

# ¿Hacia un derecho europeo de la responsabilidad civil? Los proyectos, los métodos, las perspectivas\*

MARTA INFANTINO\*\*

RESUMEN: En las últimas décadas, construir un derecho europeo común de la responsabilidad civil se ha convertido en el principal objetivo de muchas instituciones europeas y grupos de investigación. Por un lado, las instituciones de la Unión Europea con frecuencia destacan la necesidad de simplificar la actual diversidad existente en el derecho europeo de la responsabilidad civil, y tratan de alcanzar dicho objetivo a través de la introducción –hasta ahora bastante incoherente– de piezas legislativas en el marco jurídico europeo. Por otro lado, muchos grupos de investigación tratan de mejorar el proceso de europeización a través de medios que se diferencian en gran medida, uno del otro. Algunos de estos grupos (p. ej., el *European Group on Tort Law* y el *Study Group on a European Civil Code*) adoptan un enfoque de arriba hacia abajo, y buscan de esta forma redactar un derecho europeo "soft" de la responsabilidad civil. Otros (p. ej., el proyecto *Ius Commune Casebook for a Common Law of Europe* y el *Common Core of European Private Law*) siguen un camino de abajo hacia arriba, encargados de desarrollar un mejor conocimiento del derecho de la responsabilidad civil, en beneficio de los usuarios del derecho europeo.

\* Artículo inicialmente publicado en la *Rivista critica di diritto privato*, 4, 2010, pp. 273-312. Título original: "Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive".

Trad. del italiano, CÉSAR MORENO (UNMSM, Lima-Perú).

Fecha de recepción: 7 de febrero 2014. Fecha de aceptación: 31 de marzo 2014.

Para citar el artículo: M. INFANTINO. "¿Hacia un derecho europeo de la responsabilidad civil? Los proyectos, los métodos, las perspectivas", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 407-447.

\*\* Doctora en Derecho por la *Università di Palermo*; LL.M. por la *NYU School of Law*. Investigadora y profesora 'encargada' de Derecho Comparado de los Contratos en el IUSLIT de la *Università degli Studi di Trieste*, Italia. Contacto: minfantino@units.it

No obstante el número y la calidad de dichos empeños, no hay un acuerdo acerca de qué es lo que se debería hacer o quién debería llevarlo a cabo. Es de este debate que parte el presente trabajo, con el objetivo de brindar una visión general de los esfuerzos que actualmente se encuentran en curso, de las diferentes técnicas y metodologías que ellos adoptan, y del posible resultado que probablemente estos producirán en el corto y largo plazo.

**PALABRAS CLAVE:** armonización del derecho europeo, derecho internacional privado, derecho comparado, responsabilidad civil europea.

*Towards a European Tort Law? Projects, methods, approaches*

**ABSTRACT:** In the last several decades, building a common European tort law has become a primary goal for many European institutions and research groups. On the one hand, EU institutions frequently highlight the need to simplify the current diversity in European tort law, and try to achieve this goal by injecting – so far quite incoherent – pieces of legislation into the European legal framework. On the other hand, many research groups aim to enhance the Europeanization process through means that are much differentiated one to the other. Some of these groups (e.g., 'the European Group on Tort Law' and the 'Study Group on a European Civil Code') adopt a top-down approach, and seek to draft a 'soft' European tort law. Others (e.g., the 'Ius Commune Casebook for a Common Law of Europe' project and the 'Common Core of European Private Law' project) follow a bottom-up path, committed to developing a better knowledge on tort law across European law-users.

Despite the number and the quality of such enterprises, there is no agreement on what should be done or on who should do it. It is from this debate that this paper takes off, aiming to offer an overview of the endeavors currently under way, of the different techniques and methodologies they adopt, and of the possible outcomes that they are likely to produce in both the short run and the long run.

**KEYWORDS:** *Harmonization of European Law, International Private Law, Comparative Law, European Tort Law.*

**SUMARIO:** 1. Las causas de la armonización. 2. Las intervenciones comunitarias: (a) derecho internacional privado. 3. Continúa: (b) derecho sustancial. 4. Los *European Principles of Tort Law*. 5. Los *Principles of European Law* y el *Draft Common Frame of Reference*. 6. Intermedio. El destino breve de las reformas 'top down'. 7. La *Pan European Organisation of Personal Injury Lawyers*. 8. El proyecto *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. 9. El *Common Core of European Private Law*. 10. Armonización 'bottom up' y derecho europeo.

## 1. LAS CAUSAS DE LA ARMONIZACIÓN

El esfuerzo por identificar los métodos y soluciones que, de mejor forma, puedan dar soporte a la construcción del 'derecho privado europeo' ocupa desde hace

ya casi treinta años una conspicua parte del debate. Si en un primer momento la atención estaba dedicada casi exclusivamente a la materia contractual<sup>1</sup>, sobre todo a partir de los años noventa del siglo pasado, la armonización de la responsabilidad civil se ha convertido en prioridad de muchos grupos académicos de investigación, así como de las mismas instituciones comunitarias<sup>2</sup>.

Estas últimas, a menudo, han puesto de presente cómo la reducción de las diferencias entre los diversos sistemas nacionales en materia de responsabilidad extracontractual podría facilitar la administración judicial de los litigios transnacionales, y por dicha vía, contribuir al logro del objetivo más general: crear un área

1 Acerca de la iniciativa, sostenida por la Comisión Europea, y encaminada hacia la redacción de un Marco Común de Referencia –es decir, de un conjunto de reglas y definiciones que sirvan tanto de guía para el mejoramiento del *acquis communautaire* como de base para un futuro instrumento opcional sobre el derecho europeo de los contratos– cfr. ahora el *Draft Common Frame of Reference* redactado por el *Study Group on a European Civil Code* y por el *Research Group on EC Private Law*, en cuyo texto ha sido introducido un libro (el sexto) sobre la responsabilidad extracontractual: cfr. C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Draft Common Frame of Reference*, München, 2009, 395-412. Sobre estas reglas y sobre su origen cfr. infra, par. 5.

En el ámbito de la misma labor se ubica el estudio realizado –centrado principalmente en el contrato– por la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* y por la *Société de Legislation Comparée*, estudio que actualmente se encuentra compilado en dos volúmenes: *Principes contractuels communs* y *Terminologie Contractuelle Commune*, París, 2008. Una versión reducida, en inglés, apareció al cuidado de B. FAUVARQUE COSSON e D. MAZEAUD: *European Contract Law. Materials for a Common Frame*, Munich, 2009. En lo que se refiere a los esfuerzos extraoficiales de armonización, merecen ser nombrados por lo menos: (i) el trabajo de la *Commission on European Contract Law* (dir. Prof. Ole Lando) que ha redactado los *Principles of European Contract Law* (O. LANDO & H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, La Haya, 2000; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM & R. ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, La Haya, 2003; y también (ii) la obra de la *Académie des Privatistes Européens*, presidida por el Prof. Giuseppe Gandolfi, cuyos resultados iniciales han sido incorporados en el libro del futuro *Code européen des contrats*: cfr. AA.VV., *Code européen des contrats: Avant-projet: Livre premier*, Milano, 2002. Un segundo libro dedicado a *Des contrats en particulier* se encuentra en elaboración: cfr., p. ej., G. GANDOLFI, *La vendita nel "Codice europeo dei contratti"*, en *Eur. dir. privato*, 2006, 1229. Otros grupos están trabajando en otros sectores del derecho privado, intentando uniformizar el derecho de familia, el de sucesiones o el de las garantías hipotecarias: para una visión general de esta iniciativas cfr. M.R. MARELLA, *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law*, 12, *Eur. L. J.*, 78-105; S. VAN ERP, *New Developments in Succession Law*, *Electronic J. Comp. L.* (2006); F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Staempfli, 2009, 483 ss.

2 Sobre el bando institucional cfr. Reglamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), GUCE 31 de julio de 2007, L 199/40, §§ (1), (6), (14), (15), (16), (20). Respecto al frente secular, *e multis*, W. H. VAN BOOM, *Harmonizing Tort Law: A Comparative Tort Law and Economic Analysis*, en M. FAURÉ (ed.), *Tort Law and Economics*, Cheltenham, 2009, 435-49; H. KOZIOL, *Comparative Law - A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example*, 1, *J. Tort L.*, 1, 3 (2007); R. VAN DEN BERGH & L. T. VISSCHER, *The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonisation?*, 14, *Eur. Rev. Private L.*, 511 (2006); G. BRÜGGEMEIER, *Common Principles for Tort Law: A Pre-Restatement of the Law*, Londres, 2004, 32-34; U. MAGNUS, *Towards European Civil Liability*, en M. FAURÉ, J. SMITS & H. SCHNEIDER (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Ambers, 2002, 205, 206.

común, donde bienes, servicios, personas y capitales puedan circular libremente<sup>3</sup>. Un derecho uniforme –se agrega– podría reducir la duración y la complejidad de los litigios, y al mismo tiempo evitar la existencia de diferencias y desigualdades de tratamiento entre individuos sometidos a regímenes distintos<sup>4</sup>. La Comisión Europea observa luego cómo un derecho similar no solo permitiría a las aseguradoras realizar sus operaciones dentro de un espacio jurídico unitario y gozar de manera más completa de la libertad de establecimiento<sup>5</sup>, sino que tendría también el efecto de aumentar la atracción del mercado europeo a los ojos de empresas extracomunitarias<sup>6</sup>. Debido a que un empresario decide dónde producir o vender sus productos teniendo en consideración también las reglas de responsabilidad que se le podrían aplicar en un determinado país, la sistematización (fragmentaria y orgánica) de aquellas reglas puede terminar por influenciar las estrategias empresariales de inversión y distribución de los productos. Desde este punto de vista, concluye la Comisión, no hay duda de que Europa resultaría más atractiva para los operadores extranjeros si estos pudiesen relacionarse con un derecho unitario, en lugar que con 28 (uno comunitario y 27 nacionales) sistemas diferentes<sup>7</sup>.

Tal fervor institucional encuentra su reflejo en la comunidad científica. Y si bien, por regla general, los académicos son mucho más cautos que las instituciones comunitarias al defender la incuestionabilidad de los argumentos mencionados<sup>8</sup>,

3 Por ejemplo, el Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2, § (6).

4 *Ibid.*

5 European Commission Directorate-General for Internal Market and Services, Handbook on implementation of the Services Directive, 2007, 48-49, disponible en el sitio web: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm)

6 Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2, §§ (16), (20).

7 *Ibidem.* Para algunas observaciones críticas sobre los argumentos anteriormente indicados en el texto cfr. P. GILKER, *Can 27(+)'Wrongs' Make a Right? The European Tort Law Project: Some Skeptical Reflections*, 20, *King's L.J.*, 257 (2009); E. ROCA TRIAS, *The Process of Codifying the European Legal System*, en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *Opening Up European Law*, Bern-München-Durham (N.C.), 2007, 101, 102; G. WAGNER, *The Project of Harmonizing European Tort Law*, 42, *Common Market L. Rev.*, 1269, 1270-75 (2005); H. MUIR WATT, *Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy*, 7, *Ius Commune Lectures on European Private Law*, 1, 4-8 (2003); M. G. FAURÉ, *How Law and Economics May Contribute to the Harmonisation of Tort Law in Europe*, en R. ZIMMERMANN (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, 2003, 31, 52-53.

8 Véase, por ejemplo, WAGNER, *supra*, nt. 7, 1269 ss. Que la validez de los argumentos reportados en el texto sea, por lo menos, discutible, parecería, por su parte, ser demostrado por la circunstancia de que el mercado estadounidense, en una condición a primera vista bastante asimilable a la nuestra (derecho de la responsabilidad civil regulado exclusivamente a nivel estatal, no obstante las diferencias de Estado a Estado), ha sabido mantenerse competitivo en el plano global sin tener que recurrir a la introducción de una *law of tort* común. Sin embargo, es necesario recordar al respecto cómo cualquier comparación entre la situación europea y la estadounidense corre el riesgo de resultar engañosa, cuando se omite considerar cómo el derecho de la responsabilidad civil norteamericano es el producto de la suma de 51 jurisdicciones (50 nacionales y una federal), que comparten un patrimonio lingüístico y conceptual común, y además es el resultado de los desarrollos dictados por una Corte Suprema que –en las materias en que puede intervenir– representa una fuerza motriz hacia resultados uniformes, y también de

muchos de ellos han abrazado de manera entusiasta la causa de la armonización del derecho europeo de la responsabilidad civil, vislumbrando en ella una oportunidad irreplicable para ganar visibilidad, prestigio y nuevos canales de financiamiento para su labor<sup>9</sup>.

De esta forma, han surgido diversos grupos –nos referimos principalmente al *European Group on Tort Law* y al *Study Group on a European Civil Code*– que se han concentrado en la elaboración de reglas que pudiesen proponerse como plataforma jurídica compartida para la Europa entera. Por el contrario, otras iniciativas se han distanciado de la perspectiva de imponer soluciones, prefiriendo elegir el camino de la profundización del diálogo entre las diversas culturas jurídicas existentes. Esto es lo que propone, específicamente respecto al sector de la responsabilidad por daños a la persona, la *Pan European Organization of Personal Injury Lawyers*; pero sobre todo, este es el caso de dos proyectos que se ocupan del derecho privado en general, el *Ius Commune Casebook for a Common Law of Europe Project* y el *Common Core of European Private Law Project*. Se trata de empresas que, no obstante diversos puntos de divergencia, se encuentran unidas por la intención de desarrollar, y hacer accesible a los juristas europeos, no una serie de fórmulas para-legislativas, sino instrumentos para un conocimiento profundo de las reglas actuales y sus diferentes fuentes.

Cuál es el camino que promete realizar resultados más duraderos frente al tamiz de la historia de las tradiciones es la pregunta a la cual el presente artículo busca dar respuesta.

Para ello, iniciamos nuestro recorrido presentando las iniciativas adoptadas por los órganos comunitarios, primero en el campo del derecho internacional privado, y luego en el del derecho sustancial (par. 2-3). Pasamos a continuación a analizar los métodos y las ideologías que motivan a los grupos de estudiosos, al momento activos, sobre el bando europeo de la responsabilidad civil (par. 4-5 y 7-9). Las observaciones intermedias y finales (par. 6 y 10) indagan los escenarios y las perspectivas que cada uno de estos métodos diversos parece destinado a abrir, tanto en el breve como en el largo periodo.

grupos de poder cuya influencia es capaz de trascender las fronteras nacionales, como los representantes del mercado de seguros y de la *defence industry*, por un lado, y los de los *plaintiffs*, como la *American Trial Lawyers Association*, por el otro. Entre otros cfr. J.C.P. GOLDBERG, A.J. SEBOK, B.C. ZIPURSKY, *Tort Law: Responsibilities and Redress*, New York, 2<sup>a</sup> ed., 2008, 38-40; J.G. FLEMING, *The American Tort Process*, Oxford, 1988, 40-42; y también V.V. PALMER & M. BUSSANI (eds.), *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*, London-New York, 2009, 52-53.

9 M. BUSSANI, *Before and Beyond a European Civil Code*, en G. BARRET & L. BERNARDEAU (eds.), *Towards a European Civil Code: Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Tréveris, 2002, 109, 118-19; ID., *Contrepoints Sur le Droit Commun des Obligations*, en M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT, H. RUIZ FABRI (eds.), *Variations Autour d'un Droit Commun*, Paris, 2002, 466, 476; véase también H. SCHEPEL, *The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law*, 32, *Law & Soc. Inquiry*, 183, 187-88 (2007); M.W. HESSELINK, *The Politics of a European Civil Code*, 10, *Eur. L. J.*, 675, 688-89 (2004).

## 2. LAS INTERVENCIONES COMUNITARIAS: (A) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Entre las intervenciones normativas que las instituciones comunitarias han adoptado con la finalidad de facilitar la obtención de los objetivos anteriormente recordados se destaca el Reglamento n. 867/2007 sobre las reglas de conflicto en las obligaciones extracontractuales.

Siguiendo un camino ya emprendido en el ámbito contractual<sup>10</sup>, el Reglamento (que entró en vigencia en enero de 2009<sup>[11]</sup>) se encarga de designar qué sistema jurídico debe administrar los litigios transnacionales que sean promovidos frente a una corte nacional europea, para hacer valer una "consecuencia que derive de un hecho ilícito, enriquecimiento sin causa, *negotiorum gestio* o *culpa in contrahendo*"<sup>12</sup>.

