

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

## EL DAÑO Y SUS PROBLEMAS

**This is a pre print version of the following article:**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1589819> since 2016-08-30T11:31:32Z

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

## EL DAÑO Y SUS PROBLEMAS

**Pier Giuseppe Monateri**

Profesor Ordinario de la Universidad de Turín (Italia)

Profesor Visitante del Instituto de Estudios Políticos de París – Sciences Po (Francia)

Ex Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Comparado

En este ensayo partiré de una pregunta que es sólo aparentemente fácil: ¿dónde y cómo el código civil italiano trata el daño? La pregunta parece simple, pero si acortamos el tiempo que nos separa su entrada en vigor, se puede ver como la doctrina italiana, y con ello la jurisprudencia, objetivamente ha trabajado en el desmantelamiento completo del planteamiento normativo dictado sobre el tema por el ministro guardasellos de 1942.

Nos referimos al trabajo objetivo de la doctrina, prescindiendo de las intenciones de los autores. Por ello, nuestra teoría es que la doctrina, en este campo, ha influenciado la jurisprudencia en el rechazo de las novedades legislativas introducidas por el Código de 1942. Teniendo esto en mente, analizaremos las normas explícitamente dedicadas al daño: los artículos 1123° y 1226°, en materia de la parte general de las obligaciones.

Como sabemos, el artículo 1223°, visto con los ojos del artículo 12° de las preleyes, establece el “resarcimiento del daño por incumplimiento...”. Por ende, en realidad, el art. 1223° no trata del daño, del damage, sino de los damages, no del dommage sino de los dommage-intérêts. Trata del daño en cuanto objeto de la obligación resarcitoria, pero no del daño en cuanto elemento de la *fattispecie*. El idioma italiano permite esta ambigüedad, pero es claro que se trata de resarcimiento y, por otro lado, del resarcimiento por incumplimiento.

Entonces, la obligación por hecho ilícito surge del hecho ilícito, por ello, *strictu sensu*, este artículo se debería aplicar sólo cuando, en la obligación, el deudor no lo cumpla: sólo entonces se aplicaría el artículo 1223°. La lógica es esta, y es toda contractual (incumplimiento, retardo, etc.). Tenemos aquí una norma de parte general evidentemente continuada en una de las partes especiales del derecho de las obligaciones, el derecho de los contratos. Lo que señalamos es confirmado por el hecho que el artículo 2056°, dictado propiamente en el tema del hecho ilícito, siente la necesidad de invocar las normas que se deben aplicar: “en las hipótesis según el artículo 2043° y siguientes, el daño es resarcido según los artículos 1223° y 1226°”. Debido a que los artículos 1223-1226 son normas de la parte general de las obligaciones, este artículo no habría sido necesario.

---

· Traducción al idioma castellano, autorizada por el autor, de Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani.

No obstante, precisamente el legislador lo ha introducido porque, si bien de parte general, estas normas son de obvio origen contractual, y mal se adaptaría al campo de la responsabilidad civil.

Ciertamente, el código ha sentido esta misma desazón, pero lo que cuenta es que nos deja un artículo, el 2056º, en que lo central para determinar el resarcimiento de la obligación se origina del hecho ilícito, y que dicta al juez una directriz que, en efecto, no se encuentra contenida en los artículos 1223-1226, agregando que “en el caso específico el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso”. Se debe concluir, necesariamente, que las normas sobre el resarcimiento del daño son diversas para la responsabilidad civil respecto a las del contrato. No sólo por la previsibilidad de los daños, esto es obvio, sino también en el punto más general de la propia determinación, y sobre el modo de determinación del objeto de la obligación resarcitoria. Como se puede apreciar, estamos siempre en el área del resarcimiento del daño, no en el daño en sentido estricto. Entonces, también el artículo 2056º trata, en realidad, del lucro cesante, es de nuevo concebido en la óptica patrimonial, lo que parece obvio dado que, por ende, el último artículo de la responsabilidad civil, el que concluye el Título, es el artículo 2059º, gracias al cual, estando al texto del código de 1942, el daño no patrimonial es expulsado por el Libro IV del código.

El libro IV, debemos recordarlo, es un libro de la patrimonialidad, en la óptica de su redactor. Inicia con el artículo 1174º: la obligación debe ser solamente un objeto patrimonialmente valorable, y se cierra con el artículo 2059º estableciendo que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.

