nos podríamos preguntar, a estas alturas, si la evolución del modelo de responsabilidad civil –que se ha descrito al comienzo– puede considerarse compatible o no con el tipo de racionalidad que se acaba de explicar. Es riesgoso formular una respuesta genérica; lo preferible, probablemente, es adoptar una actitud analítica, referida a los diversos criterios de imputación y a las formas en las cuales éstos se estructuran concretamente en cada sistema. Me limito a efectuar una sola referencia, tomando como punto de partida el proyecto de Directiva comunitaria europea sobre la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos<sup>1</sup>. Conocidos son los debates en torno de la exclusión o inclusión de los *development risks*, “riesgos de desarrollo”, que se consideran como tales, justamente, atendiendo a que no pueden comprenderse, de modo racional, en el cálculo económico del empresario. Pero si se considera la propensión del empresario a contratar seguros (sin que se pretenda llevar hasta sus límites la idea de que *assurance oblige*), también es posible reflexionar distintamente, y apreciar que los *development risks* sólo se pueden traducir en una elevación de las primas, con lo que, dichos riesgos se mantendrían dentro de los costos calculables.

Desde esta perspectiva, sin embargo, sigue sin solución el problema de las estructuras que han hecho posible los avances antes recordados, y la aptitud de aquéllas para generar decisiones previsibles. Formulo la cuestión en estos términos porque es bastante conocida la preocupación de más de un autor respecto del modelo que –según opiniones personales– concedería un espacio demasiado amplio a la discrecionalidad del juez.

Ahora bien, es indudable que las transformaciones más profundas del modelo no habrían sido posibles si la responsabilidad civil no estuviese fundada, sustancialmente, en cláusulas normativas generales, las cuales han permitido –incluso en los sistemas aparentemente más rígidos– la superación de la

antítesis entre tipicidad y atipicidad del hecho ilícito, y han hecho posible, asimismo, que el modelo mantenga una elevada flexibilidad, sin que ello signifique la independencia de todo parámetro de juicio. Por el contrario –y desde cierto punto de vista–, la reducción del área de operatividad de la culpa, y la consideración de ésta en términos explícitamente objetivos, son los factores que han contribuido, ni más ni menos, a la eliminación de márgenes de discrecionalidad judicial que se emplearon peligrosamente en el pasado. De todas maneras, no deja de ser verdadero que el desarrollo del modelo ha sido confiado, globalmente, a formas de interacción entre la legislación, los tribunales y los estudiosos; formas que no se pueden reducir con facilidad a los esquemas que se adoptaban, acostumbradamente, en otras épocas, o para otras materias.

Sin embargo, son muchas las circunstancias por las cuales la fenomenología de los daños y de las modalidades de comisión de éstos resulta irreducible a un tipo de normativa que tiende a volver menos rígidos los márgenes de acción del intérprete, salvo que se decida asumir los riesgos de saltos demasiado forzados entre el régimen normativo y las dinámicas sociales. El problema es antiguo, pero se sigue presentando con rasgos de agudeza, superiores a los que se constatan en otros sectores. Es así como la alternativa vuelve a presentarse, esta vez entre intervenciones permanentes del legislador, con función de actualización, por una parte, y adaptaciones delegadas a la acción de los distintos sujetos antes recordados, por otra; todo ello, legitimado sobre la base de cláusulas normativas generales. Si se analiza la realidad sin prejuicios ideológicos, un ejercicio simple de análisis costo-beneficio puede mostrar que la adaptación a través de cláusulas normativas generales representa una solución menos onerosa que confiar en la intervención legislativa, la cual, por lo demás, no puede practicarse permanentemente.