Un análisis detallado del contenido de dicho Reglamento excede los objetivos del presente artículo. Bastará con recordar cómo, dentro del régimen jurídico trazado por el texto comunitario, la regla general –que puede, sin embargo, ser derogada contractualmente por las partes, o terminar por ser invertida por efecto de la importancia absorbente que el juez dé a los principios de orden público del foro<sup>13</sup>– establece que el derecho aplicable a una acción de responsabilidad civil

- 10 La referencia es a la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, GUCE del 9 de octubre de 1980, L 266, actualmente trasladada de manera sustancial al Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), GUCE del 4 de julio de 2008, L. 177/6.
- 11 El reglamento se aplica a los "hechos que se han verificado luego de su entrada en vigencia": Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2, art. 31.
- 12 Así el artículo 2(1) del Reglamento. En la misma perspectiva, el artículo 1(2) especifica que el Reglamento no entiende referirse a las obligaciones extracontractuales que pueden surgir en el ámbito de: relaciones de familia (lits. a y b); uso de letras de cambio, cheques y otros títulos de crédito (lit. c); relaciones societarias o de *trust* (lit. d y e); accidentes nucleares (lit. f), y violaciones de los derechos de la personalidad (lit. g). Además, el artículo 1(3) agrega que "el presente reglamento no se aplica a la prueba y al procedimiento". Para un primer análisis de los contenidos del acto cfr. S.C. SYMEONIDES, *Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity*, 56, *Am. J. Comp. L.*, 173 (2008); P.J. KOZYRIS, *Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "Missed Opportunity"*, 56, *Am. J. Comp. L.*, 471 (2008); X. E. KRAMER, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued*, 2008, *Nederland Internationaal Privatrecht*, 414; P. HAY, *Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation*, 2007, *Eur. Legal F.*, 137; T.W. DORNIS, "When in Rome, Do as the Romans Do?" A Defense of the *Lex Domicilis Communis* in the *Rome-II-Regulation*, 2007, *Eur. Legal F.*, 152; G. HOHLOCH, *The Rome II Regulation: An Overview*, 9, *Y.B. Private Int'l L.*, 1 (2007).
- 13 La elección del derecho aplicable realizada por las partes es considerada válida si (1) el acuerdo ha sido celebrado luego de la verificación del evento dañoso, o (2) antes de que se verifique el evento dañoso, si todas las partes son empresarios; cfr. Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2, art. 14. En cambio, en lo que respecta al impacto que las razones de *policy* pueden ejercer sobre la elección del derecho aplicable, el artículo 16 establece que "las disposiciones del presente reglamento no perjudican la aplicación de las disposiciones de la ley del foro, que sean de aplicación necesaria a la situación", mientras el artículo 26 permite a la corte rechazar la aplicación de una previsión "cuando dicha aplicación

debe ser el del país en el cual el daño se ha verificado, sin importar el lugar en donde la conducta o la actividad dañosa haya sido realizada, ni el lugar en el cual las consecuencias dañosas se hayan manifestado o es probable que se manifiesten<sup>14</sup>. Al lado de dicha regla general existen, además, una serie de hipótesis sometidas a criterios especiales. Se trata en específico: de la responsabilidad del productor (que está sujeta, *ex art. 5*, al derecho del Estado en el cual reside la víctima, o en el cual esta había adquirido el producto en cuestión)<sup>15</sup>; de la responsabilidad por competencia desleal (que se regula por el derecho del país en el cual se realiza o es probable que se realice la lesión a la libre competencia, o la lesión a los intereses colectivos de los consumidores<sup>16</sup>), o de la responsabilidad por daño al ambiente (aquí el art. 7 repite el criterio establecido por el art. 4(1), pero adicionalmente permite a las víctimas fundamentar sus demandas en el derecho del sistema jurídico en el cual se ha producido el evento que ha dado origen al daño<sup>17</sup>); de la responsabilidad por la violación de derechos de propiedad intelectual (art. 8: la acción será sometida al derecho del país "para el cual la protección es requerida"<sup>18</sup>); de las acciones para el resarcimiento de los daños provocados por la actividad sindical (que serán juzgadas, de conformidad con el art. 9, a la luz del derecho del lugar en el cual la iniciativa sindical ha sido o está por ser realizada<sup>19</sup>); y también de las acciones por *culpa in contrabando* (a las cuales se aplica, en virtud del art. 12, el derecho que regula el contrato, o lo habría regulado, si este hubiese sido celebrado<sup>20</sup>).

resulte manifiestamente incompatible con el orden público del foro" –lo que, según el considerando § 32, podría típicamente ocurrir en el caso de ordenamientos que admitan la condena al pago de "daños no resarcitorios que tienen carácter ejemplar o punitivo de naturaleza excesiva".

- 14 Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2, art. 4(1); sin embargo, se exceptúa el caso en el que las peculiares circunstancias del asunto hacen evidente la mayor conexión de los hechos con un país diferente de aquel en donde el daño se ha materializado, hipótesis en la cual podrá entrar en juego el derecho de este país distinto: así el artículo 4(3).
- 15 El derecho aplicable a estos casos es "a) la ley del país en el cual la persona que ha sufrido el daño, residía habitualmente cuando se verificó el daño, si el producto ha sido comercializado en dicho país; o, en su ausencia, b) la ley del país en el cual ha sido adquirido el producto, si el producto ha sido comercializado en dicho país, o en su ausencia, la ley del país en el cual el daño se ha verificado, si el producto ha sido comercializado en dicho país" (art. 5(1)). Por otra parte, el mismo artículo 5 admite una derogación a dichos principios cuando, a la luz de todas las circunstancias del caso, pueda decirse que el hecho está vinculado de manera más estrecha a un país diferente de aquel al cual estos criterios reenviarían (art. 5(2)).
- 16 Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2, art. 6.
- 17 Así el art. 7.
- 18 Véase el art. 8(1) del Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2.
- 19 Art. 9.
- 20 Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2, art. 12. Desde este punto de vista, el Reglamento parece rechazar la perspectiva adoptada, por ejemplo, en Alemania y en Austria, según la cual se considera que respecto de las partes involucradas en las negociaciones gravan algunos deberes de comportamiento de naturaleza contractual: WAGNER, *supra*, nt. 7, 1296-97; M. BUSSANI & V.V. PALMER (ed.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2003, 120, 150; B.S. MARKESINIS & H. UNBERATH, *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*,

Si bien el régimen jurídico predispuerto por el Reglamento es notable, por lo menos en la medida en que privilegia el derecho del país en el cual el daño se ha producido (de modo tal que ofrece a las víctimas un sistema ágil de identificación del derecho aplicable, y una reducción potencial de los costos de un litigio transnacional<sup>21</sup>), sin embargo, el punto que nos interesa es otro. Este está referido a la probabilidad de que el Reglamento pueda ser efectivamente aplicado de manera uniforme.

Descontada, en efecto, la reducida capacidad de las intervenciones en materia de derecho internacional privado para generar resultados apreciables en términos de armonización del derecho sustancial<sup>22</sup>, lo que queda por analizar son las posibilidades que tiene el Reglamento n. 864/2007 para llevar a las cortes europeas a acercarse a los problemas que ponen los litigios transnacionales por caminos que se puedan compartir.

Sin embargo, es necesario señalar al respecto que son múltiples los factores que muestran ser capaces de minar la futura aplicación unitaria de los criterios dictados por el Reglamento. No se trata solo de recordar las divergencias aplicativas que se pueden presentar cuando *—luego de la elección del derecho aplicable—* la corte aplique las normas extranjeras identificadas como ley del caso<sup>23</sup>. En efecto, es un fenómeno familiar al comparatista el que los juristas nacionales traten de leer el derecho extranjero en clave local, filtrándolo a través de las nociones, las categorías, las reglas internas, y llegando hasta traducir sus contenidos en principios sustancialmente obtenidos del propio sistema nacional<sup>24</sup>. Pero, más allá de las diferentes lecturas

Oxford-Portland (Or.), 2002, 4ª ed., 10, 95. Además de los aspectos mencionados en el texto, el reglamento se ocupa de establecer el derecho aplicable a la acción dirigida por el asegurador contra el responsable (art. 18) y a las acciones planteadas por, o contra, la parte que se encuentra obligada a pagar los daños en lugar del autor material del hecho (art. 19), o de manera conjunta con otros demandados (art. 20).

- 21 Véase, p. ej., F. PARISI, *The Economics of Legal Harmonization in European Tort Law*, en M. BUSSANI (ed.), *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*, Berna-Atenas-Munich-Durham (N.C.), 2007, 103, 106; E.A. O'HARA & L.E. RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, 67, *U. Chi. L. Rev.*, 1151, 1217 (2000); J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, 65, *U. Chi. L. Rev.*, 1199, 1235-39 (1998); M.J. WHINCOP & M. KEYES, *The Market Tort in Private International Law*, 19, *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 215, 226 (1999).
- 22 H. MUIR WATT, *Private International Law*, en J.M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, 566-576.
- 23 Sobre las dificultades que encuentran las cortes al aplicar el derecho extranjero cfr. R. HAUSMANN, *Pleading and Proof of Foreign Law - A Comparative Analysis*, 8, *Eur. Legal F.*, 1-1 (2008); B. MARKESINIS y J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration*, London, 2006, 139-173; S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, 2004, 389-94; B.S. MARKESINIS, *Learning from Europe and Learning in Europe*, en ID. (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994, 1, 8.
- 24 Cfr. B. FAUVARQUE-COSSON, *Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple*, 49, *Am. J. Comp. L.*, 407, 412 (2001); R. DAVID, *Le droit du commerce international: réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, 40, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 905 (1988).

que los jueces y abogados provenientes de realidades jurídicas diferentes puedan dar a las mismas normas, es necesario advertir sobre todo la pluralidad de dudas que pueden surgir —en una fase precedente a la de determinación del derecho aplicable— de la falta de una definición unitaria de qué se entiende por “acciones extracontractuales que derivan de un hecho ilícito”<sup>25</sup>. Como es sabido, los sistemas jurídicos europeos trazan los límites entre responsabilidad extracontractual y campos vecinos (en primer lugar, el de la responsabilidad contractual) de conformidad con criterios bastante desiguales entre ellos, con el resultado de que, por ejemplo, lo que en Francia es considerado perteneciente al reino de la responsabilidad ex artículos 1382-1383 *Code civil*, puede ser calificado en Alemania como un problema que pertenece a la esfera del contrato, y viceversa<sup>26</sup>. Ahora, para todos es claro que, si las cortes francesas o alemanas, encargadas de una controversia transnacional, interpretan la cuestión a la luz de sus propias categorías domésticas, las posibilidades de obtener resultados uniformes —aunque sea de modo limitado a la implementación de los mismos cánones de conflicto— disminuyen enormemente, porque un juez terminará por observar las Directivas de derecho internacional privado como válidas en materia contractual, mientras que el otro se aferrará a las prescripciones dictadas para las obligaciones de naturaleza extracontractual.

### 3. CONTINÚA: (B) DERECHO SUSTANCIAL

La mayor parte de las iniciativas comunitarias en materia de responsabilidad civil se ha concentrado en otro frente, el del derecho sustancial, donde la Unión Europea ha incidido mediante actos legislativos (*rectius*: Directivas) y por medio de las sentencias emitidas por la Corte Europea de Justicia<sup>27</sup>. Sin embargo, nos percataremos de inmediato de que los niveles de uniformización alcanzados bajo

25 Art. 4(1) del Reglamento (CE) n. 864/2007, *supra*, nt. 2. Otros posibles problemas pueden derivar del significado atribuible a expresiones como ‘daño’, consecuencias ‘directas’ e ‘indirectas’, ‘vinculación manifiestamente más estrecha’, etc.: sobre todo ello cfr. HAY, *supra*, nt. 12, 139-140, 144, 149; KRAMER, *supra*, nt. 12, 420-422.

26 El ejemplo anteriormente recordado de la responsabilidad precontractual ofrece una fácil ilustración de cómo, lo que para un alemán es una cuestión contractual, para un francés es materia de responsabilidad civil (J. CARTWRIGHT y M. HESSELINK, *Conclusions*, en ID. (eds.), *Precontractual Liability in European Law*, Cambridge, 2009, pp. 449 ss.). Para la valoración de la hipótesis contraria es suficiente recordar cómo la responsabilidad por daños por productos (fuera del radio de aplicación de la Directiva europea, sobre la cual cfr. *infra*, par. 3) pueda pasar, en Francia, a través de las reglas contractuales por efecto de la doctrina de la *chaîne des contrats*, y ser, por el contrario, accionada exclusivamente en forma extracontractual en el territorio alemán, donde el ámbito de protección de los acuerdos de producción/venta de bienes resulta ser mucho más restringido: véase M. BUSSANI y V.V. PALMER (eds.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2003, respectivamente pp. 308-309 y 321-322.

27 Las características típicas de las reglas de responsabilidad civil de fuente comunitaria son profundizadas por W. VAN GERVEN, P. LAROUICHE & J. LEVER, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford-Portland, 2000, 889-890; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1998, I, 375-376; J. GHESTIN, *L'influence des*

este bando parecen corresponder solo parcialmente a las expectativas de los órganos comunitarios y a las necesidades que estos últimos se proponían satisfacer con su intervención. El acercamiento de las legislaciones, llevado a cabo por las Directivas y por las Resoluciones emitidas por la Corte Europea, resulta, de hecho, en la mejor de las hipótesis, focalizado en sectores específicos y, en el peor de los casos, mucho más formal que sustancial.

Tenemos que considerar con mayor detalle las causas del rol reducido que, en el partido de la armonización, ha jugado hasta ahora el derecho sustancial de matriz comunitaria. En lo que respecta a la contribución realizada por la Corte Europea de Justicia, es necesario, en primer lugar, recordar como tarea primaria de este órgano el verificar que los Estados miembros cumplan con las obligaciones asumidas con la adhesión a los tratados europeos<sup>28</sup>. Como resultado, la Corte tiene la posibilidad de influenciar directamente el derecho de la responsabilidad civil únicamente en lo que respecta a la violación de los tratados mismos por parte de los Estados miembros (o de la Unión)<sup>29</sup>. El resultado es que la Corte juega un rol fundamental al regular la responsabilidad de los entes públicos<sup>30</sup>, pero fuera de este campo ella puede ser invocada solo para pronunciarse sobre la corrección de las interpretaciones que, a nivel nacional, son realizadas a los actos europeos en materia de responsabilidad civil, o sobre los posibles conflictos entre las disposiciones nacionales y las indicaciones de fuente comunitaria aplicables al derecho de la responsabilidad civil<sup>31</sup>. En otros términos, la Corte no puede tocar las áreas cubiertas exclusivamente por el derecho nacional (como es usual el caso –salvo los sectores limitados en los que la Unión ha intervenido– de la responsabilidad civil)<sup>32</sup>. Una evidente falencia de esta autoridad limitada de la Corte respecto a las magistraturas nacionales<sup>33</sup> ha sido hasta ahora la imposibilidad para el órgano

*directives communautaires sur le droit français de la responsabilité*, en *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1991, pp. 619 ss.

28 Véase el art. 260(1) del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y modificado por el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992, por el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997, por el Tratado de Niza del 26 de febrero de 2001 y por el Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007), GUCE 9 de mayo de 2008 C 115/47.

29 Así los arts. 260(1), (2) y (3), y también 340(2) del Tratado.

30 Cfr. W. VAN GERVEN, *Judicial Convergence of Laws and Minds in European Tort Law and Related Matters*, en A. COLOMBI CIACCHI, C. GODT, P. ROTT & L. JANE SMITH (eds.), *Haftungsrecht im dritten Millennium – Liability in the Third Millennium*, Baden-Baden, 2009, 29, 32-33; H. KOZIOL & R. SCHULZE (eds.), *Tort Law of the European Community*, Wien-New York, 2008; C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2006, 21-22; N. EMILIOU, *State Liability Under Community Law: Shedding More Light on the Francovich Principle?*, 5, *Eur. L. Rev.*, 399, 406 (1996); R. CARANTA, *Governmental Liability after Francovich*, 52, *Cambridge L.J.*, 272 (1993).

31 VAN DAM, *supra*, nt. 30, 21-22.

32 *Ibid.*

33 VAN GERVEN, *Tort*, *supra*, nt. 27, 32-33; W. VAN GERVEN, *A Common Framework of Reference and Teaching*, en M. BUSSANI (ed.), *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*, Bern-Atenas-München-Durham (N.C.), 2007, 345, 348; F. WERRO, *L'unification du droit privé en Europe: une*

comunitario de construir un cuerpo de reglas coherente que comprenda el derecho general de la responsabilidad civil<sup>34</sup>.

Consideraciones parcialmente análogas pueden proponerse también respecto al derecho comunitario legislativo, dado que las instituciones europeas, hasta ahora, han decidido adoptar una perspectiva que podríamos definir 'soft', tanto en los contenidos como en los objetivos. En efecto, la legislación respectiva de la Unión siempre se ha realizado por medio de Directivas y se ha ocupado solo de aquellos aspectos que son susceptibles de tener relevancia transnacional, como la responsabilidad por daños al ambiente, la responsabilidad por productos, la reparación de los perjuicios derivados de un delito, y la aseguración obligatoria para la circulación automovilística<sup>35</sup>. Específicamente, las Directivas europeas en nuestro sector hasta ahora han: (a) introducido un marco común de protección ambiental basado en el principio 'quien contamina paga'<sup>36</sup>; (b) perseguido el ob-

- question de légitimité culturelle*, en J.P. DUNAND & B. WINIGER (eds.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruselas, 2005, 287, 294, 298-99; S. GRUNDMANN, *European Contract Law(s) of What Colour?*, 1, *Eur. Rev. Cont. L.*, 184, 205 (2005); K.D. KERAMEUS, *Procedural Implications of Civil Law Unification*, en A.S. HARTKAMP et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, 3ª ed., 145, 146.
- 34 R. ZIMMERMANN, *Europeanization of Private Law*, en M. REIMANN & R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 539, 545. Por otra parte, un discurso similar puede realizarse también para la Corte Europea de Derechos Humanos, que opera dentro del Consejo Europeo. Desde nuestro punto de vista, también el radio de acción reconocido a dicha solución, de hecho, es bastante limitado, dado que la Corte solo puede juzgar la eventual (in)compatibilidad del derecho o de las prácticas de los países miembros, respecto a las sugerencias realizadas por la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, estableciendo eventualmente las consecuencias resarcitorias susceptibles de originarse a causa dicha incompatibilidad: cfr. el artículo 41 de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Para una visión general de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos más relevantes en nuestro ámbito, F. Marchadier, *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, 245-268; M. LUNNEY & K. OLIPHANT, *Tort Law*, Oxford, 2008, 3ª ed., 150-51; F. OST & S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, en H. DUMONTS et al. (eds.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 1, 33; S. VAN DROOGHENBROECK, *L'horizontalisation des droits de l'homme*, *ibid.*, 355, 371-372; BRÜGGEMEIER, *supra*, nt. 2, 23; VAN GERVEN, *Tort, supra*, nt. 27, 931-932; VAN DAM, *supra*, nt. 30, 18-19, 507-508.
- 35 VON BAR, *supra*, nt. 27, 401-407. En nuestra materia, entre las otras cuestiones comprometidas por los actos de la Comunidad Europea, todavía es importante recordar el problema de la tutela en forma colectiva de los derechos de los consumidores (Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores, del 27 de noviembre del 2008, COM (2008) 194 def.), y también el de la resarcibilidad de los perjuicios que derivan de la falta de respeto de las Directivas comunitarias relativas a la competencia, tema discutido en el Libro Blanco sobre las acciones de resarcimiento del daño por violación de las normas comunitarias de la competencia, del 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 def.
- 36 Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de abril de 2004 sobre la responsabilidad ambiental en materia de prevención y reparación del daño ambiental, GUCE del 30 de abril L 143/56 (que ha sustituido la anterior Directiva 85/377/CEE del 27 de junio de 1985 concerniente a la valoración del impacto ambiental de determinados proyectos públicos y privados, GUCE del 7 de julio de 1985 L 175/1). Las

jetivo de mejorar la seguridad de los consumidores, instaurando un régimen de responsabilidad objetiva para los productos defectuosos<sup>37</sup>; (c) establecido criterios de cooperación entre los Estados miembros, dirigidos a facilitar a las víctimas de un delito el acceso al resarcimiento en las situaciones transfronterizas<sup>38</sup>; y también, (d) establecido un sistema de aseguración obligatoria de los accidentes automovilísticos armonizado, de manera que faciliten la libertad de circulación de las personas y, al mismo tiempo, garanticen la reparación a quien sea víctima de una fatalidad en un país distinto del suyo<sup>39</sup>.

