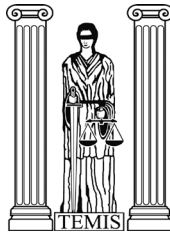


GUIDO ALPA

LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Traducción de

CÉSAR E. MORENO MORE



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2018

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

LA “PROVINCIA” DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

	PÁG.
1. Premisa.....	1
2. Terminología	3
3. El hecho ilícito como elemento “constante” de los sistemas jurídicos	11
4. El hecho ilícito como fuente de obligaciones	12
5. El método en el análisis de la responsabilidad civil.....	14

CAPÍTULO II

LOS CONCEPTOS

1. La estructura del ilícito.....	23
2. La concepción analítica del ilícito (hecho y acto).....	25
3. Del “acto” al “hecho” ilícito	28
4. Los presupuestos, requisitos o elementos del acto ilícito	29
5. La discusión actual.....	31
6. Relación entre el ilícito y el daño.....	32
A) Daño sin ilícito.....	33
B) Ilícito sin daño	33
7. Responsabilidad civil y penal.....	34
8. Responsabilidad contractual y extracontractual.....	36
9. Responsabilidad civil y garantía	41

CAPÍTULO III

LAS FUENTES

1. Las fuentes escritas y la jurisprudencia.....	43
2. La Constitución italiana	43
3. La argumentación constitucional	44
A) La referencia al artículo 2º de la Constitución italiana	44
B) La referencia al artículo 3º de la Constitución italiana	48
C) La referencia al artículo 32 de la Constitución italiana	50
D) La jurisprudencia de la Corte Constitucional	56
4. El Código Civil	59

	PÁG.
5. Los principios generales. Autorresponsabilidad, “alterum non laedere” y adagios ulteriores	62
6. La responsabilidad de la persona física y la responsabilidad de los entes	71
7. Cláusulas generales y estándares de valoración.....	75
8. Las leyes especiales.....	76
9. El derecho comunitario	79
A) Algunas cuestiones basilares	79
a) Hacia nuevas perspectivas del régimen de la responsabilidad civil	80
b) La función de la jurisprudencia	81
c) Un modelo complejo de reglas	81
d) Un marco de valores comunes	82
e) Derecho y análisis económico	82
f) La influencia del derecho comunitario sobre el derecho interno	83
B) Cuestiones preliminares en materia de interpretación de la ley y aplicación del derecho comunitario.....	83
10. Las fuentes de derecho internacional	87
11. La responsabilidad civil en el derecho internacional privado	87
12. La responsabilidad por violación de derechos fundamentales (reenvío)	88

CAPÍTULO IV

DOLO, CULPA, RIESGO, IMPUTABILIDAD Y CAUSALIDAD

1. Premisa.....	91
2. El dolo	91
A) Las fuentes	91
B) La noción	92
C) Las hipótesis	92
3. Aspectos y problemas	93
4. Hipótesis destacables	96
A) Actos emulativos.....	96
B) Dolo contractual, violencia, error y apariencia.....	98
C) Comportamiento procesal	98
D) Seducción con promesa de matrimonio	99
E) Otros casos	99
5. La culpa.....	100
A) Culpa genérica y culpa específica.....	100
B) Culpa civil y culpa penal	101
C) La culpa profesional.....	102
6. Culpa subjetiva y culpa relacional	107
A) La culpa subjetiva	107
B) La culpa relacional.....	108
7. Aspectos de comparación jurídica	109
A) Culpa “abstracta” y culpa “concreta”	110
B) La violación de principios generales	111