En los últimos tiempos, el papel desempeñado por los estudiosos –que ha llegado a ser determinante en ciertos contextos– ha generado preocupaciones en el ordenamiento estadounidense, donde se ha subrayado la falta de legitimidad de dicha clase social para el desarrollo de una función que, a tenor de los hechos, es esencialmente legislativa. Tal objeción es ingenua. Sin pretender reivindicar ningún privilegio para los intelectuales, aquí cabe recordar que la traducción normativa de las opiniones de estos siempre se encuentra precedida por una corriente de opinión pública y científica; así se crean aquellas condiciones

<sup>1</sup> Nota del traductor: En el ordenamiento italiano, esta Directiva comunitaria (la 85/374) fue reglamentada mediante Decreto del Presidente de la República 224, de 24 de mayo de 1988.

de transparencia en virtud de las cuales más de uno consigue reconocer una fuente de legitimación, equivalente, cuando menos, a la que es conferida por otras vías.

## 6. UN MODELO UNITARIO Y “LAICO”

Llegados a este punto, es posible emprender un examen más detallado de las consecuencias del proceso antes descrito. De todos modos, con la resumida descripción que se ha realizado de éste, debería de haberse confirmado una premisa inicial: que no nos hallamos frente a un ajuste apresurado, al cual prosiga –en un breve período, como podría pensarse– un *revirement* equivalentemente brusco; lo que en realidad ocurre es una transformación profunda, que incide en el material normativo mismo, y que es “elástica” en medida tal que parece inadecuado apelar a la letra de las normas para que la responsabilidad civil vuelva a circular por vías más apacibles. Si se aprecia bien, la invocación a la literalidad normativa en esta materia siempre ha sido muy débil, porque se ha pretendido atribuir a las normas características detallistas que ellas no poseen. Por lo tanto, dicho recurso se ha convertido, habitualmente, en una defensa de modelos teóricos o jurisprudenciales consolidados, en lugar de constituir una invocación a la concreción legislativa; de tal forma, ella no ha hecho otra cosa que asumir (acaso involuntariamente) un carácter retrógrado.

Hoy la cuestión fundamental, y de mayor interés teórico, parece ser diversa. Por efecto del esplendor del recurso al modelo de la responsabilidad civil, ¿no es que se corre el riesgo de pasar por alto dos de los más conspicuos resultados de la fase precedente, como lo son el carácter unitario y el carácter “laico” del modelo?

Adelanto mi respuesta, en términos muy generales. No cabe duda que el surgimiento de este problema es atribuible a la realidad misma. Sin embargo, y por lo menos hasta ahora, ¿ha sido adecuada la reflexión teórica efectuada? ¿Y no será, entonces, el momento de profundizar esta reflexión, en lugar de brindar respuestas definitivas, las cuales, de otra manera, correrían el riesgo de presentarse como fruto de desencantos personales?

Haré una breve referencia a la cuestión de la “laicización” del modelo: es innegable que la orientación hacia la víctima y el daño despojó al modelo de la responsabilidad civil de toda función de tipo “educativo”; ella pasó a encaminarse, decididamente, hacia objetivos más complejos, de ingeniería social. Debo señalar que no me parece que este resultado corra peligro como consecuencia de las propuestas de retorno a la culpa, ni tampoco por las referencias a las

exigencias de “justicia”. Las primeras tienden, en efecto, a hacer de la culpa un instrumento de control social más penetrante (en la actividad de la empresa, por ejemplo), o bien una vía para lograr un mejor equilibrio de las posiciones del damnificado y del dañador. En consecuencia, no hay nada que vuelva a imponer a la responsabilidad civil una función “moral” en sentido amplio.

La reflexión anterior no es menos válida respecto de las variadas invocaciones a la justicia. Si se considera, por ejemplo, una de las formulaciones más conocidas (atendiendo a una razón de moda tardíamente impuesta), como lo es la debida a John Rawls, nos damos cuenta de que la perspectiva consiste, más bien, en conceder una protección a los llamados “bienes primarios”. De tal forma, no se produce ningún retorno a los esquemas precedentes; por el contrario, surge un incentivo para hacer extensiva –en la dirección que se ha indicado– la operatividad de los instrumentos de responsabilidad civil, secundando la tendencia expansiva a la que también se ha hecho referencia.