Dicha perspectiva ha dado lugar a muchas críticas. Una primera observación se dirige al método fragmentario que caracteriza las Directivas comunitarias, las cuales siempre han evitado tocar la arquitectura general del derecho de la responsabilidad civil<sup>40</sup>. Por lo tanto, la normatividad comunitaria parece basarse en la hipótesis implícita de que es posible dividir el derecho de la responsabilidad civil en un centro de preceptos generales, y en una parte especial ocupada de definir los detalles de las diferentes declinaciones jurídicas posibles del instituto:

principales características del actual impacto legislativo son exploradas, entre otros, por M. HINTEREGGER (ed.), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge, 2008; B. POZZO, *Property and Environment. Old and New Remedies to Protect Natural Resources in the European Context*, Bern-Durham-Atenas-Bruxelles, 2007; ID., *Towards Civil Liability for Environmental Damage in Europe: The "White Paper" of the Commission of the European Communities*, 1, *Global Jurist Topics*, nov. 2001, disponible en: [www.bepress.com/gj/topics/vol1/iss2/art2/](http://www.bepress.com/gj/topics/vol1/iss2/art2/); E.H.P. BRANS, *Liability for Damage to Public Natural Resources Under the 2004 EC Environmental Liability Directive: Standing and Assessment of Damages*, 7, *Envtl. L. Rev.*, 90 (2005); M.G. FAURÉ (ed.), *Tort and Insurance Law: Deterrence, Insurability and Compensation in Environmental Liability*, Wien-New York, 2003.

37 Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por productos defectuosos, GUCE del 7 de agosto de 1985, L 210/29. Sobre esta Directiva, entre los diversos estudios, D. FAIRGRIEVE & G.G. HOWELLS, *Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission's Third Review of the European Product Liability Directive*, 70, *Mod. L. Rev.*, 962 (2007); D. FAIRGRIEVE (ed.), *Product Liability in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2005; F. WERRO & V.V. PALMER (eds.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Bruselas, 2004, 32-33; M.W. REIMANN, *Product Liability in a Global Context: The Hollow Victory of the European Model*, 11, *Eur. Rev. Private L.*, 128 (2003); J. STAPLETON, *Product Liability*, London, 1994, 37-65.

38 Directiva 2004/80/CE del Consejo, del 29 de abril de 2004, relativa a la indemnización de las víctimas de delito, GUCE del 6 de agosto de 2004, L 261/15, sobre la cual véase B.A. KOCH, *European Union*, en H. KOZIOL y B.C. STEININGER (eds.), *European Tort Law 2004*, Wien-New York, 2005, 594-600.

39 Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de noviembre de 2009 en materia de acceso al ejercicio de las actividades de seguros y reaseguros, GUCE del 17 de diciembre de 2009 L 335/1 (que ha abrogado la anterior Directiva 73/239/CEE del Consejo, del 24 de julio de 1973, que realiza la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas en materia de acceso y de ejercicio de la aseguración directa, diferente de la aseguración de la vida, GUCE del 16 de agosto de 1973, L 228/3). Para las principales características del derecho de seguros europeo cfr. la bibliografía citada *infra*, nt. 88, con particular referencia al trabajo conducido por el *Project Group Restatement of European Insurance Contract Law*.

40 VON BAR, *supra*, nt. 27, 408.

mientras bajo el primer aspecto correspondería intervenir únicamente a los legisladores nacionales, el segundo constituiría el campo en el cual la Unión podría pronunciarse eficazmente<sup>41</sup>. El punto es que –más allá de la interpretación de los Tratados en sentido restringido o no– dicho presupuesto está destinado a revelarse falaz, debido a que la interacción entre las dos partes es de tal magnitud que no es posible modificar la especial sin afectar el núcleo de las reglas principales, siendo necesarias ambas para la implementación concreta del derecho de la responsabilidad civil<sup>42</sup>. Desde este punto de vista se advierte, en primer lugar, que plantar las semillas de un régimen jurídico especial de fuente comunitaria en el terreno de los derechos nacionales no solo es una empresa capaz de frustrar el objetivo mismo de la armonización, sino también una actividad que crea el riesgo de producir fracturas y asimetrías en el equilibrio de los sistemas mismos, multiplicando (en vez de reducir) las posibles rupturas en ellos<sup>43</sup>.

Las observaciones críticas no se agotan aquí. Otras apuntan al carácter contradictorio que caracteriza el *patchwork* de Directivas europeas en materia de responsabilidad civil<sup>44</sup>. Contradicciones que a menudo surgen en el seno de los procesos legislativos dentro de las instituciones de la Unión, las cuales carecen, entre otras cosas<sup>45</sup>, de un vocabulario común y de una terminología estándar capaz de filtrar la variedad de nociones y matices que deriva de la pluralidad, lingüística y jurídica<sup>46</sup>. Pero las contradicciones pueden originarse también a nivel nacional, donde las reglas comunitarias han sido y deben ser implementadas, a causa de la ausencia de homogeneidad entre el idioma, los conceptos y las reglas de fuente comunitaria y los de origen local<sup>47</sup>. Entre los muchos ejemplos posibles, piénsese en cómo la noción establecida por el artículo 9 de la Directiva sobre la responsabilidad por

41 Cfr. C. VON BAR, *Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, München, 2009, 234-235; VON BAR, *supra*, nt. 27, 408; ROCA TRIAS, *supra*, nt. 7, 105-106.

42 *Ibid.*

43 M. BUSSANI, *European Tort Law - A Way Forward*, en M. Bussani (ed.), *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*, Bern-Atenas-München-Durham (N.C.), 2007, 365, 373-77; VAN DAM, *supra*, nt. 30, 131; VAN GERVEN, *Tort, supra*, nt. 27, 10; VON BAR, *supra*, nt. 27, 408; más en general, M. BUSSANI, *In Search of a European Private Law*, en J. SINDE MONTEIRO (ed.), *Um Código Civil para a Europa/A Civil Code for Europe/Un Code Civil pour l'Europe*, Coimbra, 2002, 79-80.

44 *E.g.*, KOZIOL, *supra*, nt. 2, 5-6; B. A. KOCH, *The "Principles of European Tort Law"*, 8, *ERA F.*, 107, 109 (2007); VAN DEN BERGH & VISSCHER, *supra*, nt. 2, 11; FAURÉ, *supra*, nt. 7, 56-57. En general, P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, 4, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 111, 111-112 (1997).

45 GILIKER, *supra*, nt. 7, 268-272; Study Group on Social Justice in European Private Law, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, 10, *Eur. L. J.*, 653, 655-56, 662-663 (2004); ROCA TRIAS, *supra*, nt. 7, 118-119; HESSELINK, *supra*, nt. 7, 675; C. JOERGES, *On the Legitimacy of Europeanising Europe's Private Law*, 2, *Global Jurist Topics*, Dec. 2002.

46 La Comisión Europea se encuentra ahora ocupada en el intento de producir un instrumento opcional que, en materia contractual, se haga portador de una terminología uniforme: cfr. *supra*, nt. 1 e *infra*, par. 5.

47 VON BAR, *supra*, nt. 27, 387-389.

productos, y expresada en inglés por la locución '*damage caused by death or by personal injuries*', ha sido traducida en el artículo 1386-2 del *Code civil* a través del recurso a la categoría unitaria del "*dommage qui résulte d'une atteinte à la personne*"; por su parte, se ha mantenido la originaria naturaleza binaria en la versión italiana, donde el artículo 123 (1) del Código del consumo habla de "*daño causado por la muerte o por lesiones personales*"<sup>48</sup>; y a su vez ha sido despedazada en una tríada de supuestos por el legislador alemán, cuya *Produkthaftungsgesetz*, § 1 (1), obliga al productor a resarcir el daño "*wird... jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt*"<sup>49</sup>.

Las observaciones acerca del carácter fragmentario y contradictorio de la legislación europea son agravadas adicionalmente por el empleo de las Directivas como instrumento principal de armonización<sup>50</sup>. Las Directivas gozan de la virtud de la flexibilidad, es decir, garantizan que todo Estado pueda adaptar los actos de proveniencia comunitaria a las categorías domésticas, pero, precisamente porque estas deben ser implementadas por parte de los legisladores nacionales –los que tienden a replicar, dentro de los actos de recepción, las características tradicionales de sus sistemas–, ocurre a menudo que los resultados de los procesos de asimilación de las Directivas en el derecho interno divergen enormemente<sup>51</sup>. Piénsese, meramente a título de ejemplo, en cómo, al trasplantar la Directiva sobre la responsabilidad por productos, el Reino Unido ha introducido algunos criterios subjetivos en la aplicación del '*consumer expectation test*' (es decir, el test que evalúa el carácter defectuoso de un producto sobre la base de las expectativas de un consumidor razonable), test que, sin embargo, había sido concebido por las instituciones europeas, y entendido por los otros Estados, como objetivo<sup>52</sup>. Por otra parte, y siempre respecto a la misma Directiva, Francia no había cumplido con transponer aquella parte del acto en la cual se imponía no resarcir el daño a la propiedad, si este era de un monto inferior a 500 euros<sup>53</sup>, y había impuesto una responsabilidad dirigida (no solo a cargo del productor, sino también) a todos los participantes de la cadena productiva, los que, en el régimen de la Directiva, podían ser llamados a responder del daño solo en vía subsidiaria<sup>54</sup>.

Situaciones similares a la anteriormente recordada hacen comprender por qué muchos han podido concluir que las Directivas son mucho más propensas a intensificar las diferencias legislativas que a fundamentar la creación de un derecho

48 Decreto Ley 206/2005 del 6 de setiembre de 2005, GUCE n. 235, Suppl. Ord. n. 162, 1, del 8 de octubre de 2005.

49 *Produkthaftungsgesetz*, 15 de diciembre de 1989, BGBI.I. 2198.

50 KOZIOL, *supra*, nt. 2, 5-6; KOCH, *supra*, nt. 44, 109; VON BAR, *supra*, nt. 27, 410.

51 R. ZIMMERMANN, *supra*, nt. 34, 543-44; GILIKER, *supra*, nt. 7, 270-273.

52 Caso C-300/95, *Comm'n v. United Kingdom*, 1997 E.C.R. 1-2649.

53 Caso C-52/00, *Comm'n v. France*, 2002 E.C.R. 1-3827; cfr. ahora con el nuevo texto del artículo 1386-2 *Code civil* (modificado por la ley 2004/1343 del 9 de diciembre de 2004), que establece un límite mínimo de 500 euros para el resarcimiento del daño material.

54 *Code civil* art. 1386-7.

uniforme<sup>55</sup>. Se comparta o no dicha opinión, un dato queda claro: en el sector del que nos ocupamos las iniciativas comunitarias están muy lejos de realizar un *corpus* uniforme de nociones, reglas y principios. Por ello, grupos no institucionales se han hecho cargo de esta función, los mismos que se han autoimpuesto la tarea de redactar el derecho común de la responsabilidad extracontractual.

Los párrafos que siguen están dedicados a dichas iniciativas, mientras que más adelante nos ocuparemos de aquellas iniciativas, también privadas, que se han propuesto alcanzar un objetivo diferente o mejorar el conocimiento recíproco entre las diversas experiencias, entendida aquí como base necesaria para afrontar el desarrollo futuro –cualquiera que este sea– de los sistemas jurídicos europeos<sup>56</sup>.

#### 4. LOS "EUROPEAN PRINCIPLES OF TORT LAW"

Entre los grupos que se han ocupado de la elaboración de reglas comunes, el primero en ver la luz ha sido el *European Group on Tort Law*, creado en 1992 en Viena, en el seno del *European Centre of Tort and Insurance Law*, bajo la dirección de los profesores HELMUT KOZIOL y JAAP SPIER<sup>57</sup>.

Desde el año de su fundación hasta el 2005, el grupo –compuesto por un conjunto de académicos provenientes de Austria, Bélgica, República Checa, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Portugal, Reino Unido, España, Suiza y, fuera de la Unión Europea, Israel, Estados Unidos y Suiza– ha elaborado diversos estudios, que han sido compilados en una colección llamada *Principles of European Tort Law*, publicada por la editorial Kluwer Law International<sup>58</sup>. Cada volumen en cuestión contiene los resultados de una investigación comparada, desarrollada sobre un particular y específico aspecto de la responsabilidad civil (p. ej., la relación de causalidad, la culpa, la antijuridicidad, la responsabilidad objetiva, etc.). En específico, a cada partícipe de la iniciativa se le pedía responder algunas preguntas

55 Cfr. VAN GERVEN, *Tort*, *supra*, nt. 27, 9-10; ROCA TRIAS, *supra*, nt. 7, 104-105; S. TAYLOR, *Harmonisation or Divergence? A Comparison of French and English Product Liability Rules*, 70, *Mod. L. Rev.*, 221, 241-242 (2007).

56 Véase *infra*, par. 7-9.

57 Véase la página web: <http://www.egtl.org/> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

58 Dentro del volumen colectivo se encuentran recogidos: *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut* (J. SPIER ed., 1996); *The Limits of Expanding Liability: Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective* (J. SPIER ed., 1998); *Unification of Tort Law: Wrongfulness* (H. KOZIOL ed., 1998); *Unification of Tort Law: Causation* (J. SPIER ed., 2000); *Unification of Tort Law: Damages* (U. MAGNUS ed., 2001); *Unification of Tort Law: Strict Liability* (B. A. KOCH & H. KOZIOL eds., 2002); *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others* (J. SPIER ed., 2003); *Unification of Tort Law: Contributory Negligence* (U. MAGNUS & M. MARTÍN CASALS eds., 2004); *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors* (H. W.W. ROGERS ed., 2004); *Unification of Tort Law: Fault* (P. WIEDMER ed., 2005). El *European Centre of Tort and Insurance Law*, entidad estrechamente vinculada al *European Group on Tort Law*, publica una serie autónoma de volúmenes con la editorial Springer, en cuyas prensas se imprime también la publicación anual del centro, llamada *Tort Law and Insurance Law Yearbook*.

teóricas, y explicar cómo determinados casos abstractos habrían sido resueltos dentro del sistema jurídico al cual ellos pertenecían<sup>59</sup>. Los resultados de estas investigaciones han sido empleados como punto de partida para la elaboración de los *Principles of European Tort Law (PETL)*<sup>60</sup>.

Los *PETL*, publicados en el 2005, están divididos en diez capítulos (Reglas generales; Daño; Relación de causalidad; Responsabilidad por culpa; Responsabilidad objetiva; Responsabilidad vicaria; Causas de exoneración; Culpa concurrente de la víctima; Pluralidad de autores del daño, y Resarcimiento de los daños), y han sido pensados como base posible, puesta a disposición de los legisladores nacionales y europeo, en caso de que se lleve a cabo una (re)codificación del derecho de la responsabilidad civil<sup>61</sup>. Para cumplir con la misión establecida, el *European Group on Tort Law* no ha tenido en consideración las reglas que en mayor medida son compartidas entre los países europeos, ni ha seleccionado, entre las Directivas existentes, las que eran consideradas más adecuadas al contexto europeo. Por el contrario, el grupo ha tratado de identificar qué solución podría afirmarse como la 'mejor' respecto a los problemas planteados por el instituto, sin atribuir una relevancia particular a la circunstancia de que la solución en cuestión encontrase, o no, un correspondiente preciso en las jurisdicciones europeas<sup>62</sup>.

De ello resulta que, bajo muchos aspectos, el contenido de los *PETL* marcha separado de las trayectorias familiares a la mayoría de las experiencias europeas. Un ejemplo: si, por un lado, la responsabilidad por culpa funge, de conformidad con lo que ocurre en toda la tradición jurídica occidental<sup>63</sup>, de canon fundamental

59 J. SPIER, *Introduction*, en *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law [PETL]*, Wien-New York, 2005, 12, 14-16.

60 *PETL*, *supra*, nt. 59. Una visión general de los contenidos de los *PETL* es ofrecida por W.H. VAN BOOM & A. PINNA, *Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe: questions choisies*, en B. WINIGER (ed.), *La responsabilité civile européenne de demain - Projets de révision nationaux et principes européens*, Zürich, 2008, 261; K. OLIPHANT, *Introduction: European Tort Law*, 20, *King's L.J.*, 189, 194-199 (2009); KOZIOL, *supra*, nt. 2; H. KOZIOL, *Die "Principles of European Tort Law" der "European Group on Tort Law"*, 12, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2004, 234, 234-235 (2004); B.A. KOCH, *Principles of European Tort Law*, 20, *King's L.J.*, 203 (2009); KOCH, *supra*, nt. 44, 110; VAN DEN BERGH & VISSCHER, *supra*, nt. 2; N. JANSEN, *The State of the Art of European Tort Law*, en M. BUSSANI (ed.), *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*, Berna-Atenas-Munich-Durham (N.C.), 2007, 15, 32; WAGNER, *supra*, nt. 7, 1282; R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact*, 2003, *Eur. Tort L.Y.B.*, 2, 11; G. BRÜGGEMEIER, *Western Tort Law*, en M. BUSSANI & F. WERRO (eds.), *European Private Law: A Handbook*, Durham (N.C.), 2009, 295, 295-330.

