

La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano*

SABRINA LANNI**

RESUMEN: El presente trabajo pretende hacer una breve descripción del panorama actual de la responsabilidad civil con especial referencia a los procesos de recodificación y a los proyectos de armonización supranacional del derecho privado, tanto a nivel europeo como latinoamericano.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil; cumplimiento; daño; diligencia; razonabilidad; recodificación; unificación y armonización del derecho privado.

Reframing of civil liability: New civil codes and Euro-Latin American dialogue

ABSTRACT: The present work briefly describes the current situation of the liability, with particular reference to the process of recodification and supranational harmonization of private law, both in Europe and in Latin America.

* El presente trabajo tiene origen en la ponencia presentada en el encuentro de estudio "Perfiles de la responsabilidad contractual. Tutela de la persona con discapacidad entre el derecho interno y experiencias latinoamericanas", 27 de junio de 2013, Universidad 'Magna Graecia' de Catanzaro. Traducción del italiano, Catalina SALGADO RAMÍREZ. Fecha de recepción: 14 de agosto de 2013. Fecha de aceptación: 16 de septiembre de 2013. Para citar el artículo: LANNI, S., "La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre 2013, pp. 219-234.

** Profesora a contrato de la Universidad 'Magna Graecia' de Catanzaro e investigadora del CNR en el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos, Universidad de Roma 'Tor Vergata'. Contacto: [sabrina.lanni@uniroma2.it].

KEYWORDS: Liability; performance; tort; diligence; reasonableness; recodification; unification and harmonization of private law.

SUMARIO: I. Recodificación del derecho y reelaboración de la responsabilidad civil. II. Emersión constante de algunos puntos controvertidos. III. Previsión de una disciplina en materia de responsabilidad civil. IV. Diligencia *versus* razonabilidad en el cumplimiento en sentido lato. V. Terminología jurídica y coherencia sistemática.

I. RECODIFICACIÓN DEL DERECHO Y REELABORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Desde hace ya algunos lustros la disciplina de la responsabilidad civil es objeto central de un profundo replanteamiento, del que son muestra evidente la promulgación de nuevos códigos civiles, la elaboración de proyectos de nuevos códigos civiles, y con un radio más amplio, la elaboración de proyectos de armonización supranacional de derecho privado, en los que, sin excepción, la disciplina de la responsabilidad civil se ha replanteado de manera considerable.

Reflexión, reconsideración, reelaboración: de estas actividades ha sido objeto la responsabilidad civil en su totalidad, si bien los ojos se han puesto, con especial atención, en la individuación de sus posibles funciones, el reexamen de la terminología y los conceptos a ella inherentes, y en la revisión de los confines entre el área contractual y la extracontractual, en el reconocimiento oficial del resarcimiento del daño moral, en la demarcación de los límites de operatividad con referencia a los daños padecidos por la producción en masa o por el riesgo de empresa, entre otras cosas.

Es como decir que la reelaboración de la responsabilidad civil ha partido de la exigencia de una renovación total de las características y los límites inherentes a la institución misma: para percatarse de ello, basta con que el estudioso del derecho civil dé una mirada a los últimos diez años.

Así, desde el año 2003 a hoy es posible registrar en el sistema jurídico de derecho romano no solo la entrada en vigor de nuevos códigos civiles (el brasileño de 2003, el rumano de 2011) sino también la elaboración de diversos proyectos de reforma de códigos civiles (el francés de 2005 y el argentino de 2012), así como la elaboración y culminación de algunos proyectos de armonización supranacional del derecho privado, tanto a nivel europeo (los *Principles of European Tort Law* y el *Draft Common Frame of Reference*) como a nivel latinoamericano (el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos y el redactado bajo los auspicios del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano)¹.