Los mencionados artículos sobre el daño, se han revelado, ciertamente, como normas sobre el resarcimiento del daño – y, por ende, sobre los efectos de la *fattispecie* – y se han presentado también por el incumplimiento contractual, y por la obligación que surge por el hecho ilícito, ¿dónde efectivamente encontramos una norma sobre el daño, como elemento de la *fattispecie*?

La encontramos precisamente en el artículo 2043º. En efecto, la hallamos en la locución recordada por Massimo Franzoni de “daño injusto”, y que nos ha persuadido que, finalmente, la noción de daño injusto que tenía el legislador de 1942 no es la que hemos recibido a partir de los años sesenta del siglo XX. Tal vez la historia de la recepción del artículo 2043º es la historia de una discontinuidad de sentido respecto a su redacción inicial. Una historia altamente intelectual, que parte sin duda del célebre artículo de Piero Schlesinger de 1960 publicado en la revista “Jus”. Consideramos que la locución “daño injusto” no era necesariamente una hipálage sino una endíadisis.

O es contemplada como una palabra sola. Que ello sea posible se demuestra con una simple comparación con las *Institutiones* de Gayo y con las de Justiniano, donde, en el cuerpo de la Lex Aquilia se usa propiamente el término “a-dikian” como traducción del latín “culpa” en la locución *damno culpa datur*, que resultaría, por ende, equivalente de daño injustamente ocasionado.

Entonces, una simple lectura histórica, que fue despreciada por Alfredo Fedele sobre la base de las enseñanzas de Mario Allara, nos condujo a comprender que el legislador estaba, con toda probabilidad, replicando casi banalmente las instituciones de Justiniano. No obstante, esta redacción comportó una novedad, desde el momento que el término “injusto” se encuentra ausente en el código civil de 1865, así como en el código de 1865 no había equivalente del artículo 2059°.

En sustancia, el código civil de 1942 ha importado tres novedades: la injusticia establecida por el artículo 2043°, el art. 2059°, y la circulación de vehículos – obviamente ausente precedentemente. Dejando de lado, por ende, las novedades esenciales se reducen a dos: la restricción de las hipótesis de *an debeatur*, y la restricción del resarcimiento al sólo daño patrimonial. Contra estas dos novedades, la doctrina ha tomado las armas y las ha utilizado.

No obstante, pongamos en orden datos que han sido evocados.

Con artículos y notas a sentencias de 1960, tanto Rodolfo Sacco como Schlesinger han puesto en duda la consistencia de la teoría de la injusticia del daño, así como era planteada a partir de la entrada en vigor del código civil. El primero sobre la base de los datos jurisprudenciales, el segundo con el fundamento de un razonamiento analítico. Después de ellos, Pietro Trimarchi y Stefano Rodotà han sido ambos actores de verdaderas revoluciones. El primero recibió el planteamiento, digamos tecnocrático, *a lo Tunc*, de aquellos años y puso en segundo plano la interpretación de los textos respecto a la función de la institución, reorientando así en forma completa el planteamiento tradicional a favor de la teoría del riesgo típico vinculado a las diversas actividades humanas. En efecto, algo que no corresponde sólo al daño, sino también al nexo causal y la interpretación del hecho ilícito.

Por su parte, Rodotà pudo problematizar sobre el mismo aparato de la responsabilidad civil, donde devino una cuestión de elección y de política del Derecho la búsqueda del sujeto sobre el cual es más oportuno hacer recaer las consecuencias sociales del hecho ilícito. No es casualidad que fue el propio Rodotà quien tradujo al idioma italiano la obra de Guido Calabresi sobre el costo social de los accidentes.

El golpe final a la teoría tradicional de la injusticia fue dado por Francesco Donato Busnelli respecto a la lesión del crédito por parte del tercero, si bien la Corte de Casación en 1971, en el caso Meroni, no le dio la razón en sus motivaciones, sin embargo, los fundamentos de la sentencia convenció a las cortes de mérito a adoptar, en definitiva, la solución propugnada por Busnelli. Si existe una escuela a la que se puede atribuir el desmantelamiento del planteamiento del código civil de 1942 es seguramente la pisana.

Entonces, si nos dirigimos directamente al sub-problema del daño no patrimonial nos encontramos con una análoga sucesión de textos doctrinales que se han precipitado contra el planteamiento del ministro guardasellos de 1942, no obstante la claridad de sus motivaciones en la redacción del texto del código.