61 SPIER, *supra*, nt. 59, 16-17; KOCH, *supra*, nt. 60, 205; KOCH, *supra*, nt. 44, 108-109; WAGNER, *supra*, nt. 7, 1282.

62 SPIER, *supra*, nt. 59, 15 ("[I]n our exercises we did not endeavour to postulate merely a possible common core. In each case, we posed the question whether such a common core would be the best solution for Europe") (en nuestros ejercicios no hemos tratado de postular simplemente un posible núcleo común. En todos los casos, nos preguntamos si dicho núcleo común constituiría la mejor solución para Europa); KOCH, *supra*, nt. 60, 206.

63 D.M. ENGEL y M. McCANN, *Introduction*, en ID. (eds.), *Fault Lines. Tort Law as Cultural Practice*, Stanford, 2009, 1-10.

de imputación de la responsabilidad<sup>64</sup>, por el otro, la desviación que los *Principles* introducen respecto al principio general recorre líneas que solo parcialmente se pueden superponer a las líneas propias de muchos sistemas jurídicos europeos. El abandono del criterio de la culpa es posible, de hecho, solo en un caso, el del ejercicio de actividades caracterizadas por tasas de peligrosidad particularmente elevadas<sup>65</sup>: hipótesis introducida en la trama de los Principios siguiendo el modelo del *Restatement of Torts*<sup>66</sup> y las soluciones que prevén los códigos civiles portugués e italiano<sup>67</sup>. La limitación a estas actividades dañosas de la desviación del régimen de la culpa termina así por someter a esta última a la variada serie de reglas objetivas o semiobjetivas que en numerosos países europeos, con el apoyo del legislador o por vía interpretativa, se aplican a actividades que se califican difícilmente como '*abnormally dangerous*' en el sentido del artículo 5:101 PETL<sup>68</sup>.

No debemos pensar que los PETL han asumido un enfoque revolucionario. Siempre en el ámbito de los cánones de imputación, las escogencias de los PETL respecto a la responsabilidad vicaria siguen soluciones incuestionadas, que hacen responder a los empleadores del daño ocasionado por sus dependientes<sup>69</sup>, y a los tutores por los actos realizados por un menor o por una persona con discapacidad mental<sup>70</sup> (incluso si, respecto a la responsabilidad personal de esto últimos, es interesante notar cómo, de manera contraria a la posición defendida en diversas

64 PETL, *supra*, nt. 59, 68, art. 4:101 (Fault); "A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct". El art. 4:202(1) (Enterprise Liability) establece una presunción de culpa a cargo de aquel que haya causado un daño durante el ejercicio de una actividad empresarial: "A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct". Sobre los límites dentro de los que una forma similar de 'enterprise liability' puede decirse actualmente existente en las jurisdicciones europeas cfr. BRUEGGEMEIER, *supra*, nt. 60, 314-317.

65 PETL, *supra*, nt. 59, 105. Según los PETL, (art. 5:101(2): *Abnormally Dangerous Activities*), una actividad debe considerarse "abnormally dangerous" si "(a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and (b) it is not a matter of common usage".

66 *Restatement (Second) on Torts*, § 520; *Restatement (Third) on Torts: Liability for Physical Harm*, § 20.

67 Cfr. el artículo 493 C.C. portugués con el artículo 2050 C.C. italiano, contrariamente, la mayor parte de los sistemas europeos carece de una cláusula general al respecto, estando sometidas las actividades 'peligrosas' a regímenes de responsabilidad objetiva por medio de leyes especiales dictadas *ad hoc*: WERRO & PALMER, *supra*, nt. 37, 400-404.

68 La referencia es, por ejemplo, a las posibles aplicaciones de la responsabilidad del custodio en Francia y en las jurisdicciones que han trasplantado el modelo de la *responsabilité du gardien*: C. VON BAR, *The Common Law of Torts*, Oxford, 2000, II, 347-356.

69 PETL, *supra*, nt. 59, 115 (art. 6:102: *Liability for Auxiliaries*) ("(1) A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct. (2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article").

70 PETL, *supra*, nt. 59, 113 (art. 6:101: *Liability for Minors or Mentally Disabled Persons*) ("A person in charge of another who is a minor or subject to mental disability is liable for damage caused by the other unless the person in charge shows that he has conformed to the required standard of conduct in supervision").

jurisdicciones<sup>71</sup>, no está prevista ninguna forma de exoneración de responsabilidad para quien es totalmente incapaz de entender y querer<sup>72</sup>).

Por otra parte, en diversos sectores, los redactores de los *Principles*, lejos de experimentar caminos desconocidos, o poco frecuentados por el jurista europeo, han preferido seguir las huellas de experiencias jurídicas determinadas. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, respecto a las cualidades que el perjuicio debe revestir para que sea resarcido, aspecto respecto al cual los *PETL* demuestran querer seguir más de cerca el modelo alemán, identificando una serie de intereses cuyo menoscabo legitima la activación del remedio reparatorio, y estableciendo limitaciones notables al resarcimiento de algunas voces de daño, y en específico de los daños puramente económicos. Si, en efecto, desde el punto de vista de los Principios, no hay ninguna duda acerca de la resarcibilidad abstracta de los perjuicios que derivan del menoscabo de la vida, de la integridad corporal y mental, de la dignidad humana, de la libertad y de la propiedad<sup>73</sup>, por otro lado, la reparación de las pérdidas meramente patrimoniales no es, en opinión del grupo, "ni obvia, ni dotada de contornos precisos"<sup>74</sup>. He aquí la razón del porqué, según el artículo 2:102(4) *PETL*, la protección de este tipo de intereses "puede ser más limitada" que la concedida a las posiciones nominadas anteriormente<sup>75</sup> -previsión cuya generalidad no puede dejar de tener repercusiones, especialmente cuando (i) se considere cómo ella no es compensada, en el diseño de los Principios, por

71 *PETL*, *supra*, nt. 59, 75 (art. 4:102: *Required Standard of Conduct*) ("(2) *The above standard [of conduct] may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it*").

72 También para el debate, B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, *Le discernement en tant que condition de la responsabilité civile délictuelle*, en *De Tous Horizon: Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, 2005, 623, 626-627; F. WERRO, *L'homme raisonnable a perdu sa pipe*, en P. GAUCH & P. PICHONNAZ (eds.), *Figures juridiques: Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, Zürich, 2003, 109, 109-110; M. BUSSANI, *Perfiles comparativos sobre la responsabilidad civil: La culpa al servicio de los débiles*, en J. F. PALOMINO MANCHEGO & R. VELÁSQUEZ RAMÍREZ (eds.), *Modernas tendencias del Derecho en América Latina: Actas de la I Convención Latinoamericana de Derecho*, Lima, 1997, 393, 393-394; ID., *Faiblesse Oblige*, en P. CENDON (ed.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, Milán, 1994, I, 67, 67-68; ID., *La colpa soggettiva: Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991.

73 *PETL*, *supra*, nt. 59, 29 (art. 2:102: *Protected Interests*) ("(2) *Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection. (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property*").

74 *PETL*, *supra*, nt. 59, 33.

75 *PETL*, *supra*, nt. 59, 29 (art. 2:102: *Protected Interests*) ("(4) *Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim*"). Sobre estas disposiciones, véase OLIPHANT, *supra*, nt. 59, 197; KOCH, *supra*, nt. 59, 209; KOCH, *supra*, nt. 44, 112; H. KOZIOL, *The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law*, en H. KOZIOL & B. STEININGER (eds.), *European Tort Law Yearbook 2002*, Viena-Nueva York, 552-553; ID., *Conclusions*, en ID. (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, La Haya, 1998, 129, 129-30; U. MAGNUS, *Comparative Reports on the Law of Damages*, en ID. (ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, The Hague, 2001, 182, 185.

mecanismos contractuales de tutela, comparables a los que dispone el intérprete dentro del sistema alemán<sup>76</sup>; y cuando (ii) se la compare con el nivel de detalle con el que, por el contrario, se definen las condiciones de resarcibilidad de otras tipologías de daño, *in primis* de los perjuicios no patrimoniales. La reparación de estos últimos también se encuentra sometida a numerosas restricciones, pero los PETL se preocupan de especificar meticulosamente en qué situaciones esta puede ser justificada<sup>77</sup>, con una abundancia de indicaciones que está totalmente ausente en el caso de las pérdidas puramente económicas, respecto a las cuales los PETL dejan al intérprete la tarea de determinar cuándo, y en qué medida, la responsabilidad civil puede ser activada.

Pero ello no es suficiente. También cuando un interés merezca protección, los PETL invitan al juez a tomar en consideración todas las circunstancias del caso, para evaluar si, a la luz de algún motivo de orden público, o incluso solo del necesario respeto a la libertad de acción del demandado, existen razones suficientes para determinar el rechazo de las pretensiones del demandante<sup>78</sup>. Una instrucción parecida –la de sopesar todas las circunstancias del caso– entra en juego también al momento de definir el ámbito de las consecuencias dañosas resarcibles<sup>79</sup>, al fijar el estándar de conducta que el demandado se encuentra obligado a respetar<sup>80</sup>, y en el cuantificar, traduciendo en dinero, los daños pasibles de reparación<sup>81</sup>. Inclu-

76 H. BEALE, A. JARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford-Portland, 2002, 660-662, 813, 879.

77 PETL, *supra*, nt. 59, 171 (art. 10:301(1): *Non-Pecuniary Damage*) (“Considering the scope of its protection (art. 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury, or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious nonfatal injury”).

78 PETL, *supra*, nt. 59, 29 (art. 2:102(6): *Protected Interests*) (“In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration”).

79 PETL, *supra*, nt. 59, 59 (art. 3:201: *Scope of Liability*) (“Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as: (a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity, (b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102), (c) the basis of liability (Article 1:101), (d) the extent of the ordinary risks of life, and (e) the protective purpose of the rule that has been violated”).

80 PETL, *supra*, nt. 59, 75 (art. 4:102: *Requirement Standard of Conduct*) (“(1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods. (2) The above standard may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it”).

81 Cfr. PETL, *supra*, nt. 59, 171 (art. 10:301(2): *Non-Pecuniary Damage*) (“In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor’s fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim”) con PETL, *supra*, nt. 59, 179 (art.

so, las 'circunstancias especiales del caso' pueden influenciar la carga probatoria necesaria para demostrar la existencia de un perjuicio resarcible<sup>82</sup>, la culpa del demandado<sup>83</sup> o la relación de causalidad entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante<sup>84</sup>.

Dos observaciones finales. En la perspectiva de los PETL, la responsabilidad civil sirve exclusivamente para restablecer la situación preexistente al hecho dañoso, y para prevenir algún futuro daño eventual, cualquier otro objetivo se sitúa fuera del perímetro de operatividad asignado al instituto<sup>85</sup>. Se ha previsto que el resarcimiento se realizará, como regla general, de forma pecuniaria –mientras hay lugar para la reparación *in natura* solo cuando ella sea materialmente posible y no sea demasiado onerosa para el demandado<sup>86</sup>–. Pero, al calcular la suma debida, el juez puede tomar en consideración incluso los beneficios que la víctima haya podido obtener del ilícito<sup>87</sup>.

10:401: *Reduction of Damages*) ("In an exceptional case, if in light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (art. 1:101), the scope of protection of the interest (art. 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular").

- 82 PETL, *supra*, nt. 59, 39 (art. 2:105: *Proof of Damage*) ("Damage must be proved according to normal procedural standards. The court may estimate the extent of damage where proof of the exact amount would be too difficult or too costly").
- 83 PETL, *supra*, nt. 59, 90 (art. 4:201: *Reversal of the Burden of Proving Fault in General*) ("The burden of proving fault may be reversed in the light of the gravity of the danger presented by the activity").
- 84 PETL, *supra*, nt. 59, 47 (art. 3:103: *Alternative Causes*) ("(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage. (2) If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim").
- 85 PETL, *supra*, nt. 59, 149 (art. 10:101: *Nature and Purpose of Damages*) ("Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm"); cfr. VAN DEN BERGH & VISSCHER, *supra*, nts. 2, 12; KOCH, *supra*, nt. 60, 208, 213.
- 86 PETL, *supra*, nt. 59, 159 (art. 10:104: *Restoration in Kind*) ("Instead of damages, restoration in kind can be claimed by the injured party as far as it is possible and not too burdensome to the other party").
- 87 PETL, *supra*, nt. 59, 156 (art. 10:103: *Benefits Gained Through the Damaging Event*) ("When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit"). No obstante, la misma definición autoriza al juez a no considerar los beneficios obtenidos por el demandante cada vez que el cómputo del monto del resarcimiento parezca inconciliable con la finalidad asignada a la subvención del beneficio, fórmula a la que el comentario a los Principios no ofrece ninguna dirección operativa, pero que se justifica por la conveniencia de evitar que aplicaciones demasiado rígidas del principio de la *compensatio lucri cum damno* puedan resultar inicuas para la víctima (PETL, *supra*, nt. 59, 157-8).

## 5. LOS "PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW" Y EL "DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE"

La otra iniciativa encargada de redactar un texto legislativo para el futuro derecho europeo de la responsabilidad civil es la dirigida por el *Study Group on a European Civil Code*. Se trata del grupo de investigación creado en 1998 por el profesor Christian von Bar, con la finalidad de elaborar, en toda la esfera del derecho privado, principios y reglas que puedan fungir de base para un futuro Código Civil Europeo<sup>88</sup>. Desde el punto de vista del *Study Group*, en efecto, el trabajo preparatorio de la redacción del código puede ser realizado, y más bien debe serlo, únicamente por académicos, quienes serían los únicos dotados de las competencias necesarias para conducir la investigación básica, y para adoptar soluciones libres de intereses nacionales particulares, pudiendo entonces el legislador intervenir solo una vez que la fase académica anteriormente referida haya sido culminada<sup>89</sup>. Es en este orden de ideas que el *Study Group* se ha encargado de redactar los *Principles of European Law (PEL)*, que cubren casi toda el área del derecho privado patrimonial, y es siempre bajo este enfoque que este se ha hecho cargo, junto al *Research Group on EC Private Law* y con el apoyo de otros grupos de investigación, de elaborar, por cuenta de la Comisión Europea, el *Draft Common Frame of Reference*, es decir, un conjunto de

88 C. VON BAR, *Le groupe d'études sur un Code civil européen*, 53, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 127 (2001); A. HARTKAMP, *Perspective for the Development of a European Civil Code*, en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *Making European Law: Essays on the 'Common Core' Project*, La Haya, 2000, 39, 52-53. Los principios redactados por el *Study Group* son publicados por las editoriales Sellier, Bruylant, Stämpfli y Oxford University Press en una colección titulada *Principles of European Law (PEL): Benevolent Intervention in Another's Affairs* (C. VON BAR ed., 2006); *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (M. W. HESSELINK, J. W. RUTGERS, O. BUENO DIAZ, M. SCOTTON y M. VELDMANN eds., 2006); *Service Contracts* (M. BARENDRECHT, C. JANSEN, M. LOOS, A. PINNA, R. CASCAO, S. VAN GULIJK, eds., 2006); *Personal Security* (U. DROBNIG, ed., 2007); *Lease of Goods* (K. LILLEHOLT, A. VICTORIN, A. FÖTSCHL, B.E. R. KONOW, A. MEIDELL y A. BJORANGER TORUM, eds., 2007); *Sales Contract* (E. H. HONDIUS, V. HEUTGER, C. JELOSCHKE, H. SIVESAND, A. WIEWIORSKA eds., 2008); VON BAR, *supra*, nt. 41; *Acquisition and Loss of Ownership of Goods* (B. LURGER y W. FABER, eds., 2010); *Mandate Contracts* (M. LOOS y O. BUENO DIAZ, eds., 2010). Están en curso de publicación: *Unjustified Enrichment* (S. SWANN y C. VON BAR, eds.); *Proprietary Security in Movable Assets* (U. DROBNIG, ed.); *Loan Contracts* (D. PHILIPPE, ed.); *Trusts* (S. SWANN, ed.); *Donation* (M. SCHMIDT-KESSEL, ed.).

El *Study Group* trabaja además en estrecha asociación con el *Project Group Restatement of European Insurance Contract Law*, dirigido precedentemente por el Prof. Fritz Reichert-Facilides y actualmente conducido por el Prof. Helmut Heiss. Sobre los objetivos, los métodos y los contenidos de las investigaciones de este grupo cfr. J. BASEDOW, *The Case for a European Insurance Contract Code*, en A.S. HARTKAMP et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Nimega, 2004, 553, 553-570. El *Project Group Restatement of European Insurance Contract Law* ha entregado en 2007 a la Comisión Europea su propio *Draft Common Frame of Reference: Insurance Contract*; publicado en Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law", *Principles of European Insurance Contract Law*, München, 2009.

89 C. VON BAR, *A European Civil Code, International Agreements and European Directives 133* (European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, JURI 103 EN, 1999), disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf)

reglas y principios que, en las intenciones de la Comisión, deberían constituir bien un instrumento para mejorar el *acquis communautaire*, bien una posible base de partida para la redacción, por parte de los órganos comunitarios, de un texto opcional sobre el derecho europeo de los contratos<sup>90</sup>. La actividad de redacción del *Draft Common Frame of Reference*, por ello mismo, se ha extendido y superpuesto al plan original del *Study Group*, el que –bajo el presupuesto de que en muchos casos “no habría tenido sentido limitar el trabajo [del *DCFR*] únicamente a las reglas del derecho contractual”<sup>91</sup>– ha considerado, por ello, poder trasladar el contenido de sus *Principles of European Law* (incluso en las partes relativas a sectores diferentes del contrato) dentro del *Draft Common Frame of Reference*.