1 Se trata de proyectos que se encuentran todavía en el ámbito de la oficiosidad: el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos es fruto de una actividad promovida conjuntamente por la Universidad Diego Portales, por la Fundación Fernando Fuyo Laneri y por la *Fondation pour le Droit Continental* (para mayor información cfr.: [www.fundacionfueyo.udp.cl/index.php]); el Proyecto del Grupo para la Armonización del

Los códigos civiles y los proyectos mencionados son particularmente importantes para el estudioso de la responsabilidad civil, por lo menos por dos razones. En primer lugar, ofrecen diversos ejemplos de reelaboración de la responsabilidad civil y por contera del contrato, que por tradición histórica, que se remonta al derecho romano, ha sido siempre identificado como el instituto 'príncipe' del derecho de las obligaciones. En segundo lugar, los códigos y los proyectos mencionados ofrecen una prueba irrefutable de lo que algunos juristas han denominado, con término vivo y eficaz, 'explosión' de la responsabilidad civil².

II. EMERSIÓN CONSTANTE DE ALGUNOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

La 'explosión' de la responsabilidad civil se presenta al cultor del derecho comparado como un fenómeno de amplio alcance, o mejor, como un fenómeno que no se limita al formante legislativo. En realidad, la doctrina y la jurisprudencia han puesto de presente, y no de manera infrecuente han anticipado al legislador, las cuestiones que incitan a la reelaboración del instituto de la responsabilidad civil³.

Se trata de una atención ciertamente notable, al punto que se ha hablado de una verdadera y propia aflicción del instituto de la responsabilidad civil, que luego de haber sido leído, releído y reformado, primero a la luz de los principios constitucionales, y luego en consonancia con las perspectivas internacionales y subregionales, como también de las nuevas instancias sociales, se presenta actualmente abrumado por un exceso de expectativas.

La multiplicidad de estudiosos que han intervenido sobre el tema han subrayado difusamente que el instituto de la responsabilidad civil ha sido reelaborado en variado modo y enriquecido con nuevas funciones. Al respecto aparecen diversas constantes

- Derecho Privado Latinoamericano sigue la actividad y el planteamiento metodológico promovido por el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* del CNR-Università di Roma 'Tor Vergata' en colaboración con diversas universidades de América Latina (para información sobre el particular cfr.: [www.cideci.org/portal/modules/news/index.php?storytopic=3]).
- 2 De 'explosión' habla F.A. UBIRÍA. *La responsabilidad civil*, en Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2012, disponible en: [<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>], consultado el 2 de junio de 2013, p. 489.
 - 3 Cfr., por ejemplo, C.R. GONÇALVES. *Responsabilidade civil*, São Paulo, 1995, pp. 559 y ss., en relación a la influencia de la constitución brasileña de 1988 en la reelaboración de la disciplina del código relativa al daño moral; F.D. BUSNELLI. *Le frontiere europee della responsabilità civile*, en *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, N. LIPARI (ed.), Napoli, 1998, pp. 83 y ss., con atención a la valoración comparativa y de balance que implica el juicio sobre la injusticia; C. CASTRONOVO. *Sentieri di responsabilità civile europea*, en *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 793 y ss., relativa a las perspectivas de la *liability* entre *contract* y *torts*. Para un cuadro general sobre el tema cfr. A. DI MAJO. *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, en *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 289 y ss.; O.L. RODRIGUES JUNIOR, G. MAMEDE Y M.V. DA ROCHA (ed.), *Responsabilidade civil. Em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*, São Paulo, 2011, pp. 20 y 717; F.D. BUSNELLI y S.PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013³, pp. 208 y ss.

que se dirigen a subrayar, por ejemplo, la prevención del daño, de un *ex post* a un *ex ante*, o también la función disuasiva, como también la valoración comparativa de los intereses en juego y el balance de los mismos en el juicio sobre la injusticia, o incluso la relación de las perspectivas de la *liability* entre *contract* y los *torts*⁴.

Este complejo de funciones representa el síntoma de una reflexión amplia sobre las características y límites propios del instituto en cuestión, que lo sitúa en la encrucijada de varias figuras de consolidada tradición jurídica. En este panorama, en sí articulado y complejo, circunscribiré mis reflexiones en modo particular a dos puntos controversiales: por un lado, el intento de prever una disciplina común para la responsabilidad contractual y la extracontractual; por otro, la individuación del parámetro de valoración de la responsabilidad del deudor en el cumplimiento en sentido lato.