En primer lugar, ha sido ciertamente Renato Scognamiglio, con su voz en el Novissimo Digesto Italiano, quien preparó un vuelco revolucionario. En efecto, es a partir de su trabajo que Monetti y Pellegrino o el Tribunal de Génova, han podido introducir la figura del daño biológico como elemento que demostró la inconsistencia del planteamiento del artículo 2059° del código civil. La jurisprudencia de Monetti y Pellegrino es un óptimo ejemplo de cooperación, entre doctrina y jurisprudencia, y su decisión fue comentada favorablemente por Rodotà, Guido Alpa y Giovanna Visintini, que en este contexto no puede ser olvidada.

No obstante ello, la jurisprudencia genovesa fue siempre rechazada por la Corte de Casación y también por muchas Cortes de Apelaciones, hasta cuando nuevamente se produjo una decisiva intervención de la escuela pisana a favor del daño biológico. En efecto, fue nuevamente Busnelli quien inspiró la jurisprudencia de Nannipieri y supo hacerla triunfar sobre la base de la liquidación equitativa personalizada del daño biológico. En efecto, una vez más fue Busnelli quien destruyó una parte de las novedades introducidas por el Código de 1942: una parte sustancial de los daños no patrimoniales, los biológicos, era entonces reconocida en su ingreso en la noción de daño injusto, según el artículo 2043° del código civil, y no recaía más en el estrecho y reducido artículo 2059° - precisamente planteamiento de Renato Scognamiglio - al simple campo semántico del daño puramente moral.

Cuando este planteamiento entro en crisis a causa de la sentencia “Mengoni” de la Corte Constitucional, y se impulsó el amplio interés, iniciado por Paolo Cendon, por el daño existencial, fue, finalmente, una vez más Pisa, entonces por obra de Emanuela Navarretta, que vació definitivamente de contenido sustancial al artículo 2059° mediante su interpretación constitucionalmente orientada.

Por ende, es difícil sobrevalorar la potencia académica revolucionaria representada en nuestro campo por la escuela pisana, que ha desmantelado las novedades introducidas por el código conduciendo a nuestro sistema operacional actual. No podemos no reconocer, especialmente desde el punto de vista francés, la capacidad revolucionaria de los pisanos. No obstante, ¿es evidente que no pueden los pisanos desaprobar a los otros si ahora el sistema de la responsabilidad civil debe necesariamente ser reconstruido!

Desde este punto de vista, pensamos que se debe, en primer lugar, ocupar del daño establecido por el artículo 1223° y siguientes del código civil, o del daño patrimonial, que, paradójicamente, es un poco el huérfano en esta historia, y tiene razón Giorgio de Nova al recordar que la materia del daño patrimonial es muy delicada bajo el aspecto del quantum y no puede no ser tomada en cuenta. En efecto, creo que nosotros no hemos aún disfrutado de todas las potencialidades que en esta área, si bien lo invocamos siempre, pero tal vez lo utilicemos menos de lo que creemos, ofrece el análisis económico del Derecho.

Si algo nos has enseñado, mediante el análisis de los costos de oportunidad, ha sido el de evitar una simple equivalencia entre la patrimonialidad de un bien y su precio corriente de mercado. Podemos brindar un ejemplo: si el legislador prohibiese el

comercio de los libros de derecho romano, bajo pretexto que su lectura corrompe la juventud estudiosa, ¿los libros de derecho romano comenzarían a convertirse en bienes no patrimoniales? Y el famoso “tiempo” del abogado, que tiene un precio, ¿comienza a ser patrimonial sólo cuando trabaja y cesa de serlo cuando juega tenis? Algunos liberales se han apresurado en considerar la propiedad como una proyección de la personalidad, y la Corte de Estrasburgo la ha consagrado entre los más sacros derechos humanos. Entonces, ¿es la propiedad también un bien existencial?

Por ello, me parece evidente que, en realidad, el campo sobre el cual nuestro futuro se invertirá es el de un reexamen completo y muy profundo de la patrimonialidad y de la no patrimonialidad del daño. En efecto, especialmente porque el sistema que fue proyectado para el daño y su resarcimiento por el codificador de 1942, sobre todo por el aporte pisano, no existe más.

Una conclusión no sólo de Derecho civil, sino también de Derecho comparado. El modelo italiano “*del daño*” ha pretendido dirigirse hacia el modelo alemán del BGB, pero no lo ha logrado. Sus intérpretes se han opuesto a esta circulación de modelos, y el sistema italiano finalmente ha regresado a ser lo que era bajo el imperio del Código Civil de 1865: un sistema a modelo francés.