

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU ESPÍRITU<sup>69</sup>

VINCENZO ROPPO

Profesor Ordinario de Derecho Civil de la  
Universidad de Génova.

### SUMARIO

- I. El presentador liberado. - II. El estilo del *daño y responsabilidad*, y las grandes cuestiones sometidas a la convención. - III. La supercuestión: la responsabilidad civil y su espíritu. - IV. Aprender de los enemigos de la responsabilidad civil. - V. Para un restablecimiento del orden de la responsabilidad civil: autocitaciones. - VI. La Responsabilidad Civil en el Mercado Financiero: para una aproximación equilibrada (con pequeña imprecación final)

### I. EL PRESENTADOR LIBERADO

Después de las palabras que apenas hemos terminado de escuchar de Giulio Ponzanelli, uno se pregunta qué cosa queda por decir a quien –según el programa impreso– tenía el rol de “presentador” del Congreso.

Porque el Congreso ha sido ya, con aquellas palabras, completamente presentado. Además: Giulio Ponzanelli ya lo ha introducido –motivándolo en sus presupuestos, finalizándolo en sus objetivos, prefigurándolo en su desarrollo–; y de algún modo, lo ha concluido.

¿Y yo, entonces? Les diré que yo, de este modo, me siento felizmente aliviado de obligaciones que él ha querido cargar, y por esto le doy las gracias. Me siento –para usar un término que se acerca a nuestra *idèe fixe*– muy “desresponsabilizado”, y, por consiguiente, muy libre. De manera tal que todo lo que haré será simplemente ofrecer algunas palabras, precisamente, en libertad.

### II. EL ESTILO DEL DAÑO Y RESPONSABILIDAD, Y LAS GRANDES CUESTIONES SOMETIDAS A LA CONVENCION

Para comenzar, encuentro que este Congreso refleja bien el “estilo” general del *Daño y Responsabilidad*: conjugar la atención hacia la actualidad, especialmente la más relevante para la praxis, con la vocación de inscribirla en reconocimientos, reflexiones, razonamientos de más amplio aliento. O bien: estar al nivel de los “especialistas”, sin descender a aquel de los “practicantes”.

Un tema como “Responsabilidad civil y el mercado financiero” es muy coherente con estas características. Porque se ofrece *prima facie* como tema de extraordinaria actualidad y de siempre más relevante interés práctico. Pero al mismo tiempo se revela como tema que frontalmente pone en juego cuestiones de gran alcance y espesor teórico.

Para nombrar solamente algunas, que no es difícil identificar en filigrana bajo la materia de las potencias previstas hoy.

<sup>69</sup> Ponencia presentada bajo el título “La responsabilità civile e l’attiva” en el Congreso “Responsabilità civile e mercato finanziario”, llevado a cabo en la ciudad de Pisa, Italia, el 21 de septiembre de 2003. La presente ponencia ha sido traducida con autorización del autor por Néstor Carrazzini Torres y revisada por Freddy Escobar Rojas, miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS** nueva croica. Agradecemos a Juan Espinosa Espinosa por su colaboración en la obtención de la presente ponencia para su publicación.

Primero. La relevancia de la figura profesional del operador y de los contenidos técnicos de su actividad, a los fines de la construcción del correspondiente estatuto de responsabilidad; y, en consecuencia, la creciente fragmentación del régimen de responsabilidad civil en una pluralidad de subregímenes definidos esencialmente en función de las áreas profesionales de referencia.

Segundo. El deterioro de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Tercero. La variada posición de responsabilidad de las organizaciones públicas.

Cuarto. La siempre más fomentada "desmaterialización" de la responsabilidad civil, que en una *knowledge society* como la nuestra tiende a substraerse del mundo de la materialidad –el viejo *animus corpore corpori dilatum*– para posesionarse en las dimensiones de la inmaterialidad o directamente de la virtualidad, hoy siempre más relevantes tanto sobre el plano de las conductas generadoras de responsabilidad como sobre aquel de las consecuencias dañinas. (Aunque –no puedo hacer menos que notarlo– lo que ha sucedido exactamente diez días atrás en South Manhattan parece una terrible revancha de la dimensión material, física del daño y de la responsabilidad: porque lo que se ha destruido no se reduce a valores contables, sino son cuerpos, vidas, cosas; y lo que los ha destruido no ha sido la palabra o ausencia de palabra, falsedad o parcialidad de conocimiento, sino han sido el hierro y el fuego, el peso, la masa, la velocidad, el calor).