Los puntos apenas mencionados son objeto de reflexión en los nuevos códigos civiles y en los proyectos nacionales y supranacionales de la disciplina de la responsabilidad civil, y por la misma razón alimentan un importante diálogo euro-latinoamericano sobre las perspectivas actuales del instituto en los códigos del sistema jurídico de derecho romano.

III. PREVISIÓN DE UNA DISCIPLINA COMÚN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Con referencia al primero de los dos puntos mencionados, es oportuno señalar desde ahora que la elaboración de una disciplina común para las dos esferas de la responsabilidad civil ha salido oficialmente del limbo del formante doctrinal, que en los últimos lustros se había orientado en tal sentido a partir del hecho de las relaciones que son objeto típico de legislación especial, como por ejemplo la responsabilidad por daños a los consumidores⁵ o la responsabilidad médica⁶.

- 4 Las diversas constantes que emergen al 'repensar' la responsabilidad civil lo ponen por un lado "at the crossroads" (así M. SERIO. *La responsabilità civile e la ragione dei doveri*, en *Europa e diritto privato*, 2008, p. 401), y por otra parte lo envuelven en un exceso de finalidad y expectativas ya ampliamente señaladas en la doctrina italiana y latinoamericana (cfr. A.A. ALTERINI, O.J. AMEAL y R.M. LÓPEZ CABANA. *Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, 1997, pp. 318 y ss.; AA.VV. *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, A.J. Bueres y A.K. De Carlucci (eds.), Buenos Aires, 1997, *passim*; F.D. BUSNELLI. *Le frontiere europee della responsabilità civile*, cit., par. 5; DI MAJO. *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., p. 289 y ss.; C. SCOGNAMILGIO. *Profili della riforma del diritto della responsabilità civile nella Repubblica popolare cinese*, en *Roma e America*, 28 (2009), p. 156 y ss.; AA.VV. *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, P. Sirena (ed.), Milano, 2011, *passim*; D.L. MACHADO DE MELO. *Culpa extracontractual: uma visita, dez anos depois*, en AA.VV. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, R. Lotufo, G.E. Nanni y F. Rodrigues Martins (eds.) São Paulo, 2012, pp. 596 y ss.; BUSNELLI y PATTI. *Danno e responsabilità civile*, cit., pp. 162 y ss.
- 5 Sobre el tema, me permito reenviar a S. LANNI. *América Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, 2005, pp. 147 y ss.; ID. *L'inadempimento dell'obbligazione. La colpa: la prospettiva del codice civile argentino nel sistema giuridico latinoamericano*, Napoli, 2012, pp. 169 y ss.
- 6 Para un cuadro de síntesis en la experiencia italiana cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, pp. 551 y ss., y más ampliamente, con referencia al diálogo doctrina-

Los nuevos códigos civiles y los proyectos de nuevos códigos civiles, tanto europeos como latinoamericanos, han hecho énfasis en el deber de *responder* en el sentido latino del término, o mejor en el sentido de brindar, con la disciplina del instituto de la responsabilidad civil, una respuesta general por la lesión de los intereses de la persona, al punto que la reelaboración del instituto de la responsabilidad tiende a estar actualmente desligada de la fuente 'contractual' o 'delictual' del deber mencionado⁷.

Ciertamente el jurista del sistema jurídico de derecho romano difícilmente logra entender los intentos doctrinales de 'reducir todo a uno', también porque los mismos, como ha sido puesto de presente por la doctrina italiana, hasta el momento no han estado alineados con las normas positivas de los códigos europeos⁸.

Si ello es así, también es cierto que los nuevos códigos civiles y los proyectos de nuevos códigos civiles ofrecen ejemplos de articulados normativos de la responsabilidad civil que son cada vez más largos, detallados y atentos a las zonas de confín, de manera que emerge la necesidad de una disciplina común, que no necesariamente postula la desaparición de las diferencias entre responsabilidad extracontractual y contractual.