	PÁG.
8. La culpa omisiva	121
A) La omisión en sentido impropio	121
B) La omisión en sentido restringido.....	126
C) Ilícito civil y delito omisivo.....	129
D) Los deberes de cortesía.....	131
9. El riesgo	133
10. Aspectos de comparación jurídica	142
A) Responsabilidad objetiva y “strict liability”	145
B) El sistema binario de la responsabilidad civil.....	146
11. Las dudas de la doctrina.....	151
12. La imputabilidad	152
13. El nexo de causalidad.....	154
A) Premisa.....	154
B) Causalidad y modelo binario de responsabilidad	156
C) La causalidad referida al hecho dañoso	157
D) La teoría de la causalidad adecuada.....	158
14. Problemas actuales	159
A) ¿Un solo régimen o varios regímenes de causalidad?	159
B) Daño indirecto.....	161
C) Comparaciones ulteriores	165
D) La responsabilidad estocástica.....	165
15. El criterio probabilístico.....	166
16. La concurrencia de culpas.....	169
A) Concurrencia de culpas entre varios causantes del daño	169
B) Concurrencia de culpa del damnificado.....	169
17. La responsabilidad solidaria.....	170
18. Las eximentes.....	171
A) El hecho del tercero	171
B) El caso fortuito.....	174
C) La causa ignota	179
D) El ejercicio del derecho.....	180
19. La legítima defensa	182
20. El estado de necesidad	185
A) Ámbito de aplicación.....	186
B) La discusión actual.....	189
21. Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil	190

CAPÍTULO V

LA “INJUSTICIA” Y LOS INTERESES PROTEGIDOS

1. La injusticia del daño como cláusula general	193
2. Los derechos inviolables	197
A) Premisa.....	198
B) Delimitación del campo de investigación.....	199

	PÁG.
C) Introducción al debate sobre los derechos fundamentales.....	200
a) Premisa	200
b) La Europa de los derechos.....	204
c) El modelo inglés de la Drittwirkung de los derechos humanos, tal como han sido codificados por el Convenio de Estrasburgo, mediante el Human Rights Act de 1998.....	214
d) La Carta de los derechos fundamentales suscrita en Niza.....	217
e) La aplicación jurisprudencial de la Carta de Niza.....	219
f) Tres vías para aplicar directamente los derechos fundamentales de la Constitución europea a las relaciones entre particulares	219
g) El Reporte anual sobre los derechos humanos (2004).....	221
h) El rol del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE).....	224
3. La integridad física.....	226
A) Premisa.....	226
B) Los actos de disposición del propio cuerpo	231
C) Las operaciones quirúrgicas y los trasplantes.....	234
D) Los tratamientos sanitarios obligatorios	237
E) Las partes separadas del cuerpo.....	239
4. La integridad psíquica.....	240
5. El derecho a la salud y el daño biológico.....	244
A) Premisa.....	244
B) El camino del derecho a la salud	245
6. El medioambiente salubre	254
A) La construcción del derecho	254
C) Las perspectivas de la investigación.....	258
D) El derecho al ambiente salubre como derecho de la personalidad	259
E) El conflicto de los intereses en juego: ambiente, persona y mercado.....	264
F) Las técnicas de tutela	265
a) La tutela inhibitoria.....	265
b) La tutela resarcitoria y los criterios de imputación de la responsabilidad.....	265
7. La privacidad (“privacy”)	268
A) Un trasplante y los formantes	269
B) Las figuras vinculadas a la “privacy” y sus aplicaciones.....	271
C) El método y el razonamiento lógico	274
D) Los casos fundamentales del derecho a la “privacy” de las personas afeadas y sus motivaciones.....	275
E) El caso Caruso	276
F) El caso Petacci	279
G) El caso Soraya Esfandiari como “leading precedent”	281
H) El debate en curso sobre los límites al derecho a la “privacy”	284
a) El estatus del interesado.....	284
b) La subordinación respecto a otros derechos	285
c) El conflicto/ponderación con otros derechos. Las expresiones artísticas.....	285