### III. LA SUPERCUESTIÓN: LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU ESPÍRITU

Pero existe una quinta cuestión de la responsabilidad civil, a la cual el tema de nuestra convención nos devuelve.

Cuestión general y profunda. Incluso más general y profunda que aquella también crucialísima – que Giulio Ponzanelli citaba al término de su intervención, evocando la sempiterna dialéctica entre función de compensación y función de prevención de la responsabilidad. Más general y profunda que la alternativa *compensation / deterrence*, porque de manera aún más intensa y dramática va al corazón de la institución, emplea el sentido y la esencia: en perspectiva atrevería a decir antropológica, aún antes que jurídica.

Para presentar la cuestión a la cual aludo, aprovecho la libertad (y de aquel otro poco de desresponsabilización) que Giulio Ponzanelli me ha regalado, y recorro a un método un poco inusual. Simplemente, citaré algunos pasajes de un libro, que no proviene de un jurista.

El libro recoge –en forma de entrevista– las reflexiones de James Hillman: filósofo y psicólogo de la Escuela junguiana, americano de Atlantic City, pero formado largamente en Europa, cuyo pensamiento se organiza en torno a la categoría del espíritu.<sup>1</sup>

En un cierto punto Hillman habla de "obsesión de la seguridad", y dice:

*"Los Estados Unidos son estrictos en la mordida de las grandes compañías aseguradoras y de las grandes casas farmacéuticas (...). La obsesión de la seguridad elimina todo invento de los dioses. Cualquier imprevisto que suceda, se ofrece una denuncia de*

<sup>1</sup> HILLMAN, James. *La voz del animal*. Milán, 1999.

*sinistro y se resarce. Un accidente puede ser también un buen negocio. Incluso nos contamos bromas a propósito (...). Una madre le explica a su pequeño hijo cómo atravesar la calle en medio del tráfico: 'Recuerda atravesar siempre con la luz verde, así después das causa'. Vale decir, así después darás causa para daños si un automóvil te atropella. Tenemos leyes que hacen obligatorios los cinturones de seguridad, botiquines de medicina que ninguno llega a abrir, advertencias sobre cualquier cosa que comemos, un mayor uso del airbag. Adquirimos automóviles no por la diversión de manejarlos o en base a su practicidad o capacidad de aceleración, como un Maserati, sino en virtud de la protección del impacto. Adquirimos automóviles seguros, es decir, los compramos sólo en vista del accidente. La seguridad es para nosotros una especie de patrón invisible que aleja sobre cada cosa; incluida la estupidez. Precisamente en este período, por el hecho que once niños en los Estados Unidos hayan quedado encerrados en la maletera del auto de sus padres y hayan muerto, se desea que todos los autos sean construidos con un cerrojo de resorte al interior de la maletera, para que los niños puedan escapar (...). Pero es un insensato sentido de protección pensar que la muerte será alejada. ¡Y así, naturalmente, se aleja la vida! No existe riesgo, no existe transgresión, no existe peligro, no existe aventura (...). El lugar en el que hemos colocado la muerte ahora está precisamente en todos estos sistemas de protección, que nos impiden abrirnos al riesgo de la vida. Y así -concluye Hillman con un llamado siniestramente profético, que a diez días del once de septiembre nos hace estremecer- 'estamos totalmente desconcertados por terroristas, que están abiertos a la muerte'.<sup>92</sup>*

#### IV. APRENDER DE LOS ENEMIGOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Las palabras de Hillman suenan como una declaración de guerra contra la responsabilidad civil, de la cual él es enemigo porque considera que confiando en la responsabilidad ajena (en función de resarcimientos sucesivos, de seguridades preventivas) los hombres terminan por perder su propia alma, para vivir una vida sin alma.

Yo estoy bien lejos de compartir esta posición: allí encuentro una vena de vitalismo estético –un poco de D'Annunzio, un poco de Lawrence, un poco de vanguardismo e intrepidez– que no llega a entusiasmarme. Y después, para nosotros del *Daño y responsabilidad*, que de la responsabilidad somos por definición amigos, vale una regla: ¡los enemigos de la responsabilidad civil son nuestros enemigos!

Sin embargo, digo: buscamos ser dialécticos; consideramos también el punto de vista del enemigo, porque también aquel punto de vista –que en su radicalidad rechazamos– puede ayudarnos a calibrar mejor el nuestro.

#### V. PARA UN RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: AUTOCITACIONES

Calibrando mejor los puntos de vista corrientes entre los amigos de la responsabilidad civil, creo que será de gran necesidad, frente a aquella que ya otras veces me ha ocurrido deplorar como una derivación un poco desconsiderada e inquietante de la institución.