De hecho, la necesidad antedicha ha encontrado un respaldo normativo en el nuevo Código Civil rumano de 2011^[9], en el que las elecciones hechas por el legislador en materia de responsabilidad civil son la síntesis de la amplia reflexión de que han sido objeto las características y los límites del instituto, también a la luz de las perspectivas europeas y de las nuevas instancias sociales.

- jurisprudencia, G. VISINTINI. *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, pp. 108 y ss. Para una aproximación al tema en las experiencias latinoamericanas cfr. J. ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima, 2006, pp. 451 y ss.; A. SCHREIBER. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, São Paulo, 2007, pp. 182 y ss.; A. ARANCET. *Daños derivados de la actividad profesional de los médicos*, in *Manual de derechos de daños*, C. Weingarten (ed.), Buenos Aires, 2010, pp. 287 y ss. Desde el punto de vista normativo es interesante señalar que el problema de la responsabilidad por tratamiento médico ha encontrado una atención específica en la reciente "Ley sobre la responsabilidad por ilícito civil de la República Popular de China" de 2009, donde encuentra puntual colocación sistemática la disciplina de la responsabilidad por tratamiento médico. Cfr. arts. 54 y ss. en la traducción italiana a cargo de S. PORCELLI, en *Roma e America*, 28 (2009), p. 237.
- 7 Al respecto cfr. P. SIRENA y Y. ADAR. *Le prospettive dei rimedi nel diritto privato europeo*, en *Rivista di diritto civile*, 2012, p. 377, para un paralelo objetivo desde el punto de vista de la política del derecho de la tutela común consiguiente al incumplimiento de las obligaciones y al acto ilícito; BUSNELLI y PATTI. *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 189, para una comparación con la tendencia sistemática en la que se encuentra inmersa la modernización del ilícito civil.
- 8 Sobre el punto la bibliografía es amplia; para una aproximación al tema se puede partir de S. MAZZAMUTO, *La responsabilità civile*, en C. Castronovo y S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 219.
- 9 El 1.º de octubre de 2011 entró en vigor el segundo Código Civil rumano (Ley 287 de 2009), que ofrece al cultor del derecho extranjero un ejemplo interesante de reelaboración del instituto de la responsabilidad civil, como se ha subrayado recientemente en S. LANNI, *Il nuovo codice civile della Romania: persona umana e responsabilità civile*, en *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 875-894.

Un indicio de esta profunda renovación se evidencia en el considerable número de artículos dedicados a la responsabilidad en el nuevo Código del año 2011 (arts. 1349-1395) si se lo compara con lo que sucedía en el precedente de 1865 (arts. 998-1002), en el que podía individuarse un 'trasplante' normativo del *Code Napoléon* de 1804^[10].

En el nuevo Código rumano la partición sistemática dedicada a la *respunderea civilă* en el cuadro de la disciplina de las obligaciones, en el libro V, reagrupa las previsiones en materia de *respunderea delictuala* y *respunderea contractuala* (tít. II, cap. IV), con el fin de construir una teoría lo más completa y unitaria posible de la responsabilidad civil, reconduciendo a ella una serie de funciones que de hecho van más allá de la lesión del deber general de respetar la esfera jurídica ajena y de la lesión de los deberes que nacen de los contratos¹¹.

Ya con anterioridad, la necesidad misma encontró eco en el proyecto de reforma de 2005 del derecho de las obligaciones del Código Civil francés, donde los artículos 1340 a 1351 no representan otra cosa sino un núcleo de normas comunes para los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, y por tanto un intento de acercamiento de tales ámbitos¹².

Es una tendencia normativa no solo europea, sino que afecta ampliamente a varias experiencias jurídicas. Fue acogida y desarrollada en el Código Civil de

10 En el viejo Código Civil (1865) el tema de la responsabilidad civil estaba disciplinado en el ámbito de los *contracte sau conventii* (libro III, tít. III), donde se preveía una partición sistemática aposta con el título *Delicte si coasi-delicte* (cap. V), que reproducía, en una traducción casi que literal, los artículos 1382-1386 del Código Civil francés, dando lugar a un trasplante normativo propiamente dicho, con una única excepción, pues al cierre de las normas dedicadas a los delitos y cuasidelitos (arts. 998-1002), el legislador rumano agregó a la disciplina propia del articulado del Código Civil francés, en el artículo 1003, una forma de responsabilidad solidaria por los casos en que el delito o el cuasidelito fuera imputable a una multiplicidad de personas.