	PÁG.
I) La libertad de prensa.....	286
J) El tipo de daño	287
K) Las noticias televisivas	288
8. La identidad personal	291
A) Los orígenes.....	291
B) Algunas referencias de derecho comparado	293
C) Definición del interés lesionado.....	297
D) Fundamento normativo	301
E) La naturaleza jurídica del daño padecido	302
F) Las técnicas de tutela	304
9. La protección de los datos personales.....	305
A) Recolección de datos personales.....	305
B) El proceso normativo para la tutela de los datos personales.....	306
C) Síntesis de las finalidades	306
10. Las relaciones familiares.....	310
A) Daño biológico y “débito conyugal”	310
B) El daño padecido por los familiares por la muerte de la víctima.....	315
11. La propiedad.....	319
A) Aspectos de derecho comparado.....	322
12. La posesión.....	326
13. La lesión del derecho de crédito.....	327
A) Orígenes de la problemática. Del “caso Superga” al “caso Meroni”.....	327
B) Los “cable cases”	334
C) Problemas actuales.....	337
14. El crédito del empleador	343
a) La tendencia tradicional contraria al resarcimiento.....	343
b) El cambio de rumbo de la Corte de Casación italiana.....	344
c) El disenso de la jurisprudencia de mérito	348
15. Las expectativas y pérdida de “chances”	355
16. La lesión de intereses legítimos	358
A) La fase previa al “cambio de rumbo” de 1999.....	360
B) El revirement de la Corte de Casación italiana sobre la responsabilidad por la lesión de intereses legítimos	368
C) El “iter” argumentativo	369
D) Las condiciones de resarcibilidad de la lesión de intereses legítimos	372
E) La discusión actual.....	373
F) La suerte de la sentencia 500 de 1999 de las Salas Reunidas de la Corte de Casación italiana	376
G) Nuevos ingresos en el catálogo de los intereses protegidos	377
H) Nuevas precisiones sobre los requisitos del ilícito de la administración pública.....	378
I) Conflictos permanentes relativos a la jurisdicción	380
J) La culpa de la administración pública	381

CAPÍTULO VI

EL DAÑO

	PÁG.
1. La variedad de los daños resarcibles	385
2. Nociones y principios.....	389
A) ¿Qué se entiende por daño?	389
3. Daño, “damage” y “dommage”.....	391
A) Culpa y daño	396
4. El daño patrimonial.....	405
5. Aspectos de derecho comparado.....	413
6. El trayecto del daño biológico. Los orígenes.....	418
A) Primeras tendencias constitucionales.....	423
B) Un nuevo precedente constitucional.....	433
C) La tendencia de la jurisprudencia de legitimidad	440
7. El daño a la persona. Experiencia nacional y perspectiva europea.....	442
A) Premisa.....	442
B) El resarcimiento del daño a la persona: ¿una “lotería forense”?	446
C) Las voces del daño a la persona.....	448
a) El daño a la persona viviente, actual, de naturaleza patrimonial.....	448
b) El daño moral.....	450
8. El daño por el consumo de tabaco.....	451
9. El daño moral	453
a) Nociones	453
b) Cuantificación del daño moral	455
10. El daño no patrimonial revisado	456
A) El pronunciamiento de la Salas Reunidas de la casación 3677 de 2009 ...	456
B) Elementos de interpretación. (a) La terminología	458
a) Categorías conceptuales y modelos de configuración del daño no pa-	
trimonial.....	459
C) Modelos exportables	463
11. El “daño puramente económico” y las problemáticas del “common law” ...	464
12. La reintegración en forma específica	468

CAPÍTULO VII

LOS REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD
EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

1. El daño del incapaz y la responsabilidad del vigilante	471
2. Los padres y los preceptores	473
3. Los patronos y comitentes, o el empleador	478
A) El fundamento de la responsabilidad de los patronos y comitentes.....	478
B) La relación de dependencia.....	483

	PÁG.
C) La relación entre lo dispuesto por los artículos 2049 y 1228 del Código Civil	485
D) Causas de exoneración de responsabilidad.	486
E) El ejercicio de las labores	486
F) Problemas actuales.....	487
4. El ejercicio de actividades peligrosas	488
A) Problemas actuales.....	495
5. La custodia de cosas.....	496
A) Problemas actuales.....	504
6. La custodia de animales	504
A) Problemas actuales.....	508
7. Ruina del edificio	508
8. La circulación de vehículos.....	511
9. La responsabilidad de los administradores de sociedad en la actividad ne- gocial	517
10. La responsabilidad por la dirección y la coordinación de sociedades. Notas exegéticas sobre el artículo 2497 del Código Civil.....	519
A) Premisa.....	519
B) Los requisitos del supuesto de hecho.....	521
C) Los sujetos responsables.....	521
a) La ubicación sistémica del supuesto de hecho	522
b) Las eximentes	525
Bibliografía	529
Índice de autores	535
Índice de materias	541