## 7. LA NUEVA RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿UN “DERECHO PÚBLICO ENMASCARADO”?

Mucho más serio es el problema que plantea el dualismo entre la función privatística y la función publicística que terminaría cumpliendo el modelo de la responsabilidad civil. La función publicística, en particular, crecería cada vez que la responsabilidad civil se muestre orientada hacia la persecución de finalidades generales de política redistributiva o de asignación óptima de los recursos. En estos casos, se ha hablado del régimen de los *torts* como un “Derecho público enmascarado” (*public law in disguise*).

Analizado en su versión más radical, este argumento no afecta la unitariedad del modelo. Surge, en cambio, un problema distinto, como lo es el de la atracción integral del modelo hacia el área del Derecho público. Juzgado con mayor fidelidad a la realidad, el argumento parece reflejar, más bien, apreciaciones y preocupaciones típicas de una fase en la cual el área de los daños era considerada de una manera atomizada; una fase que estaba destinada a ser superada en el momento de la imposición de los criterios que tienden a dar vida, por el contrario, a planes comprensivos para regulación de las relaciones sociales. Y dichos planes no tendrían un carácter público mayor que el ostentado por los códigos de Derecho privado en la fase, precisamente, de la máxima ambición “planificadora” de estos últimos.

Una función publicística podría plantearse, hipotéticamente, si se considera el hecho de que la responsabilidad civil ha sido, en toda su fase más

reciente, el instrumento que ha permitido conceder un haz inicial de protección jurídica a nuevos bienes o intereses. Con todo, esta función de legitimación no perjudica las modalidades operativas del modelo, una vez que la protección haya logrado expandirse a las nuevas situaciones.

## 8. RESPONSABILIDAD POR HECHO ILÍCITO Y POR RIESGO LÍCITO

Merece una especial referencia la bipartición entre un modelo de responsabilidad por acto ilícito y otro de responsabilidad objetiva por riesgo lícito. Sigo creyendo que esta distinción está destinada a ejercer su influencia, más en el plano de un análisis muy cuidadoso de los criterios de imputación del daño, que en la diferenciación de los modelos. No es casual, por otro lado, que la contraposición de los modelos requiera una nueva invocación a la categoría de la ilicitud, cuya vestidura de complicación inútil saltaba a la vista con un análisis que prestaba más atención al elemento del daño que a los criterios de imputación.

Lo que se consigue con la ulterior alusión a tales criterios es aclarar la forma en que se efectúa la selección de los intereses, en el ámbito de un modelo que hace referencia a ellos. Para despejar las dudas, aquí es necesario hacer referencia, justamente, al riesgo de empresa. Éste, en efecto, no sólo es determinante en cuanto criterio (objetivo) de imputación, sino también por el hecho de que a través de él se logra el resarcimiento de daños (y la protección de intereses, por lo tanto) que, de otra manera, podrían no ser considerados, dada la presencia de otros criterios de imputación. En otras palabras, la selección de los intereses no es predeterminada por una única vez para todos los casos, como sí ocurría en presencia del modelo fundado en la culpa; en realidad, dicha selección es modulada a causa de lo detallado del sistema.

## 9. INTERESES Y DAÑOS

Sin perjuicio de lo expresado, ¿es imperioso hablar de “daño” o, más bien, de “interés”? En este punto nos enfrentamos al problema que –a mi juicio– es el verdaderamente más difícil de resolver. El dilatado proceso de legitimación de los intereses –una legitimación conseguida por la evolución global del sistema de la responsabilidad civil– no se ha limitado a engrandecer el área de los intereses protegidos, con una noción de daño que permanezca sin variación. También esta noción ha variado. Por más de una razón, dicha modificación era inevitable a partir del momento en que la protección se estaba desvinculando del área de los intereses de naturaleza propietaria, porque habían comenzado a ser objeto de consideración

intereses cualitativamente distintos, para los cuales resultaba inútil el esquema tradicional del daño como lesión del patrimonio.

¿Es plausible, entonces, afirmar la existencia de un modelo de responsabilidad que se orienta hacia los intereses? La formulación tiene una fuerza descriptiva indudable, pero no me parece que aclare los términos teóricos del problema.