11 Es el síntoma de la amplia reflexión sobre las características y límites del instituto de la responsabilidad –prevalentemente como consecuencia de las reformas constitucionales, de las perspectivas europeas y de las nuevas instancias sociales–, que por un lado lo pone en la encrucijada –“at the crossroads”– (así M. SERIO, *La responsabilità civile e la ragione dei doveri*, en *Europa e diritto privato*, 2008, p. 401) y que por otra parte lo envuelve en un exceso de finalidades y de expectativas (p. ej.: prevención de los daños, represión de las conductas ilícitas, punición civil, balance de los intereses merecedores de tutela, indemnización según equidad, etc.) ya ampliamente señaladas por la doctrina (cfr. A.A. ALTERINI, O.J. AMEAL Y R.M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, 1997, pp. 318 y ss.; BUSNELLI, *Le frontiere europee della responsabilità civile*, cit., par. 5; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, en *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 289 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *Profili della riforma del diritto della responsabilità civile nella Repubblica popolare cinese*, cit., pp. 159 y ss.; AA.VV., *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, P. Sirena (ed.), Milano, 2011, *passim*.

12 La referencia es al *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* (conocido como Proyecto Catalá), y en modo particular a los artículos 1340-1350 cuyo perno es la referencia a “*tout fait illicite ou anormal*” (art. 1340), sobre los cuales cfr. F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, en *Rivista di diritto civile*, 2006, p. 422, y BUSNELLI Y PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 186.

Quebec de 1990, que sitúa en el principio de la partición sistemática dedicada a la *Civil liability* (cap. III del libro V) los artículos 1457 y 1458, donde se prevén conjuntamente, en el cuadro del derecho de las obligaciones, la prohibición de causar daños a otros y el deber de reparar los perjuicios causados en la esfera jurídica ajena, como regla de la convivencia civil de alcance general; también ha sido acogida en la "Ley sobre la responsabilidad por ilícito civil de la República Popular China" de 2009, que establece en apertura de su articulado normativo algunas previsiones, también ellas de alcance general, en materia de responsabilidad (art. 1-5); así mismo fue acogida en los últimos proyectos de nuevo Código Civil de Argentina y en modo particular en el de 2012, actualmente en fase de discusión, en el que la Comisión Redactora ha considerado que la disciplina de la responsabilidad civil ha de partir de una base normativa unitaria "cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño" (art. 1581)¹³.

La lectura de estos códigos y proyectos de código mencionados da cuenta al jurista de una tensión hacia una teoría lo más completa y unitaria posible de la responsabilidad civil, que tiende a reconducir a ella una multiplicidad de funciones conectadas entre sí por algunas reglas comunes¹⁴. En los proyectos mismos están sellados los puntos fundamentales del sistema de la responsabilidad civil y de su expansión progresiva; o sea, queriendo perfilar una síntesis, obviamente en el mero sentido técnico del término, podría afirmarse que: a) se establece como regla general que toda persona tiene el deber de respetar las reglas de conducta que imponen no lesionar los derechos o los intereses de las otras personas; b) se prevé que cualquier persona que viole con discernimiento este deber tiene la obligación de responder por el perjuicio sufrido por otro y de repararlo integralmente; c) en algunos casos previstos por ley, se prescribe que el deber mismo subsiste también por los perjuicios causados por cosas, animales o personas que se encuentren bajo la propia custodia; d) se delinea una resistencia, por lo demás generalmente compartida, de la culpa como criterio de imputación ligado a la violación de una