3. EL HECHO ILÍCITO COMO ELEMENTO "CONSTANTE" DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

En pocos sectores del derecho privado, como es el caso de la responsabilidad, el Código Civil refleja casi literalmente la disposición de las normas y los contenidos de sus modelos anteriores. En efecto, en el lenguaje empleado en la actualidad se hace referencia a "principios", adagios y locuciones romanas. En las argumentaciones, a favor y en contra del papel omnicompreensivo de la culpa, se recurre a la fuerza de la tradición. Por último, precisamente la tradición, al superar de manera absoluta en su aspecto preceptivo al propio texto vigente, arraigada tan sólidamente a la cultura de los juristas, ha marchado casi intacta hasta las ramificaciones efectuadas en la década del sesenta.

No obstante, ¿se trataba en realidad de una tradición unánime?, ¿las fuentes reconstruían realmente aquella lectura que algún autor contemporáneo quiere hacer creer? Además, cuando se hace referencia al pasado ¿qué herencia se pretende reconocer?, ¿la francesa, la pandectística, la auténticamente romana? Y, finalmente, ¿cómo se introduce en nuestro código la noción de daño "injusto"? ¿qué relación se puede constituir entre el Código Civil italiano y el Código Civil alemán (1896-1900) (*BGB*), que, dicho sea de paso, es considerado el modelo alternativo a la codificación francesa o de importación francesa (del mismo modo, respecto al sistema fundado sobre los *torts*, en el *common law*)?

A estas —que son las primeras interrogantes que angustian al intérprete— se les puede dar una respuesta sencilla. Esto ya fue intentado de manera notable por los romanistas y, en su momento, por GIOVANNI ROTONDI¹⁶. El redescubrimiento de las vinculaciones antiguas fue replanteado por JOLOWICZ y MARKESINIS, comparando los sistemas de los *torts*, el *Code Napoléon*, el *BGB*, haciendo preceder la comparación de los sistemas actuales con pasajes de la *lex Aquilia* y con los textos romanos más relevantes, presentando a la *lex Aquilia* como el modelo unificador de todos los sistemas modernos de la responsabilidad civil¹⁷. Que estos sistemas no sean tan distantes entre sí es una lectura reciente, de la cual hoy en día todos son conscientes: se ha demostrado persuasivamente que *tort* y *délit* son dos aspectos de la misma hipótesis. Por otra parte, no es difícil de admitir que en la *culpa* romana se puede identificar el antecedente lógico-político del ilícito. Finalmente, las fuentes están provistas de manchas y "matices", y muestran una gran riqueza semántica y preceptiva, pero, sobre todo, una modernidad sorprendente.

¹⁶ "Dalla lex Aquilia all'art. 1151 C. C.", en *Rivista del diritto commerciale*, 1916, I, 942 y ss. y 1917, I, 236 y ss.

¹⁷ LAWSON, MARKESINIS, *Tortius Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge, 1982; una reconstrucción pormenorizada de los aspectos históricos del régimen jurídico del ilícito se debe a MASSETTO, "Responsabilità extracontrattuale (dir. intern.)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. xxxix, Milano, 1988, págs. 1099-1186.

Al respecto, sin ánimos de exhaustividad y sin ambición de realizar un estudio definitivo, debemos tratar de entender cómo se origina el sistema actual de la responsabilidad civil a través de las fuentes (modernas) que pueden haber influenciado con mayor intensidad en la mentalidad y en la cultura del legislador de 1942.