De esta forma se explica por qué el contenido del Libro IX de los *Principles of European Law* –sobre la *Extra-contractual Liability Arising Out of Damage Caused by Another*, cuyos trabajos se concluyeron en el año 2006– se encuentra actualmente trasladado, con pocas modificaciones, en el Libro VI del *Draft Common Frame of Reference* que, en el año 2008 de manera preliminar, y en el año 2009 de manera definitiva, el *Study Group* ha entregado a la Comisión<sup>92</sup>. Sin embargo, debido a que el *DCFR* constituye el resultado de una iniciativa oficial, conducida por el *Study Group* (aunque sea en parte *ultra vires*) en virtud del mandato recibido por la Comisión, y que, por el contrario, nosotros estamos interesados en las iniciativas académicas dedicadas a la predisposición de un ‘soft tort law’, a continuación haremos exclusiva referencia a los *PEL*, indicando en las notas la información relevante sobre el *DCFR*. Por otra parte, la casi total superposición de los dos textos determina que la mayoría de las reflexiones desarrolladas sobre el primero puedan proponerse, sustancialmente inalteradas, también respecto al segundo.

90 Desde el punto de vista de la Comisión, el *CFR* debería, en primer lugar, recoger los “principios fundamentales comunes del derecho contractual”, por lo tanto, sostener dichos principios mediante la “definición de conceptos fundamentales”, y finalmente, completar dichos principios y definiciones con “modelos de reglas, que constituirían el cuerpo central del marco común de referencia”: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Derecho contractual europeo y revisión del *acquis*: perspectivas para el futuro, 11 de octubre de 2004, COM (2004), 651 definitivo, 13.

91 C. VON BAR, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another Under the DCFR*, 9, *ERA F.* (Suppl. 1) 33 (2008).

92 Para un primer comentario sobre el *DCFR*, con especial atención a las elecciones realizadas en materia de responsabilidad civil, J. BLACKIE, *The Provisions for ‘Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another’ in the Draft Common Frame of Reference*, 20, *King’s L. J.*, 215 (2009); G. BRÜGGEMEIER, *Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: The Making of a Hybrid*, en A. SOMMA (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, La Haya, 2009, 179-198; G. WAGNER, *The Law of Torts in the Draft Common Frame of Reference*, en ID. (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Munich, 2009, 225; H. EIDENMUELLER, F. FAUST, H. CRISTOPH GRIGOLEIT, N. JANSSEN, G. WAGNER & R. ZIMMERMANN, *The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems* 27-35 (U. of Muenster, Working Paper, 2008), disponible en la página web: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1269270](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1269270); C. VON BAR, *Non-Contractual Liability*, *supra*, nts. 91, 33; R. ZIMMERMANN, *The Present State of European Private Law*, 57, *Am. J. Comp. L.*, 479, 496 (2009).

Comenzamos analizando la estructura y las características generales del trabajo del *Study Group*. El Libro IX de los PEL se compone de siete capítulos: Normas fundamentales, Supuestos relevantes, Criterios de imputación, Relación de causalidad, Eximentes, Remedios, Reglas complementarias<sup>93</sup>. En su preparación el *Study Group* –adoptando una estrategia similar a la del *European Group on Tort Law*– no se ha inspirado únicamente en las reflexiones provenientes de los derechos de los Estados de la Unión, o de la mayoría de ellos<sup>94</sup>, sino que más bien se ha concentrado en la búsqueda de la ‘mejor’ solución para Europa, juzgando irrelevante la (falta de) correspondencia de dicha solución con las prácticas mayormente compartidas, o incluso solo realizadas, en las diversas jurisdicciones europeas.

En lo que respecta al contenido, en la perspectiva de los PEL –y siempre de manera análoga a los PETL– la responsabilidad está, por regla general, fundamentada en la culpa (art. 1:101(1))<sup>95</sup>. También se prevén formas de responsabilidad vicaria respecto al empleador por los hechos ilícitos de sus dependientes<sup>96</sup>, y a cargo de aquel que se encuentra llamado a supervisar las acciones de personas inimputables o solo parcialmente imputables<sup>97</sup>, como los menores o las personas

93 El texto de los PEL está publicado también en la página web: <http://www.sgecc.net>. Para una visión general de estas reglas, *vid.* VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41; OLIPHANT, *supra*, nt. 60, 194-99; BLACKIE, *supra*, nt. 91; J. BLACKIE, *The Torts Provisions of the Study Group on a European Civil Code*, en M. BUSSANI (ed.), *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*, Berna-Atenas-Munich-Durham (N.C.), 2007, 55, 55-56; ID., *Tort/Delict in the Work of the European Civil Code Project of the Study Group on a European Civil Code*, en R. ZIMMERMANN (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, *supra*, nt. 7, 133, 135; C. VON BAR, *Konturen des Deliktsrechtskonzepts der Study Group on a European Civil Code - Ein Werkstattbericht*, 9, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 515 (2001).

94 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 229-38.

95 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 243 (art. 1:101(1): *Basic Rule*) (“A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage”). La regla es reproducida en el Libro VI, art. 1:101 del DCFR: *vid.* Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, C. VON BAR, E. CLIVE & H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*, Munich, 2009, 395 (2009).

96 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 632 (art. 3:201: *Accountability for Damage Caused by Employees and Representatives*) (“(1) A person who employs or similarly engages another, is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged (a) caused the damage in the course of employment or engagement, and (b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the causation of the damage”); *cf.* Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 401 (VI. - 3:201).

97 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 601 (art. 3:103: *Person Under Eighteen*) (“(1) A person under eighteen years of age is only accountable for causing legally relevant damage according to Article 3:102(b) in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case. (2) A person under seven years of age is not accountable for causing damage intentionally or negligently. (3) However, paragraphs (1) and (2) do not apply to the extent that (a) the injured person cannot obtain reparation under this Book from another, and (b) liability to make reparation would be equitable having regard to the financial means of the parties and all other circumstance of the cases”), y, en el mismo sentido, Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 400; *vid.* además VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 872 (art. 5:301: *Mental Incompetence*) (“(1) A person who is mentally incompetent at

con discapacidad mental<sup>98</sup>. Por el contrario, el camino recorrido por los *PEL* es diferente respecto a los *PETL*, y también respecto a muchas tradiciones jurídicas nacionales, que sobre este punto siguen direcciones muy divergentes<sup>99</sup>, en lo que se refiere a la responsabilidad objetiva –denominada aquí responsabilidad “*without personal misconduct*”<sup>100</sup>–, que se aplica en el caso de daños causados por el estado inseguro de un inmueble<sup>101</sup>, por animales<sup>102</sup>, por productos defectuosos<sup>103</sup>, por los automóviles<sup>104</sup>, y por sustancias y emisiones peligrosas<sup>105</sup>.

Siguiendo con las diferencias respecto a los *PETL*, es importante anotar –sobre el diferente plano de las condiciones para la resarcibilidad del perjuicio– cómo el artículo 6:102 *PEL* obliga al rechazo de toda pretensión de resarcimiento por perjuicios de entidad leve, exista o no otro remedio disponible para el demandan-

*the time of conduct causing legally relevant damage is liable only if this is equitable, having regard to the mentally incompetent person's financial means and all the other circumstances of the case. Liability is limited to reasonable recompense. (2) A person is to be regarded as mentally incompetent if that person lacks sufficient insight into the nature of his or her conduct, unless the lack of sufficient insight is the temporary result of his or her own misconduct*”); en la misma línea, Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 408 (vi. - 5:301).

98 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 613 (art. 3:104: *Accountability for Damage Caused by Children or Supervised Persons*) (“(1) Parents or other persons obliged by law to provide parental care for a person under fourteen years of age are accountable for the causation of legally relevant damage where that person under age caused the damage by conduct that would constitute intention or negligence if it were the conduct of an adult. (2) An institution or other body obliged to supervise a person is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third party when: (a) the damage is personal injury, loss within Article 2:202 or property damage, (b) the person whom the institution or other body is obliged to supervise caused that damage intentionally or negligently or, in the case of a person under eighteen, by conduct that would constitute intention or negligence if it were the conduct of an adult, and (c) the person whom they are obliged to supervise is a person likely to cause damage of that type. (3) However, a person is not accountable under this Article for the causation of damage if that person shows that there was no defective supervision of the person causing the damage”); de manera similar, Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 400-01 (vi. - 3:104).

99 F. WERRO, V. V. PALMER, A.C. HAHN, *Strict Liability in European Tort Law: Is There a Common Core?*, en WERRO & PALMER, *supra*, nt. 37, 387-459.

100 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 6, 14.

101 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 656 (art. 3:202: *Accountability for Damage Caused by the Unsafe State of an Immovable*); cfr. con Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 401-02 (vi. - 3:202).

102 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 673 (art. 3:203: *Accountability for Damage Caused by Animals*); igualmente, Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 402 (vi. - 3:203).

103 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 686-687 (art. 3:204: *Accountability for Damage Caused by Defective Products*); cfr. con Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 402-03 (vi. - 3:204).

104 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 703 (art. 3:205: *Accountability for Damage Caused by Motor Vehicles*); cfr. con Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 403-04 (vi. - 3:205).

105 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 718 (art. 3:206: *Accountability for Damage Caused by Dangerous Substances and Emissions*); *vid.* también Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 404 (vi. - 3:206).

te ("Trivial damage is to be disregarded")<sup>106</sup>. Ciertamente, este precepto se inspira en cuestiones de eficiencia, pero su oportunidad –y sensibilidad para las exigencias de los usuarios del derecho– es fácil de poner en duda, especialmente cuando se toma en cuenta el hecho de que las víctimas europeas no tienen a su disposición un instrumento de acción colectiva asimilable al de sus pares estadounidenses<sup>107</sup>; igualmente cuando se toma en cuenta que los PEL no ofrecen mecanismos diversificados (como, p. ej., formas alternativas de resolución de conflictos, vías rápidas de resolución sumaria de los conflictos menores) para la administración de este género de demandas<sup>108</sup>.

Sin embargo, las afinidades entre los dos grupos de principios se hacen marcadas sobre el terreno de los caracteres que el perjuicio debe revestir para que se puedan abrir las puertas de la tutela extracontractual. De esta forma, tanto en los PEL como en los PETL, la responsabilidad civil es una consecuencia segura del menoscabo del cuerpo, de la salud<sup>109</sup>, de la dignidad, de la libertad y de la *privacy* ajena<sup>110</sup>, o de la violación del derecho de propiedad o de la posesión<sup>111</sup>. No obstante, cuando el daño padecido consiste en la frustración de un interés meramente económico, los PEL conceden el resarcimiento solo si el demandado ha actuado con dolo<sup>112</sup>,

106 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 927 (art. 6:102: De Minimis Rule); de manera similar Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 410 (vi. - 6:102).

107 Por todos, U. MAGNUS, *Why Is us Tort Law So Different?*, 1, *J. Eur. Tort L.*, 102, 115-116 (2010); K. OLIPHANT y M. STEININGER, *Aggregation and Divisibility of Damage in Tort Law and Insurance: Comparative Summary*, en K. OLIPHANT (ed.), *Aggregability and Divisibility of Damage*, Viena-Nueva York, 2010, 473, 503-508.

108 *Vid.* VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 242.

109 En el caso de lesiones al cuerpo y a la salud, también las víctimas "par ricochet" (las víctimas secundarias) pueden obtener reparación de los daños causados por efecto de la agresión a la víctima primaria: VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 359 (art. 2:201: *Personal Injury and Consequential Loss*); 389 (art. 2:202: *Loss Suffered by Third Persons as a Result of Another's Personal Injury or Death*); cfr. con Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 396-97 (vi. - 2:201, vi. - 2:202).

110 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 418 (art. 2:203: *Infringement of Dignity, Liberty and Privacy*); de manera similar Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 397 (vi. - 2:203).

111 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 478 (art. 2:206: *Loss Upon Infringement of Property or Lawful Possession*); *vid.* también Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 398 (vi. - 2:206).

112 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 443 (art. 2:204: *Loss Upon Communication of Incorrect Information about Another*), 467 (art. 2:205: *Loss Upon Breach of Confidence*), 510 (art. 2:207: *Loss upon Reliance on Incorrect Advice or Information*), 538 (art. 2:210: *Loss upon Fraudulent Misrepresentation*), 546 (art. 2:211: *Loss upon Inducement of Breach of Obligation*). Las mismas reglas se encuentran en el DCFR: cfr. Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 397-99 (vi. - 2:204, vi. - 2:205, vi. - 2:207, vi. - 2:210, vi. - 2:211). Desde el punto de vista de los PEL, la malicia es relevante también para otros fines: por ejemplo, para punir a quien "participates with, instigates or materially assists another in causing legally relevant damage" (art. 4:102: *Collaboration*); para sancionar a quien causa el daño "in the course of committing a criminal offence" (art. 5:103: *Damage Caused by a Criminal to a Collaborator*), o para negar la accionabilidad de una cláusula contractual que exonera de responsabilidad

con negligencia grave<sup>113</sup>, o si el daño es el resultado de un acto de competencia desleal<sup>114</sup>. Contrariamente, quien haya sufrido, supongamos, una lesión de su derecho a la *privacy* puede obtener reparación no solo si se demuestra que ha sufrido, a causa de la violación, alguna consecuencia negativa<sup>115</sup>, sino también cuando no hay ninguna prueba del hecho de que la víctima, efectivamente, ha sufrido un perjuicio. De hecho, hay casos—entre los cuales está comprendido el derecho a la *privacy*— que constituyen “*injur[ies] as such*” (“lesiones en sí mismas”)<sup>116</sup>, que pueden dar lugar a una condena resarcitoria independientemente de la prueba concreta de un daño<sup>117</sup>. De ello resulta que, mientras la víctima que lamenta una pérdida puramente económica puede obtener reparación solo si llega a probar también, a parte de la existencia y en la medida de los perjuicios, la intención maliciosa o la culpa grave del demandado, el demandante que sufra una violación de la *privacy* puede ganar el proceso demostrando tan solo que el demandado ha invadido negligentemente su esfera privada, prescindiendo de la efectiva existencia de un perjuicio económico.

al demandado en el caso de dolo o culpa grave: “(1) *Liability for causing legally relevant damage intentionally cannot be excluded or restricted.* (2) *Liability for causing legally relevant damage as a result of a profound failure to take such care as is manifestly required in the circumstances cannot be excluded or restricted (a) in respect of personal injury (including fatal injury), or (b) if the exclusion or restriction is otherwise illegal or contrary to good faith and fair dealing*” (art. 5:401(1)-(2): *Contractual Exclusion and Limitation of Liability*); en el mismo sentido, Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 405, 407-08 (vi. - 4:102, vi. - 5:103, vi. - 5:401(1)-(2)).

113 Vid. los artículos citados *supra*, nt. 112.

114 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 520 (art. 2:208: *Loss Upon Unlawful Impairment of Business*); igualmente, Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 398 (vi. - 2:208); *vid.* también OLIPHANT, *supra*, nt. 60, 199; BRÜGGEMEIER, *supra*, nt. 92, 181. Sin embargo, es oportuno remarcar cómo la mayor parte de los comentaristas reputan que las previsiones de los PEL (y consecuentemente del DCFR) sobre los daños puramente económicos “*open [...] the liability floodgates [...] to an extent that goes far beyond the standards accepted in most Member States*” (abren (...) las puertas de la responsabilidad (...) hasta un punto que va mucho más allá de los estándares aceptados en la mayoría de los Estados Miembros) (ZIMMERMANN, *supra*, nt. 92, 496; *vid.* también WAGNER, *supra*, nt. 92, 234-37; EIDENMUELLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER & ZIMMERMAN, *supra*, nt. 92, 34-35). Respecto a estos estándares *vid.* *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*, *supra*, nt. 8, 88-89, 258-59, 282-91; *Pure Economic Loss in Europe*, *supra*, nt. 20; A. MENYHÁRD, *Eastern Tort Law*, en *European Private Law: A Handbook*, *supra*, nt. 60, 337, 373-75; en sentido contrario, al nuestro, C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, en *Eur. dir. priv.*, 2008, 787, 792, según el cual los PEL “en realidad tipifican las hipótesis en las que el daño meramente patrimonial (*economic loss*) resulta resarcible”.

115 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 312 (art. 2:101(4)(b): *Meaning of Legally Relevant Damage*); *vid.* también Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 396 (vi. - 2:101).

116 Cfr. el art. 2:203(1) PEL con el art. VI-2:203(1) DCFR; sobre el punto, *vid.* también VON BAR, *supra*, nt. 91, 536.

117 Cfr. art. 6:204 PEL con art. VI-6:204 DCFR, y también VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 986; VON BAR, *Non-Contractual Liability*, *supra*, nt. 91, 36; WAGNER, *supra*, nt. 92, 237-39; EIDENMUELLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER & ZIMMERMANN, *supra*, nts. 92, 30-31; BRÜGGEMEIER, *supra*, nt. 60, 326; BRÜGGEMEIER, *supra*, nt. 92, 182.

El marco es completado por una regla final, que invita de algún modo a la corte, al juzgar la pretensión en cuestión, a valorar si el otorgamiento del resarcimiento resulta "fair and reasonable", justo y razonable, a la luz de todas las circunstancias del caso concreto<sup>118</sup>. Dicha Directiva –que le ordena al juez analizar la equidad y la corrección de la solución adoptada respecto a la específica vicisitud en juego– también es, por su parte, tomada en consideración cuando se trata de apreciar la responsabilidad del demandado inimputable al momento del hecho<sup>119</sup>, o cuando este es un menor de edad y la contraparte no dispone de otros medios para reparar el daño<sup>120</sup>. Inclusive, la misma indicación debería dirigir la decisión sobre si, y eventualmente en qué medida, tomar en consideración, en el cálculo del *quantum debeatur*, las ganancias que el agente ha obtenido del ilícito<sup>121</sup> y/o los beneficios que este ha causado a la víctima<sup>122</sup>, o determinar si el autor del hecho puede ser exonerado parcialmente de responsabilidad, cuando "ésta, impuesta totalmente, fuese desproporcionada respecto a los niveles de culpabilidad expresados por este, o a la entidad del perjuicio ocasionado, o a los costos necesarios para prevenir su acontecer"<sup>123</sup>.