Permítanme alguna cita, esta vez en forma de auto-cita.

En 1996 escribía:

<sup>92</sup> HILLMAN, James. *Op. Cit.*, pp. 28-33.

*"Decisiones judiciales y orientaciones doctrinales están delineando –año tras año de manera más marcada y extendida– una verdadera y propia ‘explosión’ de la responsabilidad civil. Siempre nuevos y diversos hechos dañinos, siempre nuevos y diversos tipos de daño desprenden responsabilidad y resarcimientos, que a su vez (en la nota dialéctica de rights and remedies) dan cuerpo a nuevos y diversos ‘derechos’, en un frenético ‘crescendo’ rossiniano. La pregunta es: ¿el movimiento está bajo control? Tengo mis dudas.*

*La maquinaria de la responsabilidad civil, que aún en los años 50 y 60 avanzaba lentamente con hurrumbroso cuidado, paulatinamente ha tomado velocidad, como si estuviese lubricada y alimentada por óptimas mezclas doctrinarias –jurisprudenciales: un dato absolutamente positivo en la dinámica de nuestro ordenamiento jurídico, una bella página que regresa con los honores de la mejor civilística italiana. Pero desde hace algún tiempo se tiene la impresión, que el movimiento se esté haciendo inaturalmente acelerado y un poco desordenado. No deseo exagerar. No pienso decir que la maquinaria de la responsabilidad civil, de una locomotora jadeante se ha transformado en un misil. Digo solamente que se acerca (o quizás ya ha llegado) el momento de detenerse un momento a reflexionar sobre este desarrollo, a valorar las implicaciones, a retomar –por cuanto sea necesario– con mano firme el control.*

*Muchas de las positivas aperturas, que teorías y prácticas de la responsabilidad civil han conocido en Italia, sobre todo a partir de los años 60, son tributarias también de la recepción cultural de experiencias americanas. Ha sido una recepción fecunda, y si alguna habla de ‘americanización’ (acaso adulator) de nuestro sistema de responsabilidad civil, no será yo ciertamente quien cargar la expresión de una característica negativa. Me limito a observar que a aquella experiencia debería prestarse alguna atención en la parte en la que –como siempre más interesantemente sucede– es experiencia de reflexiones sobre los riesgos de una expansión incontrolada de los territorios ocupados por la tort liability. Y a poner inartadamente en guardia contra una posible equivocación: el hecho que en la Constitución de los Estados Unidos de América se inscriba el ‘derecho’ de los hombres a la (búsqueda de la) felicidad no autoriza ni siquiera al más ferviente adepto de esta región de la American tort law a pensar que cualquier lesión de aquel ‘derecho’ genere pretensiones inmediatamente accionables en un juicio; que ¡si uno es infeliz pueda pretender automáticamente –cfr artículo 2043 cód. civ.– que cualquier otro lo pueda resarcir de su infelicidad! No he podido hacer menos que pensar, examinando el daño ‘por emociones’ y daño ‘existencial’.*

*Por lo tanto, el mensaje es: retomar el control sobre la velocidad y sobre las direcciones de desarrollo de la responsabilidad civil, para impedir que un proceso en suma positivo termine por degenerar.*

*Si no se hace, veo un riesgo ‘de sistema’. El riesgo que la acción de responsabilidad civil cambie silenciosamente su naturaleza, su posición y su rol en el ordenamiento: que esta, en definitiva tome el puesto de la acción de enriquecimiento sin causa como remedio residual y omnimodo, con lo cual instrumentar pretensiones patrimoniales incapaces de encontrar salida por cualquier otra vía ofrecida por el ordenamiento (...).*

*Y existe un riesgo posterior: que por reacción a los ‘excesos’ del remedio resarcitorio se generen ‘golpes de retorno’ hacia los inalcanzables términos del pasado, cuando (exagero un poco) no se pueda resarcir casi nada a nadie.<sup>73</sup>*

<sup>73</sup> ROPPO, Vincenzo. *Crisi d'impresa: la banca risponde verso i creditori? Un profilo sugli sviluppi della responsabilità civile*. En *Responsabilità e Danno*, 1996, pg. 540.