De esta forma, surgen otras interrogantes a las que es necesario dar respuesta. ¿Hasta qué punto las fuentes romanas son adecuadas, en materia de responsabilidad, al sentimiento y a los valores de los juristas de los siglos xvii y xviii?; ¿qué nexos subsisten entre la idea de pena-sanción vinculada con los ilícitos cometidos con dolo y los cometidos con culpa o por simple descuido?; ¿dónde termina el actuar humano (y, por ende, el operar del principio de autorresponsabilidad) y dónde inicia el reino de la casualidad en donde hay ausencia de voluntariedad?; ¿dónde el hecho humano, incluso involuntario, concurre con el orden inescrutable de las cosas?; etc. No se trata de problemas que tienen solo un matiz jurídico. ¿Hasta qué punto interfieren en las manipulaciones de las fuentes romanas las *querelles* entre jesuitas y janseanistas en relación al libre arbitrio y, por consecuencia, al gobierno de los hechos cotidianos por parte del hombre? ¿Estas dudas, inherentes a la relación del hombre con Dios, capaces de invadir la concepción ética en su integridad y, como resultado, el mismo aparato de las relaciones entre *culpa* y *sanción* en el derecho civil, conservan aún alguna importancia? Los primeros descubrimientos de los autores antiguos demuestran que el nexo entre reflexión ética y elaboración del sistema jurídico de la responsabilidad civil siempre ha sido muy estrecho; no está por demás observar que el sentido ético de algunos siglos atrás, impregnado de valores cristianos, es más cercano al moderno que al de los antiguos jurisconsultos romanos, a pesar de ser laico.

Un análisis rápido de algunas fuentes, entre las más frecuentes y conocidas, aunque sea restringido, puede convencernos de estos temas y hacernos descubrir incluso algunas novedades en la reconstrucción de la fórmula, aparentemente simple, contenida en el artículo 2043 del Código Civil.

4. EL HECHO ILÍCITO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

La regla general del artículo 2043 del Código Civil tiene una razón de ser, no solo histórica, sino también práctica. En los próximos párrafos ilustraremos su significado. Sin embargo, en el Código Civil de 1942, el deber resarcitorio que deriva del hecho ilícito está previsto también en el artículo 1173, el cual cataloga las *fuentes* de las obligaciones. La relación entre las dos disposiciones es de *species* a *genus*, en el sentido que el artículo 1173 apertura el libro de las obligaciones, señala sus fuentes y, por consecuencia, incluye entre estas, además del contrato, al hecho ilícito y a todo otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico. Por razones históricas, sistemáticas, de plenitud,

el artículo 1173 no podía ignorar el hecho ilícito, a pesar de que la regla que lo concierne está dada específicamente por el artículo 2043. Esta última no es una regla superflua, en tanto enuncia los presupuestos para que un hecho dañoso pueda ser considerado jurídicamente relevante para dar lugar al deber resarcitorio. Obviamente, no se debe creer que la previsión explícita en un texto normativo sea la única y determinante razón para hacer que un daño sea resarcido, y para que la víctima pueda obtener satisfacción. En aquellos sistemas en donde no existen reglas codificadas, como en el *common law*, el principio de responsabilidad se ha elaborado en base a reglas jurisprudenciales, obedeciendo a cánones morales, económicos y sociales.

Por tanto, lo que podemos evidenciar en el dispositivo del artículo 1173 es más que una intención sistemática:

i) la abolición de la distinción entre contratos y cuasicontratos, delitos y cuasidelitos proveniente de la tradición romana, que había penetrado en la codificación napoleónica, presente en el Código Civil de 1865, aún presente en la cultura jurídica francesa;

ii) la previsión de que la obligación nace del *hecho* ilícito, y no del *acto*; y

iii) la fórmula de cierre (“todo otro hecho...”) con la cual se hace referencia a la conformidad con el ordenamiento jurídico.