Aunque en los PEL (como en los PETL) la única función reconocida a los mecanismos de la responsabilidad civil es la de colocar al demandante en las mismas

118 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 303 (art. 2:101(2)-(3): *Meaning of Legally Relevant Damage*) ("(2) [...] Loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under articles 1:101 or 1:102. (3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy"); de manera similar Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 396 (vi. - 2:101 (2)-(3)). Para un comentario ulterior, *vid.* VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 309-310.

119 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 872 (art. 5:301: *Mental Incompetence*); *vid.* también *supra*, nt. 97.

120 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 601 (art. 3:103(3): *Persons Under Eighteen*), y también *supra*, nt. 97.

121 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 907 (art. 6:101(4): *Aim and Forms of Reparation*) ("As an alternative to reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage"); *vid.* también Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 409 (vi. - 6:101(4)).

122 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 932 (art. 6:103: *Equalisation of Benefits*) ("(1) Benefits arising to the person suffering legally relevant damage as a result of the damaging event are to be disregarded unless it would be fair and reasonable to take them into account. (2) In deciding whether it would be fair and reasonable to take the benefits into account, regard shall be had to the kind of damage [...] and, where the benefits are conferred by a third party, the purpose of conferring those benefits"); *cfr.* con Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 410 (vi. - 6:203).

123 VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 971 (art. 6:202: *Reduction of Liability*) ("Where it is fair and reasonable to do so, a person may be relieved of liability to compensate, either wholly or in part, if, where the damage is not caused intentionally, liability in full would be disproportionate to the accountability of the person causing the damage or the extent of the damage or the means to prevent it"); *cfr.* con Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 411 (vi. - 6:202).

condiciones en las que este se encontraba antes del hecho ilícito<sup>124</sup>, no habiendo espacio alguno para otras posibles funciones de la responsabilidad civil<sup>125</sup>, no obstante, a diferencia de lo que ocurre en los *PETL*, los *PEL* admiten la adopción de medidas cautelares, dirigidas a evitar la verificación del perjuicio (como especifica el art. 1:102, la persona amenazada por el posible acaecimiento de un evento perjudicial puede accionar con la finalidad de prevenirlo). Es lógico —en el contexto cultural y lingüístico asumido como propio por los Principios— que el remedio cautelar puede ser concedido únicamente cuando parezca ‘justo y razonable’ hacerlo<sup>126</sup>.

## 6. INTERMEDIO. EL DESTINO BREVE DE LAS REFORMAS “TOP DOWN”

Si bien los *PETL* y los *PEL* difieren en muchos detalles<sup>127</sup>, ambos parten del mismo presupuesto: el derecho europeo de la responsabilidad civil puede ser codificado, y, mejor aún, sería conveniente que lo fuese.

- 124 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 907 (art. 6:101(1)-(2): *Aims and Forms of Reparation*); igualmente Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 409 (vi. - 6:101(1)-(2)). El demandado puede ser obligado a resarcir los daños en dinero, o a tomar las medidas más apropiadas según las circunstancias para restablecer la situación preexistente al ilícito.
- 125 Es testimonio de ello el hecho de que, incluso cuando el demandado ha actuado con el fin de obtener un lucro del ilícito, la víctima puede pedir la restitución de las ganancias así obtenidas solo en vía alternativa respecto al planteamiento de la acción resarcitoria: VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 907 (art. 6:101).
- 126 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 359 (art. 2:101(2)-(3): *Meaning of Legally Relevant Damage*); igualmente, Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 396 (vi. - 2:101(2)-(3)). *Vid.* también VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 991 (art. 6:301 (*Right to Prevention*) (“(1) *The right to prevention exists only in so far as (a) reparation would not be an adequate alternative remedy, and (b) it is reasonable for the person who would be accountable for the causation of the damage to prevent it from occurring. (2) Where the source of danger is an object or an animal and it is not reasonably possible for the endangered person to avoid the danger the right to prevention includes a right to have the source of danger removed*”); de manera similar Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 411 (vi. - 6:301); VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 998 (art. 6:302: *Liability for Loss in Preventing Damage*) (“*A person who has reasonably incurred expenditure or suffered other loss in order to prevent an impending damage from occurring to them, or in order to limit the extent of severity of damage which occurs to them, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage*”); *vid.* también Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 411 (vi. - 6:302).
- 127 Basta comparar la manera en que los *PETL* y los *PEL* afrontan la diferencia entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva (cfr. el art. 5:101(2) *PETL* con los arts. 3:202-3:206 *PEL*); la forma en que tratan a los autores del ilícito causado por menores de edad para la época de los hechos (cfr. el art. 4:102(2) *PETL* con el art. 3:103 *PEL*); la forma en que regulan la suerte de los beneficios que la víctima ha podido obtener del ilícito (cfr. el art. 10:103 *PETL* con el art. 6:103 *PEL*), o la manera en que permiten formas de resarcimiento de manera específica (cfr. los arts. 10:104 *PETL* y 6:101(1) *PEL*). Sobre el punto cfr. también M. INFANTINO, *Making European Tort Law: The Game and Its Players*, 16, *Cardozo Int'l & Comp. L.J.*, 45-88 (2010).

Ahora, no es esta la sede para profundizar las dudas —expresadas autorizada-mente por otros con anterioridad— respecto a la competencia de la Unión Europea para intervenir en dicho sentido<sup>128</sup>, o sobre la legitimidad de la obra de estos académicos, que operan aquí como si fuesen legisladores<sup>129</sup>, o, incluso, sobre el mismo deseo de una codificación europea<sup>130</sup>. Aquí, y específicamente respecto al sector que nos interesa, son, más bien, dos los puntos que no se puede dejar de observar.

128 Por todos, GILIKER, *supra*, nt. 7, 257 ss.

129 Pure Economic Loss in Europe, *supra*, nt. 27, 537, 540; WAGNER, *supra*, nt. 7, 1283-84; C. JOERGES, *On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Justice-Making Law for the EU Multi-level System*, 7.3, *Elec. J. Comp. L.*, (2003), disponible en la página web: <http://www.ejcl.org/73/art73-3.html>; W. VAN GERVEN, *A Common Law For Europe: The Future Meeting The Past?*, 9, *Eur. Rev. Private L.*, 485, 495 (2001).

130 *E multitis*, H. COLLINS, *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge, 2009, 124-80; M. BUSSANI, *A Streetcar Named Desire: The European Civil Code in the Global Legal Order*, 84, *Tulane L. Rev.*, 1083 (2009); J. M. SMITS, *Convergence of Private Law in Europe: Towards a New *Ius Commune**, en E. ÖRÜCÜ & D. NELKEN (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford-Portland (Or.), 2007, 219, 226-27; P. LEGRAND, *Antivonbar*, 1, *J. Comp. L.*, 13 (2006); WERRO, *supra*, nt. 33, 295; W. VAN GERVEN, *Codifying European Private Law? Yes, if...*, 27, *Eur. L. Rev.*, 156 (2002); B. S. MARKESINIS, *Unité ou Divergence: à la Recherche des Ressemblances Dans le Droit Européen Contemporain*, 53, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 807 (2001); ID., *Why a Code is Not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity*, 5, *Eur. Rev. Private L.*, 519 (1997). Obviamente no falta quien observa que la actual variedad jurídica puede ser muy beneficiosa para Europa, en la medida en que la diversidad incentiva el empleo de mecanismos espontáneos de competencia entre ordenamientos, dirigidos a seleccionar la 'mejor' regla: J. M. SMITS, *supra*, 130, 234-36; ID., *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, en D. M. CURTIN & A. KLIP (eds.), *European Integration and the Law*, Antwerp, 2006, 55, 75-78; G. WAGNER, *The Virtues of Diversity in European Private Law*, en J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, Groningen, 2003, 3; R. SACCO, *Diversity and Uniformity in the Law*, 49, *Am. J. Comp. L.*, 171, 177 (2001); desde el punto de vista del análisis económico del derecho, A. I. OÇUS, *Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, 48, *Int'l & Comp. L.Q.*, 405 (1998); con específica referencia al derecho de la responsabilidad civil, VAN DEN BERGH & VISSCHER, *supra*, nt. 2, 7.

Sea cual sea la postura que se prefiera, entre uniformización y diversidad, lo cierto es que los incentivos hacia la creación de un derecho común de la responsabilidad civil son contrarrestados por las tensiones que, a nivel doméstico, igualmente conducen a la reforma de las codificaciones civiles. Esto es lo que sucede, o está en curso, por ejemplo, en Francia, con el *Avant-projet de Réforme du Droit des Obligations (Article 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)* (para un comentario sobre el mismo *vid.* B. FAUVARQUE-COSSON & D. MAZEAUD, *The "Avant-projet Catala": A Draft Revision of the French Law of Obligations and Limitation Periods*, 2006, *Unif. L. Rev.*, 103, y también J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (eds.), *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Oxford-Portland, 2009), en Austria, con la *Entwurf eines Neuen Österreichischen Schadenersatzrechts* (I. GRISS, G. KATHREIN & H. KOZIOL (eds.), *Entwurf eines Neuen Österreichischen Schadenersatzrechts*, Viena-Nueva York, 2006), en República Checa (K. RONOVSÁ, *Civil Law in the Czech Republic: Tendencies of Development (Some Notes on the Proposal of the New Civil Code)*, 16, *Eur. Rev. Private L.*, 111 (2008); L. TICHY, *Development, Situation and Prognosis of Private Law*, en *Opening Up European Law*, *supra*, nt. 7, 245, 254), en Eslovaquia (MENYHÁRD, *supra*, nt. 114, 338; A. DULAK, *The Development of Slovakian Law in the European Context*, en *Opening Up European Law*, *supra*, nt. 7, 267), en Polonia (MENYHÁRD, *supra*, nt. 114, 338-39). El 24 de Julio de 2009 ha sido aprobado el nuevo Código Civil Rumano (P. PERIU, *General*

Todo intento de codificar el derecho de la responsabilidad civil debería ser consciente de las soluciones (codificadas o no) que se intenta ofrecer, o se ofrecen, en los otros sectores del derecho privado –sin considerar los ámbitos, extraños a este, del derecho penal, constitucional, administrativo.

Para brindar una única materialización del discurso: si el derecho del acreedor, o el ejercicio de un poder de hecho (aunque no cualificado) sobre la cosa, fuese percibido como posición (sobre el campo de los remedios) tutelable más allá del contrato, o de las relaciones con el *dominus*<sup>131</sup>, es claro que las puntas más accidentadas del debate sobre la resarcibilidad de los daños meramente económicos estarían destinadas a aplacarse, porque gran parte de las lesiones de los derechos del acreedor, o de la posesión, encontrarían el camino abierto para su reparación. A lo largo de las mismas líneas, es bastante seguro que cuando el derecho de un empresario a dirigir de manera rentable su empresa fuese entendido como expresión de una prerrogativa para-propietaria<sup>132</sup>, todo acto lesivo de la eficiencia de la producción podría invocar (también) el derecho de la responsabilidad civil, incluso fuera de los confines marcados por las reacciones a los actos de competencia desleal<sup>133</sup>.

Pero el régimen propietario no es el único que se desvanecería en la responsabilidad civil, que puede ser enormemente influenciada incluso por la función o por los contenidos asignados al derecho contractual, o al instituto del enriquecimiento injustificado<sup>134</sup>. De hecho, es bastante claro que el recurso al remedio aquiliano

*Considerations on the New Civil Code, 9 Dreptul* (2009)), mientras en 9 de noviembre de 2009 el Parlamento de Hungría adoptó un nuevo código civil (sobre el proyecto preliminar, con especial atención a la responsabilidad civil, *vid.* MENYHÁRD, *supra*, nt. 114, 339; A. MENYHÁRD *Pure Economic Loss in Hungarian Tort Law*, en, *European Tort Law*, *supra*, nt. 43, 323, 336-36).

- 131 Para las referencias correspondientes, y para las enseñanzas sobre las categorías que permitirían la definición precisa de las reglas aquilianas en este sector, *vid.* A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, Propriété, Eigentum*, Padua, 1992; para alguna reflexión ulterior sobre el tema cfr. M. BUSSANI, M. INFANTINO & F. WERRO, *The Common Core Sound: Short Notes on Themes, Harmonies and Disharmonies in European Tort Law*, 20, *King's L. J.*, 239, 253 (2009); BUSSANI, *A Way Forward?*, *supra*, nt. 43, 379-80; VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 241-42. Al respecto vale la pena recordar cómo, no obstante los objetivos ambiciosos perseguidos por el *Study Group on a European Civil Code*, el derecho de propiedad ha sido, en gran medida, dejado fuera de los esfuerzos de armonización (y por lo tanto de la estructura tanto de los PEL como del DCFR): cfr. la estructura general del futuro código civil en la página web: [http://www.sgecc.net/media/downloads/structure04\\_12.pdf](http://www.sgecc.net/media/downloads/structure04_12.pdf)
- 132 Cp. MARKESINIS & UNBERATH, *supra*, nt. 20, 71-74; VAN DAM, *supra*, nt. 30, 75 (ambos sobre el sistema alemán); *Pure Economic Loss in Europe*, *supra*, nt. 20, 185, 187-88 (sobre Portugal).
- 133 T. M.J. MÖLLERS & A. HEINEMANN (eds.), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge, 175, 277.
- 134 Cfr. BUSSANI, INFANTINO & WERRO, *supra*, nt. 131, 252-53; D. HARRIS, *Concurrent Liability in Contract and Tort*, en D. HARRIS, D. CAMPBELL & R. HALSON (eds.), *Remedies in Contract & Tort*, Cambridge, 2ª ed., 2005, 575, 575-576; R. A. EPSTEIN, *Rebuilding the Citadel: Priority, Causation, and Freedom of Contract*, en S. MADDEN (ed.), *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005, 228; y también VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 239-41; VON BAR, *supra*, nt. 95, 33-34; VON BAR, *supra*, nt. 27, 525. Sin considerar que los límites entre responsabilidad civil, contrato y

puede ser limitado y amplificado, de conformidad con la disponibilidad de las medidas contractuales y/o restitutorias, además de por las posibilidades, para el demandante, de acumular acciones diferentes frente al mismo demandado<sup>135</sup>.

Al respecto, si es verdad que los *PEL* se hacen cargo de manera parcial de los vínculos que corren entre los diversos sectores del derecho privado, es también muy cierto que, incluso cuando aquel retículo de reclamos fuese puntualmente definido, quedaría por esclarecer las relaciones entre nuestro instituto, las reglas de derecho procesal y los mecanismos de aseguración. Ni los *PETL* ni los *PEL* se ocupan de cuestiones procesales, no obstante lo cual estas inciden, y no en poca medida, sobre la operación cotidiana de la máquina reparatoria. Los *PETL* guardan silencio sobre los posibles vínculos entre la responsabilidad civil y las formas de regulación pública y/o privada del mercado de seguros, mientras los *PEL* explícitamente dejan la materia a la regulación nacional<sup>136</sup>. Sin embargo, es obvio que, cualquiera sea el régimen de responsabilidad civil que se pretenda adoptar, su implementación solo podrá ser uniforme cuando esta sea respaldada por la adopción paralela de un derecho común de seguros, capaz de evitar que los potenciales demandados practiquen una suerte de *forum-shopping* a favor de la jurisdicción que establezca las condiciones más favorables para ellos respecto a la reparación del derecho<sup>137</sup>.

A lo largo de las líneas del enfoque suizo, finlandés y sobre todo alemán –y en una perspectiva diferente, inglés y escocés– tanto los *PETL* como los *PEL* predeterminan los tipos de daño que pueden dar origen a la condena<sup>138</sup>. Ambos textos, no obstante establezcan niveles de rigidez muy diferentes, establecen un catálogo de intereses protegidos, cuya violación es un prerequisite para el otorgamiento del resarcimiento, y tratan además de evitar la inmutabilidad del sistema a través

enriquecimiento injustificado son bastante volubles: p. ej. EIDENMUELLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER & ZIMMERMANN, *supra*, nt. 92, 49; J. SMITS & V. MAK, *Unjustified Enrichment*, en L. ANTONIOLLI & F. FIORENTINI (eds.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference by the Common Core Evaluating Group*, Munich, 2010, en curso de publicación; J. SMITS, *A European Law on Unjustified Enrichment? A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference*, en A. VAQUIER (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, 153.

135 C. VON BAR y U. DROBNIG (eds.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study*, Munich, 2004, 189.

136 VON BAR, *PEL*, *supra*, nt. 41, 1027 (art. 7:105: *Reduction or Exclusion of Liability to Indemnified Persons*) (“If a person is entitled from another source to reparation, whether in full or in part, for that person’s damage, in particular from an insurer, fund or other body, national law determines whether or not by virtue of that entitlement liability under this Book is limited or excluded”); *vid.* también Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *supra*, nt. 95, 412 (vi. - 7:105).

137 MARKESINIS & UNBERATH, *supra*, nt. 20, 711; WERRO & PALMER, *supra*, nt. 67, 22-25.

138 Sobre este punto, *vid.* también CASTRONOVO, *supra*, nt. 114, 790-791. En cuanto a la perspectiva sueca y finlandesa, las primeras referencias en VON BAR, *PEL*, *supra*, *supra*, nt. 41, 230; VON BAR, *supra*, nt. 27, 268-81; BUSSANI & PALMER, *supra*, nt. 20, 156-58; con respecto a la perspectiva alemana e inglesa, VAN DAM, *supra*, nt. 30, 61-77 e 87-96, y también BUSSANI & PALMER, *supra*, nt. 20, 148-51 e 139-42. Respecto al régimen escocés, BUSSANI & PALMER, *supra*, nt. 20, 142-45, y VON BAR, *supra*, nt. 27, 319-22.

de la previsión de válvulas de seguridad, como las que invitan a tomar en consideración 'las circunstancias del caso' o la razonabilidad y justicia de las soluciones adoptadas, teniendo por objetivo mitigar la inflexibilidad de la regla general<sup>139</sup>.