En 1998 publicaba, evocando:

*"(...) el riesgo de una excesiva e injustificada extensión en la aceptación de las pretensiones resarcitorias, consecución con una cierta relajación o soltura en el examen de tales pretensiones al filtro de los criterios de responsabilidad.*

*Relajación o soltura que emergen antes de todo sobre el terreno de la identificación de los perjuicios (o si se desea de las situaciones dañinas) que se juzgan merecedoras de resarcimiento: en conclusión, sobre el terreno de la injusticia del daño. Sobre todo pienso en la jurisprudencia sobre la resarcibilidad de la pérdida de oportunidades; pienso en ciertos empleos un poco medrosos de la categoría de daño 'al patrimonio'; pienso—para citar elaboraciones preferentemente doctrinales— en aquellos de daño 'existencial', de daño 'por emociones'; ahora también el daño por 'insolencia', que parecen un poco danczar sobre el borde del abismo en el fondo del cual está lo impalpable, lo inefable, lo francamente fútil."*

Y precisamente denunciaba:

*"(...) una cierta esquizofrenia de nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad civil: porque en ciertos ambientes y bajo ciertos perfiles esta amplía irracionalmente las redes de la responsabilidad; y en otros ámbitos y bajo otros perfiles con igual irracionalidad las estrecha."*

Observando que:

*"Por consiguiente, existe necesidad de un reajustamiento: por un lado, hacer menos venturoso y más riguroso, en general, el uso de los fundamentales criterios de imputación de la responsabilidad y de verificación/cuantificación del daño; por el otro, romper el tabú que para ciertas clases de ilícitos y de daños (como aquellos que se vinculan al mal uso de la función legislativa, o a la lesión de intereses legítimos) lleva a negar—siempre, por principio— responsabilidad y resarcimiento."<sup>4</sup>*

En 1999 insistía, publicando "Contra la concepción cuantitativa de la responsabilidad civil". Subrayaba:

*"(...) el riesgo que se acredite por inercia, y se torne en pensamiento latente cuanto generalizado, una idea puramente cuantitativa y mecánica del progreso de la responsabilidad civil. La idea que la eficiencia de este reparto del sistema legal sea directamente mensurable sobre el facturado de los resarcimientos que, sobre la base de este, se reconocen a favor de quien sufre daños, a cargo de algún otro al cual se le imputa la responsabilidad. La idea de reconocer responsabilidad y resarcimientos allí donde antes se negaban constituye de por sí, automáticamente, un progreso del ordenamiento."*

*Quizás de hecho es así, en la mayoría de los casos. Es innegable que debiendo enumerar aquellas que por opinión se consideran evoluciones positivas de la responsabilidad civil, sea mucho más fácil volver la mente a casos que tienen este signo, antes que a casos que tengan el signo opuesto de una sobrevenida drástica de resarcimientos antes acordados, de un 'retiro' de la responsabilidad civil de territorios que antes ocupaba. Afortunadamente se me viene a la mente solo uno: el oportuno caso de la responsabilidad civil por hechos de 'seducción con promesa de matrimonio' (que, obviamente, de ningún modo constituyen violencia sexual).*

<sup>4</sup> RIDPTD, Vincenzo, *Approvi in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*. En: *Responsabilità e Damno*, 1993, pp. 969-970.

*Lo importante es no pensar que deba ser necesariamente así; no colocarse sobre la idea de un obligado status de incremento de la institución, de su casi 'natural' vocación para ampliar siempre su propio campo de aplicación. Lo importante es interiorizar una concepción cualitativa de las responsabilidades civiles: ser abiertos a admitir que un progreso de esta pueda realizarse también con afinamientos y mejores calibres de sus requisitos, capaces alguna vez de inducir un consciente y motivado redimensionamiento de su esfera de incidencia.*<sup>72</sup>

## VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MERCADO FINANCIERO: PARA UNA APROXIMACIÓN EQUILIBRADA (CON PEQUEÑA IMPRECACIÓN FINAL)

Estas advertencias tienen, creo, también alguna razón en sonar mucho en un Congreso sobre la responsabilidad civil y el mercado financiero.

Caladas en la específica materia, estas podrían, un poco brutalmente, traducirse así. Existe cierto espacio para el trabajo de la responsabilidad civil frente a muchas situaciones del mercado financiero. Pero para identificar correctamente este espacio, es necesario no colocarse mecánicamente sobre un perjuicio: el perjuicio por el cual si un ahorrista-inversionista pierde dinero porque sus inversiones en el ahorro administrado van mal, él tenga siempre y, por indiscutible automatismo, el derecho de recuperar el valor; y que el único problema sea individualizar contra quién puede actuar para recuperarlo.

Lo dice alguien que, de un año a esta parte, con sus inversiones en el ahorro administrado ha perdido –¡maldición!– mucho dinero.

---

<sup>72</sup> ROPPO, Vincenzo, *La Costituzione economica la responsabilità degli investitori legittimi*. En: *Responsabilità e Damno*, 1999, pp. 989.