A decir verdad, esta última era la preocupación que evidenciaba principalmente el Ministro de Justicia y Gracia, a quien le apremiaba, con el énfasis retórico típico de la época (más verbal que sustancial), remarcar que “en la sociedad fascista, solo el ordenamiento jurídico puede atribuir dichos efectos a un acto o a un hecho”¹⁸.

Por otra parte, la disposición no hacía más que constatar la evolución de la doctrina, que había rechazado la cuatripartición gayana¹⁹. Sin embargo, desde el punto de vista terminológico, esta contiene y perpetúa un elemento tradicional —la referencia al *hecho*, en lugar de al *acto* ilícito— que puede sorprendernos. Coherentemente, al tratar de afirmar que las obligaciones se originan por previsión del ordenamiento y que son consideradas merecedoras de tutela solo si son conformes a este, y solo si están vinculadas con la ley o con la voluntad privada para poder recomprender en el ámbito de la categoría de los actos con efectos vinculantes tanto al contrato (los actos unilaterales y los demás actos) como al ilícito (y los demás hechos), se habría debido emplear la expresión “acto”, en lugar de la de “hecho”. Y, precisamente, la *Relazione al Rey** buscaba reconducir a la voluntad

¹⁸ R.G. núm. 19.

¹⁹ GIORGIANNI, “*Obbligazioni (dir. priv.)*”, en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, pág. 604.

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

individual incluso al acto ilícito, a título de *responsabilidad indirecta*²⁰. Esta operación, por decirlo así, ortopédica, no ha prevalecido en doctrina y aún hoy se considera que es más correcto el texto del código cuando menciona el *hecho*, y no así el texto del relator, que lo corrige como *acto*. Asimismo, incluso la justificación que le da el relator, es decir, la inclusión de hipótesis de responsabilidad directa e indirecta en la fórmula, es impertinente, en la medida en que —como se tendrá oportunidad de precisar— hablar de “responsabilidad indirecta” es un sinsentido. Es conceptualmente errónea y no se adhiere siquiera a la sustancia de las cosas. Como se ha observado agudamente, los títulos de imputación del deber de resarcir “no recaen todos sobre el acto doloso o culposo del sujeto imputable, sino sobre presupuestos diferentes (relaciones con personas o cosas, ejercicio de actividades, titularidad de bienes)”; además existe consonancia con la expresión “hecho dañoso” empleado por los artículos 2045, 2046 y 2055 Código Civil²¹.

En el texto del Código Civil (en el art. 1384) se cristaliza la distinción, aún hoy arraigada en la doctrina y jurisprudencia francesas, que hace referencia a las causas de la responsabilidad, declinada en responsabilidad por hecho propio, por hecho ajeno y por hecho de las cosas (y de los animales). Aunque la distinción es meramente etiológica, dogmáticamente es errónea, porque la responsabilidad siempre es personal y directa, a pesar de ser imputada por causas diferentes.

5. EL MÉTODO EN EL ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La sistematización de la materia de la responsabilidad civil constituye la expresión de las premisas metodológicas de las que parte el intérprete para describir el objeto de su discurso y, a su vez, el método —como resulta de los estudios sobre la materia— constituye la expresión de la cultura jurídica del intérprete, del ambiente cultural en el que vive, de las finalidades prácticas que pretende realizar, etc.²².

En los últimos años, las nuevas tendencias metodológicas han reformulado en gran medida las técnicas de organización de la materia, tanto en Italia como en el extranjero. Se ha profundizado el análisis histórico, reconstruyendo los orígenes de los textos codificados, de los principios transmitidos por la tradición, de la terminología y del nacimiento de nuevas figuras de ilícito; se ha profundizado el análisis político de las soluciones, ubicando las reglas en su contexto político social; se ha profundizado el análisis filosófico, vale decir, el análisis de las con-

²⁰ R.R. núm. 21.

²¹ RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, en *Enciclopedia del Diritto*, xxix, Milano, 1979, págs. 149-150; y *vid.* ahora BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991.

²² Para el análisis del método, *vid.* ahora ALPA, *Trattato di diritto civile. I. Fonti, storia, interpretazione*, Milano, 2001.