Se trata de un modelo muy familiar a las tradiciones anteriormente mencionadas, pero, no obstante, extraño a muchas otras experiencias. Aunque sin querer mencionar cómo en el mismo derecho alemán, a la limitada disponibilidad de los instrumentos de la responsabilidad civil, funge de espejo el amplio ámbito de protección ofrecido por el derecho contractual, que a menudo termina por compensar el restringido ámbito de operatividad de los primeros<sup>140</sup>, queda por recordar lo rico que es el elenco de los regímenes de responsabilidad civil fundados sobre una cláusula general que, nombrando únicamente los requisitos de la culpa, el daño y la relación de causalidad, tradicionalmente deja en libertad a los académicos y a los jueces para diseñar los contornos y las características del derecho de la responsabilidad civil<sup>141</sup>. En estos términos, la imposición desde arriba de un catálogo preestablecido de intereses protegidos obligaría a los intérpretes a convertirse en practicantes de un complejo de métodos, pesos y contrapesos completamente nuevo y extraño al bagaje técnico propio de su educación. Por lo menos en el corto periodo, la falta de un patrimonio cultural semejante crea el riesgo de conducir a los juristas no educados en el 'nuevo' derecho común a recurrir, no obstante bajo la vigencia de este, a su repertorio doméstico de soluciones, leyendo quizá las fórmulas cerradas de manera tal que abran secretamente sus armaduras y admitan el resarcimiento a pretensiones que no se reducen directamente al elenco de posiciones preestablecido por el legislador como merecedoras de tutela. Bajo una luz como esta es claro entonces que el mayor peligro de una imposición desde arriba de principios (de esta forma no) comunes se traduce, paradójica y precisamente, en la perpetuación de aquellas divergencias cuya reducción era la finalidad que las iniciativas de armonización se proponía realizar<sup>142</sup>.

139 *Vid. supra*, par. 4-5.

140 BUSSANI & PALMER, *supra*, nt. 20, 151, 355-56, 502, 531.

141 Por mencionar solo algunas de ellas, piénsese en Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, España: cfr. también VON BAR, PEL, *supra*, nt. 41, 230-31; BUSSANI & PALMER, *supra*, nt. 20, 126-38; VAN GERVEN, *supra*, nt. 27, 2-3, 5-8.

142 Cfr. J. STAPLETON, *Benefits of Comparative Legal Reasoning: Lost in Translation*, *J. Tort L.*, vol. 1, iss. 3, art. 6, 43; *Pure Economic Loss in Europe*, *supra*, nts. 20, 545; BUSSANI, *A Way Forward?*, *supra*, nt. 43, 369; M. BUSSANI, 'Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal System, 8, *Eur. Rev. Private L.*, 89, 99 (2000). Por otra parte, fundamentar el futuro derecho de la responsabilidad civil europea en un cláusula general no eliminaría el riesgo de que las cortes y los académicos, acostumbrados a un sistema típico de responsabilidad civil, completen el vacío creado por dicha cláusula con una lista no oficial de intereses protegidos, modelada sobre el catálogo de derechos tradicionalmente tutelados mediante el remedio resarcitorio, negando de esta forma la reparación a toda pretensión que no se inserte fácilmente en aquel catálogo; BUSSANI, *A Way Forward?*, *supra*, nt. 43, 393.

## 7. LA "PAN EUROPEAN ORGANISATION OF PERSONAL INJURY LAWYERS"

Conscientes de lo delicado de los temas anteriormente evocados, otros grupos de investigación han dirigido sus esfuerzos hacia un objetivo diferente, centrado en la construcción de una cultura (en lugar de un derecho) común. Este constituye tanto el punto de partida como la meta a la cual miran los tres proyectos que vamos a analizar, del cual el primero está dedicado a los aspectos de la práctica forense y limitado únicamente al sector de la responsabilidad civil (mientras los otros son de matriz e inspiración doctrinal, y extienden sus propios intereses más allá del derecho aquiliano).

Los miembros de la *Pan European Organisation of Personal Injury Lawyers (PEOPIL)*, una asociación sin fines de lucro, fundada en Birmingham (Reino Unido) en 1996, son, de hecho, casi todos abogados, motivados por la intención de promover la cooperación y el conocimiento de sus propios sistemas de resarcimiento del daño a la persona<sup>143</sup>.

Según los fundadores de *PEOPIL*, reforzar la colaboración entre las clases forenses de los diversos países podría contribuir a mejorar la resolución de los litigios transnacionales que comprenden los daños a la persona, y, contemporáneamente, a facilitar a las víctimas el acceso a la justicia y a un resarcimiento justo<sup>144</sup>. Siempre en el enfoque de *PEOPIL*, la profundización del conocimiento de los mecanismos resarcitorios podría, de manera indirecta, incentivar a los productores y distribuidores de bienes y servicios, dentro de la Unión, a adoptar estándares de conducta más elevados de los que actualmente se adoptan en la realización de sus actividades. He aquí la razón del porqué *PEOPIL* fomenta el contacto entre los abogados europeos y los mantiene informados de las novedades legislativas y judiciales que comprenden la materia de los *personal injuries*, a través de la publicación de libros y de una *newsletter* bimestral, según una lógica de divulgación de los conocimientos que mira también los vínculos activados con otras organizaciones en el mismo campo, como el *Council of the Bars and Law Societies* de la Unión Europea o el *American Trial Lawyers Association*<sup>145</sup>.

143 Si bien la estructura y los objetivos de la organización son muy similares a los de la *American Trial Lawyers Association* –S. ISSACHAROFF & J. F. WITT, *The Inevitability of Aggregate Settlement: An Institutional Account of American Tort Law*, 57, *Vand. L. R.*, 1571, 1610 (2004)–, no parece probable, por el momento, que *PEOPIL* se convierta en la contraparte europea del *ATLA*. Entre otras cosas, la institución europea carece de bases para poder ejercer un poder vinculante similar al desarrollado, en su tiempo, por el *ATLA*. De manera diferente respecto a Estados Unidos, de hecho, la educación jurídica europea no es dirigida de manera uniforme en los Estados miembros, la praxis forense nacional se encuentran fuertemente diversificada entre ellos, e incluso los requisitos de acceso a la profesión varían notablemente de un Estado a otro.

144 Vid. lo reportado en la página web: <http://www.peopil.com/about.php> (última visita: 10 de abril de 2010).

145 *Ibidem*.

## 8. EL PROYECTO "IUS COMMUNE CASEBOOKS FOR THE COMMON LAW OF EUROPE"

En el escenario académico, la primera iniciativa que vale la pena recordar es el *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe Project*<sup>146</sup>, promovida en 1994 por el Prof. Walter van Gerven con la finalidad de realizar una colección de *casebooks*, cada uno centrado en un instituto particular del derecho privado<sup>147</sup>. Cada volumen recoge casos, materiales legislativos, extractos de libros y artículos provenientes de diversas jurisdicciones, que son acompañados por notas introductorias y explicativas. Respecto a la responsabilidad civil, dos volúmenes han visto la luz, en 1998 y en 2000, y una nueva edición del más reciente de estos se encuentra actualmente en curso de preparación<sup>148</sup>.

El objetivo de largo aliento del proyecto del *Ius Commune* es "*uncover common general principles which are already present in the living law of the European countries*" (descubrir los principios generales comunes que ya están presentes en el derecho vivo de los países europeos), para beneficio de los estudiantes europeos<sup>149</sup>. Los *casebooks* son, de hecho, concebidos en primer lugar como instrumentos para la enseñanza, aptos para ser empleados en las facultades de derecho para facilitar la creación de una cultura jurídica común a toda Europa.

Por lo que concierne a la organización del trabajo, cada *casebook* está escrito por una *task force* compuesta de profesores que representan las principales familias jurídicas europeas<sup>150</sup>. Una característica distintiva del proyecto es que cada miem-

146 Sobre los fines y los objetivos de este proyecto, *vid.* VAN GERVEN, *Common Framework*, *supra*, nt. 33, 348; W. VAN GERVEN, *Comparative Law in a Regionally Integrated Europe*, en A. HARDING & E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Oxford-Portland (Or.), 2002, 155; *Id.*, *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, en D. O'KEEFE (ed.), *Judicial Review in European Union Law*, Oxford-Portland (Or.), 2000, 433; *Id.*, *Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation of the Project*, 4, *Eur. Rev. Private L.*, 67 (1996); P. LAROUCHE, *L'Intégration, les Systèmes Juridiques et la Formation Juridique*, 46, *McGill L. J.*, 1101 (2001); P. LAROUCHE, *Recueils Ius Commune pour le droit commun de l'Europe*, 3, *Revue de la Common Law en Français*, 99 (2000); P. LAROUCHE, *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale*, 8, *Eur. Rev. Private L.*, 101 (2000).

147 Hasta hoy han sido publicados cinco volúmenes, por la editorial Hart, mientras seis se encuentran en preparación: W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, C. VON BAR & G. VINEY, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law-Scope of Protection* (1998); VAN GERVEN, LAROUCHE & LEVER, *supra*, nt. 27; BEALE, HARTKAMP, KÖTZ, TALLON, *supra*, nt. 76; *Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment* (J. BEATSON & E. J.H. SCHRAGE eds., 2003); *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL eds., 2007); *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law* (J. H.M. VAN ERP, ed.); *Casebook on Contract Law* (H. BEALE, D. TALLON, B. FAUVAQUE-COSSON, J. W. RUTGERS & S. VOGENAUER eds., 2ª ed.); *Casebook on Consumer Law* (H. W. MICKLITZ, J. STUYCK & E. TERRYIN eds.); *Casebook on Civil Procedure* (C. H. VAN RHEE & P. OBERHAMMER eds.); *Casebook on Law and Art* (H. SCHNEIDER ed.); *Casebook on Labour Law* (A. DAVIES, F. HENDRICKX, R. KRAUSE, M. SCHMIDT, E. VERHULP, C. VIGNEAU eds.).

148 VAN GERVEN, *Tort Scope*, *supra*, nt. 147; VAN GERVEN, *supra*, nt. 27.

149 VAN GERVEN, *supra*, nt. 27, 68.

150 VAN GERVEN, *supra*, nt. 27, vi-vii.

bro de la *task force*, en lugar de ocuparse solo de cuestiones que están referidas a su sistema nacional, se encarga de escribir uno o más capítulos, incluso si estos se refieren a sistemas jurídicos diferentes del cual provienen. Una distribución del trabajo similar garantiza que el resultado final no sea una mera suma de *reports* nacionales, sino que constituya en cambio el producto genuino de un esfuerzo comparado.

De dicho esfuerzo hay una huella nítida en los resultados del proyecto, que se caracterizan por: (a) el uso estratégico de la comparación, entendida como instrumento capaz de identificar las similitudes existentes entre los sistemas jurídicos europeos<sup>151</sup>; (b) una perspectiva que mira a los casos y a las situaciones concretas, en lugar de a los principios y a las reglas abstractas; (c) el énfasis puesto en el impacto del derecho comunitario, como "fuerza motriz del nuevo *ius commune*"<sup>152</sup>; y (d) la atención especial reservada a los sistemas de Francia, Alemania e Inglaterra, considerados como representativos de las tradiciones jurídicas más importantes –materiales provenientes de sistemas diferentes son tomados en consideración solo si estos presentan soluciones originales respecto a las difundidas por las experiencias 'mayores'.

## 9. EL "COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW"

El mismo objetivo de crear una cultura jurídica común se encuentra en la base del proyecto '*The Common Core of European Private Law*', dirigido por los profesores Mauro Bussani y Ugo Mattei. La iniciativa se encuentra en curso desde 1994, y tiene por objetivo evidenciar aquello que ya es común y lo que, por el contrario, es diferente en las reglas del derecho privado de los diversos países miembros<sup>153</sup>. Por

151 P. ej., D. KENNEDY, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, 1997, *Utah L. Rev.*, 545, 545-55, 560, 581.

152 Cfr. la página web: <http://www.casebooks.eu/research.php>

153 Opening Up European Law, *supra*, nt. 7, XIII-IX (y también las contribuciones de V. GROSSWALD CURRAN, *On the Shoulders of Schlesinger: The Common Core of European Private Law Project*, 1; G. FRANKENBERG, *How to Do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core*, 17; D. J. GERBER, *Reading the Map of European Private Law: Language and Knowledge in Contemporary Comparative Law*, 49; M. B. LIKOSKY, *Globalisation and the Common Core*, 69; M. REIMANN, *Of Products and Process: The First Six Trento Volumes and Their Making*, 83); M. BUSSANI & U. MATTEI, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3, *Colum. J. Eur. L.*, 339 (1997-98); ID., *Le Fonds Commun du Droit Privé Européen*, 52, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 29, 29-30 (2000); D. J. GERBER, *The Common Core of European Private Law: The Project and its Books*, 52, *Am. J. Comp. L.*, 995 (2004); A. M. LÓPEZ-RODRÍGUEZ, *Towards a European Civil Code Without a Common Legal Culture? The Link between Law, Language and Culture*, 29, *Brook. J. Int'l L.*, 1195 (2004); N. KASIRER, *The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles*, 10, *Eur. Rev. Private L.*, 417 (2002); X. BLANC-JOUVAN, *Reflection on "The Common Core of European Private Law" Project*, 1, *Global Jurist Frontiers*, nov. 2001, disponible en la página web: [www.bepress.com/gj/frontiers/vol1/iss1/art2/](http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol1/iss1/art2/); H. KÖTZ, *The Common Core of European Private Law: Presented at the Third General Meeting of the Trento Project*, 21, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 803 (1998); BUSSANI, INFANTINO & WERRO, *supra*, nt. 131.

ello, no se trata de escribir nuevas reglas o crear categorías innovadoras, sino de realizar una descripción, lo más cuidadosa posible, del estado del arte del derecho privado europeo –a diferencia de lo que ocurre con el proyecto del *Ius Commune Casebook*, que solo enfatiza las soluciones ofrecidas por los sistemas considerados como los más importantes o paradigmáticos, el proyecto sobre el *Common Core* se concentra, de hecho, igualmente sobre todos los sistemas pertenecientes al área de la Unión Europea.

Sobre los hombros de las enseñanzas de dos padres ilustres, RUDOLF B. SCHLESINGER y RODOLFO SACCO<sup>154</sup>, el *Common Core* adopta un método basado en la perspectiva fáctica y en la disociación de formantes. En la base de los esfuerzos del *Common Core*, efectivamente, está presente la convicción de que para obtener un conocimiento completo de un sistema jurídico no es posible confiar solo en lo que los juristas domésticos dicen de él<sup>155</sup>. A menudo, de hecho, ocurre que algunos factores son ignorados oficialmente o considerados irrelevantes en un determinado sistema, cuando en realidad ellos juegan un rol preciso, y sin embargo silencioso<sup>156</sup>. Al mismo tiempo, los intérpretes educados únicamente en el derecho local asumen a menudo que su sistema se compone de un conjunto homogéneo y no contradictorio de principios y reglas<sup>157</sup> –presunción noble, pero que difícilmente corresponde a la realidad, porque el complejo de las relaciones entre los diversos actores jurídicos (abogados, jueces, académicos, legisladores) de un mismo sistema con mayor frecuencia da lugar a conflictos que a armonía.

Precisamente, la consciencia de dichos aspectos, junto a la necesidad de encontrar una forma de obtener, por parte de juristas provenientes de tradiciones jurídicas diferentes, respuestas comparables entre ellas, ha conducido a los *General Editors* del *Common Core* a adoptar la técnica de los cuestionarios como instrumento preferencial en la conducción de su trabajo, que se desarrolla como sigue. En primer lugar, se elige un tema, y entonces la persona encargada de ocuparse del volumen relativo redacta un cuestionario de casos prácticos<sup>158</sup>. El cuestionario es preparado con un grado de especificidad suficiente para permitir, a quien lo responde, tomar en consideración todos los factores que pueden ejercer un impacto en las reglas operativas. De esta forma se garantiza que las normas que a primera vista pueden parecer idénticas, pero que en efecto no lo son por el modo en el cual son aplicadas, no sean consideradas como superpuestas. El uso de un cues-

154 R. B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Nueva York, 1968; ID., *The Past and Future of Comparative Law*, 43, *Am. J. Comp. L.*, 477 (1995); R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39, *Am. J. Comp. L.*, 1 (1991) (Instalment I of II); R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39, *Am. J. Comp. L.*, 343 (1991) (Instalment II of II).

155 SACCO, *Legal Formants (Instalment I of II)*, *supra*, nt. 154, 21-23; BUSSANI & MATTEI, *The Common Core Approach*, *supra*, nt. 153, 344.

156 SACCO, *supra*, nt. 155, 21-23.

157 *Ibidem*, 23-24.

158 BUSSANI & MATTEI, *supra*, nt. 155, 351.

cionario práctico ayuda además: (a) a comprender mejor si, y eventualmente en qué medida, la solución final depende de criterios extraños a la esfera del derecho privado sustancial, como por ejemplo por configuraciones peculiares de las reglas procesales o probatorias, o por previsiones de derecho administrativo, penal o constitucional; y (b) a iluminar todos los otros factores, incluso extrajurídicos, que pueden incidir en la *law in action*, como las consideraciones de política jurídica, las razones de naturaleza económica, el contexto social, los valores morales de la sociedad, o la estructura del mecanismo procesal de adjudicación (p. ej., la organización y competencia de las cortes)<sup>159</sup>.