Creo que dichos términos se plantean de otra manera. Hoy el sistema de responsabilidad civil no tiene más como único trasfondo la propiedad: ya no se trata de administrar (como hemos recordado al principio) la compatibilidad entre distintas propiedades; en realidad, muchas veces se tienen que compatibilizar el conjunto propiedad-empresa, por una parte, e intereses que no poseen naturaleza propietaria (a la salud, a la protección del medio ambiente, y así por el estilo), por otra. De tal forma, el control termina ejerciéndose sobre una situación de naturaleza propietaria; en cambio, la garantía se concede a un interés sin naturaleza propietaria.

A partir de esta premisa se podría derivar el elemento para proponer un dualismo distinto del formulado en términos de “daños” e “intereses”. En realidad, existen intereses de naturaleza propietaria para los cuales continúa operando la noción de daño como diferencia patrimonial negativa, y resarcible, por lo tanto, con la técnica de la compensación pecuniaria. También hay intereses que no tienen naturaleza propietaria, para los cuales aún es posible recurrir al esquema del daño individualizado (daño a la persona, por ejemplo), y sigue siendo practicable la técnica de la monetización, en el plano resarcitorio. Existen, finalmente, intereses colectivos, que no tienen como base a la propiedad, para los cuales se configura un “daño social”, respecto del cual la técnica de la compensación pecuniaria podría resultar insuficiente, de manera tal que ella podría ser complementada o substituida por técnicas reparadoras en un sentido más amplio.

Aquí prescindo, tanto de un examen más minucioso de las características de estas diversas categorías de daño, cuanto del conjunto de las demás técnicas (inhibitorias, de control administrativo, etc.) que se han venido estratificando con ocasión de la producción de daños de diversas categorías, o en relación con éstas. Básteme destacar que con la organización de las hipótesis de “dañosidad”, precisamente, parecen descartadas las predicciones acerca de una reducción del área de operatividad del modelo de la responsabilidad civil: por lo menos en lo que concierne a un horizonte razonablemente cercano.

Por otro lado, en vista de que el meollo consiste en la



forma como estructurar internamente la categoría del daño, una respuesta en términos teóricos podría formularse en el sentido de un ajuste del único aspecto aparentemente idóneo para ser sometido a una discusión seria, a saber: las modalidades de la reparación. No hay visos, en efecto, de que se haya puesto en duda el carácter del juicio de responsabilidad, que parte del daño, y se articula, luego, a través de los criterios de imputación.

#### 10. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para una amplísima serie de referencias (también de carácter bibliográfico) sobre las discusiones en torno de los problemas de la responsabilidad civil, remito a algunos ensayos publicados en la "Rivista critica del diritto privato": SALVI, C. "Il paradosso della responsabilità civile". 1983. pp. 123-166; CANARIS, C.W. "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione". 1983. pp. 567-618, 793-830; FLEMING, J. "C'è un futuro per i torts?". 1984. pp. 271-296; DI MAJO, A. "Il problema del danno al patrimonio". 1984. pp. 297-334. En el presente trabajo han sido explícitas las referencias a WEBER, Max. "Economia e Società".

Volumen 2. Milán. 1961; y a RAWLS, John. "Teoria della giustizia". Milán. 1982; e implícitas las referencias atinentes al libro, bastante persuasivo, de WHITE, G. E. "Tort Law in America. An Intellectual History". Nueva York-Oxford. 1980. Para entender cabalmente la distinta actitud con la que se pueden estudiar las cuestiones relativas a los modelos teóricos y a las perspectivas de la responsabilidad civil, me limito a añadir una referencia sobre textos no italianos: BRINKER, J. "Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Differenzierungsdefizite, Resourceverwendungsplane und das Wertproblem". Berlín. 1982; STRICKLER, H. "Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: auf dem Weg zum Generalklausel?". Berna-Stuttgart. 1983; así como la compilación de ensayos al cuidado de SCHWARTZ-LIEBERMAN VON WAHLENDORF, H. A. "Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais". París. 1983. Para un análisis concreto de la forma en que la sustitución de un modelo por otro es guiada por una "mano invisible", véase KRETZMER, D. "Transformation of Tort Liability in the Nineteenth Century: the Visible Hand". En: Oxford Journal of Legal Studies. 1984. pp. 46-87.