Una vez las respuestas a los cuestionarios están listas, estas son analizadas, discutidas y comparadas públicamente, y acto seguido recogidas en un volumen por el editor encardado del tema en específico<sup>160</sup>. Hasta ahora han sido publicados cinco volúmenes en la materia de la responsabilidad civil (particularmente sobre: la resarcibilidad de los daños puramente económicos, los límites de la responsabilidad objetiva, el daño ambiental, la responsabilidad precontractual y la tutela de los derechos de la personalidad<sup>161</sup>), y muchos otros estudios están en curso de preparación<sup>162</sup>.

159 *Ibíd.*, 351-354.

160 A excepción de algunos libros, publicados por Stämpfli, Berne, y Carolina Academic Press, Durham (N.C.), todos los volúmenes de la serie han sido publicados por Cambridge University Press (Cambridge, U.K.): p. ej., *Good Faith in European Contract Law* (R. ZIMMERMANN & S. WHITTAKER eds., 2000); *The Enforceability of Promises in European Contract Law* (J. GORDLEY ed., 2001); *Pure Economic Loss in Europe*, *supra*, nt. 28; *Security Rights in Movable Property in European Private Law* (E.M. KIENINGER ed., 2004); *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, *supra*, nt. 67; *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (R. SEFTON-GREEN ed., 2005); *Commercial Trusts in European Private Law* (M. GRAZIADEI, U. MATTEI, L. SMITH eds., 2005); *Property and Environment*, *supra*, nt. 36; *Opening Up European Law*, *supra*, nt. 7; *The Enforcement of Competition Law in Europe*, *supra*, nt. 133; *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, *supra*, nts. 36; *Precontractual Liability in European Private Law* (J. CARTWRIGHT & M. HESSELINK eds., 2010); *Personality Rights in European Tort Law* (G. BRÜGGEMEIER, A. COLOMBI CIACCHI & P. O'CALLAGHAN, eds., 2010). Se encuentran en preparación: *Personal Injury Compensation* (S. BANAKAS, P. BRUN & G. COMANDÉ, eds.); *Boundaries to Information Property* (D. BEYLEVELD, C. GODT, L. GUIBAULT & G. VAN OVERWALLE, eds.); *Time-Limited Interests in Land* (C. VAN DER MERWE, A. VERBEKE & R. CATERINA, eds.); *Security Rights in Immovable Property* (C. VAN DER MERWE, G. WATT & F. FIORENTINI, eds.); *Unexpected Circumstances* (E. H. HONDIUS & H. C. GRIGOLEIT eds.); *Duties of Care and Duties of Cash in Family Law* (D. PANFORTI, A. MIRANDA, O. ROY & C. DADOMO, eds.); *Set-Off* (P. PICHONNAZ, ed.); *Remedies in Contract Law* (P. GILIKER, B. GSELL & T. RÜFNER, eds.); *Transfer of Immoveable Property* (E. COOKE & L. MARTINEZ, eds.).

161 BUSSANI & PALMER, *supra*, nt. 20; WERRO & PALMER, *supra*, nt. 67; HINTEREGGER, *supra*, nt. 36; CARTWRIGHT & HESSELINK, *supra*, nt. 160; COLOMBI CIACCHI, BRÜGGEMEIER, O'CALLAGHAN, *supra*, nt. 160.

162 *E.g.*, BANAKAS, BRUN, COMANDÉ, *supra*, nt. 160.

## 10. ARMONIZACIÓN "BOTTOM UP" Y DERECHO EUROPEO

No obstante las diferencias que existen entre ellos, todos los proyectos recientemente mencionados concuerdan sobre un punto: todo intento de codificar o armonizar el derecho de la responsabilidad civil debe ser conducido teniendo en mente cómo la imposición 'desde arriba' de reglas uniformes no es capaz de alcanzar fácilmente el éxito, sin el apoyo de un contemporáneo movimiento de armonización 'desde abajo'<sup>163</sup>. En un contexto plural (desde el punto de vista lingüístico y jurídico) como el europeo, el cambio 'top down' siempre comporta, en efecto, principios nuevos respecto a la tradición y a la herencia cultural de (por lo menos) algunos de los sistemas jurídicos implicados. La falta de familiaridad con las nuevas reglas, y con las *rationes* subyacentes a ella, así como la posible inercia respecto a las tradiciones locales, son factores que crean el riesgo de llevar todo plano uniformador a un punto muerto. He aquí por qué el objetivo, por lo menos inmediato, de todo aquel que aspire a sentar las bases para un derecho europeo de la responsabilidad civil, en primer lugar, debería ser el de desarrollar una cultura común, basada en el mayor conocimiento posible de las experiencias implicadas—conclusión que ciertamente es válida para muchos sectores del derecho, pero que es por diversos aspectos mucho más válida en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, cuyas Directivas raramente son plasmadas por las palabras de los legisladores, y con mayor frecuencia toman forma por la práctica discursiva de juristas<sup>164</sup>, jueces y abogados<sup>165</sup>.

163 Como ha sido señalado por M. BUSSANI, *Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach*, 21, *Hastings Int'l Comp. L. Rev.*, 785, 800 (1998), "[a]ll legal changes have aspects of both. Law is in part politics (top down) and in part culture (bottom up)" [todos los cambios jurídicos presentan ambos aspectos. El derecho es en parte política (de arriba hacia abajo) y en parte cultura (de abajo hacia arriba)]. Vid. también J.P. DUNAND, *Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code*, en J.P. DUNAND & B. WINIGER (eds.), *Le code civil français dans le droit européen*, supra, nt. 38, 3, 7-10; F. WERRO, *L'unification du droit privé en Europe: une question de légitimité culturelle*, ibidem, 287, 295; M. VAN HOECKE, *L'idéologie d'un code civile européen*, en AA.VV., *Le Code Napoléon, un Ancêtre Vénééré: Mélanges Offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruselas, 2004, 467, 472.

164 El rol central que han jugado los juristas en la elaboración de las reglas de responsabilidad civil es reconocido no solo en los sistemas continentales—por todos, M. BUSSANI & M. INFANTINO, *Fault, Causation and Damage in the Law of Negligence: A Comparative Appraisal*, en *Haftungsrecht im dritten Millennium*, supra, nt. 30, 145-46; VON BAR, supra, nt. 27, 460-61; M. PLANIOL, G. RIPERT & J. BOULANGER, *Traité de droit civil français*, París, 1957, II, 324-25—sino también en las jurisdicciones del *common law*: entre otros, G. E. WHITE, *Tort Law in America: An Intellectual History*, Nueva York, 2003, 3-4; L. GOFF, *Judge, Jurist and Legislation*, 2, *Denning L. J.*, 79, 92-93 (1987).

165 STAPLETON, supra, nt. 142, 32; WAGNER, supra, nt. 7, 1279-80; D. IBBETSON, *Harmonisation of the Law of Tort and Delict: A Comparative and Historical Perspective*, en R. ZIMMERMANN (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, supra, nt. 7, 102-03; A. TUNC, *La responsabilité civile*, 1981, 18; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, 4ª ed., 198-99; G. WILLIAMS, *The Foundation of Torts Liability*, 7, *Cambridge L.J.*, 111, 131 (1939); F. H. BOHLEN, *Fifty Years of Torts*, 50, *Harv. L. Rev.*, 725, 726 (1937); P. H. WINFIELD, *The Foundation*

Un plano similar se establece actualmente en línea de continuidad respecto a las indicaciones provenientes de las mismas instituciones comunitarias, teniendo en consideración que recientemente el Parlamento Europeo ha augurado “una reformulación de arriba hacia abajo de los cursos de estudio universitarios, intercambios, visitas de estudio y una formación común”, sosteniendo que “son necesarias políticas activas dirigidas a favorecer el conocimiento y la comprensión recíproca del derecho extranjero”, e invitando por lo tanto a “la Comisión a instituir en la Unión, una red de organismos de formación jurídica capaces de impartir cursos de familiarización con el derecho nacional, comparado y comunitario para los operadores y magistrados, sobre una base permanente y continua”<sup>166</sup>.

Ciertamente, el Parlamento Europeo se imagina una tarea –la de educar a los juristas europeos en una cultura común– que no podrá ser llevada a cabo en una noche. Pero ello no significa que una empresa similar sea desmedidamente onerosa, y que pueda realizarse, por lo menos en el sector de la responsabilidad civil, únicamente a través de las reformas y las estructuras preestablecidas por el Parlamento mismo. Cuando se habla de la formación de la clase forense y judicial, y sin duda tal idea se ha difundido desde hace algún tiempo en muchas cortes europeas, existe la actitud de emplear los instrumentos de la comparación. Nos referimos, por ejemplo, a las numerosas sentencias italianas<sup>167</sup>, portuguesas<sup>168</sup> y griegas<sup>169</sup> que por mucho tiempo se han inspirado en trabajos académicos atentos, a su vez, a las soluciones aplicadas en el sistema cuya codificación había servido de modelo para el código local; o a la plurisecular práctica de las sentencias austriacas de citar literatura y casos alemanes, sintetizados por los académicos austriacos<sup>170</sup>; o, inclusive, a la radicada costumbre de los jueces suecos y finlandeses de examinar las conclusiones recíprocas<sup>171</sup>. Más recientemente, entonces, la multiplicación

*of Liability in Tort*, 27, *Colum. L. Rev.*, 1, 3-4 (1927); *Id.*, *The History of Negligence in the Law of Torts*, 42, *L.Q. Rev.*, 184, 184-85 (1926).

166 Resolución del Parlamento Europeo del 25 de noviembre de 2009, Programa plurianual 2010-2014 en materia de libertad, seguridad y justicia (programa de Estocolmo), P7\_TA-PROV(2009)0090, considerando O, y nn. 105 y 106.

167 *Vid.*, por ejemplo, Cas., n. 14488, del 29 de julio de 2004, *Resp. civ. prev.*, 2004, 1348 (un caso de ‘*wrongful birth*’, cuya solución ha sido inspirada por el instituto alemán del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*); Cas., n. 10629, del 26 de octubre de 1998, *Resp. civ. prev.*, 1999, 72 (donde el problema de la responsabilidad del propietario de un automóvil y de su conductor frente al pasajero ha sido resuelto a la luz de la jurisprudencia francesa en aplicación del artículo 1384, primer párrafo, *Code civil*). Más recientemente los jueces italianos han observado también el sistema inglés: *vid.* Cas., n. 17152, del 3 de diciembre de 2002, *Resp. civ. prev.*, 2003, 60 (en la cual el valor por asignar a la culpa concurrente de la víctima ha sido discutido a la luz de los precedentes ingleses); Cas., n. 12439, del 20 de noviembre de 1991, *Gust. civ. Mass.*, 1991, 1674 (que ha hecho referencia al instituto inglés del ‘*duty to mitigate damage*’).

168 Por ejemplo, VON BAR, *supra*, nt. 27, 415, y la jurisprudencia allí citada.

169 *Ibíd.*

170 *Ibíd.*, 416.

171 *Ibíd.*, 417.

de los datos disponibles sobre los regímenes existentes en los diferentes sistemas europeos –debido tanto al nacimiento de revistas especializadas de alcance europeo<sup>172</sup> como a la publicación de numerosos estudios comparados sobre el argumento<sup>173</sup>– ha dado lugar a la reflexión de la actividad de las cortes, traducándose en un sustancial aumento de las sentencias que, en lugar de considerar solo el contexto doméstico, se alimentan de las soluciones adoptadas en un país diferente de aquel en el cual se encuentra la corte<sup>174</sup>. Tomemos, entre las diversas ilustraciones, la famosa sentencia del *Bundesgerichtshof* alemán que ha hurgado en el derecho inglés para resolver una acción de 'wrongful birth'<sup>175</sup>, o las todavía más conocidas sentencias de la *House of Lords* que se han empapado de las enseñanzas alemanas sobre la responsabilidad de los abogados<sup>176</sup> y sobre la posibilidad de hacer valer, contra la víctima *par ricochet* de un hecho ilícito, la culpa concurrente de la víctima primaria<sup>177</sup>.

Es lógico que estos casos todavía resulten escasos, si se los compara con la masa de sentencias atentas exclusivamente a los asuntos de la práctica doméstica. Pero las causas de una escasez como tal son fáciles de descubrir, y todavía más de superar. El trasplante de una regla de una tradición a la otra es, en efecto, una operación que requiere un conocimiento profundo del lenguaje y del derecho sobre el cual

- 172 La *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* ha publicado su primer volumen en 1993, la *European Review of Private Law* en 1993, la *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* en 2003. En el 2010 la editorial de Gruyter (Berlín-Nueva York) adicionalmente ha editado el primer volumen del *Journal of European Tort Law*.
- 173 P. ej., C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1998-2000, 2 volúmenes; VAN GERVEN, *supra*, nt. 27; BUSSANI & PALMER, *supra*, nt. 20; *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, *supra*, nt. 7; BRÜGGEMEIER, *supra*, nt. 2; VAN DAM, *supra*, nt. 30; BUSSANI, *supra*, nt. 43.
- 174 Sobre las perspectivas de la comparación de tipo judicial, W. VAN GERVEN, *supra*, nt. 27, 32-34; MARKESINIS & FODTKE, *supra*, nt. 23, 188-89; R. MICHAELS & N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 54, *Am. J. Comp. L.*, 843, 863 (2006); WAGNER, *supra*, nt. 7, 1291-92; A. A.S. ZUCKERMAN, *The Sensitivity of English Courts to the Jurisprudence of Other States within the European Union*, en AA.VV., *L'Uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004, 61; B. S. MARKESINIS, *Case Law and Comparative Law: Any Witber Lessons?*, 11, *Eur. Rev. Private L.*, 717, 717-18 (2003); BUSSANI, *Before and Beyond*, *supra*, nt. 9, 119; BUSSANI, *Contrepoints*, *supra*, nt. 9, 476-77; VON BAR, *supra*, nt. 27, 414-415; U. DROBNIG, *The Use of Foreign Law by German Courts*, en E. JAYME (ed.), *German National Reports in Civil Law Matters for the XVth Congress of Comparative Law in Athens*, Heidelberg, 1994, 5-6; R. LEGEAIS, *L'utilisation du droit comparé par les tribunaux*, 46, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 347, 347-348 (1994).
- 175 *Bundesgerichtshof*, del 18 de enero de 1981, 86, *BGHZ*, 240.
- 176 *White v. Jones*, 2, *W.L.R.*, 187 (H.L. 1995).
- 177 *Greatorex v. Greatorex*, 1, *W.L.R.*, 1970 (H.L. 2000); B. S. MARKESINIS, *Foreign Law Inspiring National Law: Lessons from Greatorex v. Greatorex*, 61, *Cambridge L.J.*, 386 (2002). *Vid.* también *Macfarlane v. Tayside Health Bd.* [1999] 3, *W.L.R.*, 1301, [2000] 2 A.C. 59 (una vasectomía que no tuvo éxito), y *Fairchild v. Glenhaven Funeral Servs. Ltd.* [2002], *UKHL*, 22, [2003] 1 A.C. 32 (U.K.) (intoxicación por amianto), para resolver dichos casos, la *House of Lords* ha desarrollado una amplia investigación sobre el tratamiento que los mismos daños habrían recibido en las jurisdicciones de Europa continental, especialmente alemana y holandesa; sobre estas resoluciones, *vid.* también VAN GERVEN, *supra*, nt. 27, 30-32.

dicha regla se ha desarrollado: conocimiento que se ubica, ordinariamente, fuera de las posibilidades de los jueces y abogados, acostumbrados a su propia carga laboral y educados, a su vez, únicamente en el derecho nacional<sup>178</sup>. Sin embargo, las mismas soluciones pueden difundirse velozmente si son elaboradas de manera que un juez de una jurisdicción diferente respecto de aquella de la cual la solución proviene pueda entenderlas y usarlas sin esfuerzo<sup>179</sup>.

Es inútil decir que la tarea de recoger, traducir y hacer comprensible el derecho extranjero para los juristas domésticos corresponde a los juristas, quienes son los únicos que disponen de las competencias necesarias para ofrecer a los abogados y a las cortes —en lugar de reglas y principios para una Europa que todavía no termina de consolidarse— el contexto y los materiales aptos para hacer comprender y conocer los regímenes existentes en los sistemas vecinos. En la historia de Europa continental, por otra parte, la mejor doctrina siempre ha observado a las experiencias ajenas, estudiando, criticando y eventualmente obteniendo inspiración de los preceptos, de las ideas y de las sugerencias provenientes de tradiciones diferentes a la suya<sup>180</sup>. Es este el rol que actualmente la doctrina europea puede jugar en la elaboración del derecho de la responsabilidad civil, abriendo las puertas al diálogo entre experiencias que de otra forma seguirían incomunicadas, y promoviendo la osmosis entre las culturas, el lenguaje, el aparato de los conceptos de tradiciones jurídicas diferentes. Se trataría por lo tanto (de recuperar la centralidad a la misión históricamente cumplida por los académicos en la elaboración del derecho europeo, pero sobre todo) de profundizar el conocimiento del otro y de sí mismo, de ampliar el espectro de las opciones posibles, de involucrar a todos los intérpretes, en igualdad de condiciones, en el debate respecto a los problemas y soluciones, permitiendo a cada quien hacer circular las propias riquezas y obscuridades, y permitiendo además aprender de las debilidades, propias y ajenas.

Un proceso similar es el único que puede establecer las bases para un derecho de la responsabilidad civil que, en lugar de alimentar rechazos, fracturas y rivalidades, sepa reflejar las herencias europeas, sacar provecho de las diversidades y emplearlas como materia viva en el laboratorio de las ideas —un derecho que, por su pluralidad inclusiva, pueda en un futuro cercano postularse a merecer el nombre de derecho *europeo* de la responsabilidad civil.

178 BUSSANI, *Before and Beyond*, *supra*, nt. 9, 119; VON BAR, *supra*, nt. 27, 414-415.

179 B.S. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford-Portland (Or.), 2003, 215.

180 Entre otros, R. ZIMMERMANN, *supra*, nt. 34, 547.