13 La frontera entre los dos ámbitos de la responsabilidad, que ya parte de la doctrina argentina había contribuido a hacer más elástica, se vio lesionada por una considerable normativa especial, desarrollada y sobrepuesta a la disciplina del Código en los últimos decenios (cfr. H. ALEGRÍA Y A.A. ALTERINI ET ALII, *Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Con nota de elevación, fundamentos y legislación complementaria*, Buenos Aires, 1999, p. 90). Se trata de una tendencia ciertamente diferente de aquella seguida hasta ahora en los códigos civiles latinoamericanos, que parten de la división entre responsabilidad contractual y aquiliana hacia una relación dicotómica del tipo *genus/species*, en la cual la responsabilidad aquiliana representa la regla general. Sobre el punto cfr. É. CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, 2009², *passim*, con especial atención a las tendencias actuales manifestadas por el instituto de la responsabilidad, también en relación con las exigencias y los límites impuestos a la autonomía privada.

14 Toma forma la que un jurista francés ya hace algunos decenios había prospectado como "l'unification désirable des règles gouvernant les deux responsabilités" (A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1989, p. 44).

diligencia, que, como mencionaré mejor enseguida, es una diligencia circunstancial; e) se da espacio a una disciplina del instituto con carácter más compensativo¹⁵.

En otras palabras, la reelaboración de la responsabilidad civil es el reflejo de un acogimiento, en el campo de disciplina del 'derecho civil general', de lo que ya había emergido en algunas experiencias jurídicas en relación con el alcance del instituto en el ámbito de la disciplina del 'derecho civil especial': por ejemplo, el tema de responsabilidad por daños al consumidor, donde el fenómeno resarcitorio ha sido estructurado, por un lado, prescindiendo de las fuentes de la respectiva obligación, así como del presupuesto de la violación de un derecho o de un interés; y por otro, centrando toda la teoría de la responsabilidad en una nueva prospectiva y dimensión, por la cual se exhorta al operador del derecho a verificar si el ordenamiento tutela el interés del agente al punto de justificar el daño a la incolumidad del otro¹⁶.

En apoyo de este punto resulta particularmente significativa la comparación con las perspectivas de armonización supranacional del derecho privado, en cuanto las mismas han elevado la síntesis mencionada más allá de los nichos de los formantes nacionales. Al respecto podrían mencionarse múltiples ejemplos, que en esta sede, por obvias razones de tiempo, limitamos a tres.

Ante todo puede pensarse en la previsión de 'reglas base' o 'reglas generales' para la responsabilidad civil. De hecho, los *Principles of European Tort Law* y el *Draft Common Frame of Reference* parten respectivamente de la posición de la *basic rule* o de la *basic norm* donde se garantiza el '*right to reparation*', es decir, el "*reinstatement of the person suffering the legally relevant damage in the position that person would have been in had the legally relevant damage not occurred*"¹⁷.

En segundo lugar, la adopción de un concepto de incumplimiento como categoría general. Así se puede recordar que los *Principles of European Contract Law* (PECL) promueven un concepto de incumplimiento inherente a todas las formas de falta o de cumplimiento defectuoso de la prestación, comprensivas también de aquellos 'deberes accesorios' (cooperación, diligencia, exactitud, puntualidad, etc.) que en el ámbito del mero 'contacto social' pueden presentarse como 'deberes funcionales'¹⁸.

15 La incidencia de la legislación especial sobre la reelaboración de la disciplina codificada de la responsabilidad civil pone a veces en evidencia un doble carril (preventivo y compensatorio): así para la experiencia brasileña, RODRIGUES JUNIOR, MAMEDE Y DA ROCHA (eds.), *Responsabilidade civil*, cit., p. 20, donde se subraya la incidencia del principio de 'prevención', conocido por la legislación sobre el consumo en aquella experiencia, en el panorama de la *função de prevenção* de la responsabilidad civil.

16 Sobre el tema cfr. LANNI, *América Latina e tutela del consumatore*, cit., pp. 445 y ss.

17 Cfr. arts. 1:101 y 6:101 del *Draft of Common Frame of Reference*. Al respecto cfr. Book VI. *Non-contractual liability arising out of damage caused to another*, en *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Munich, 2009, p. 395.

18 Es una configuración que emerge claramente del ámbito definatorio de los PECL, en modo particular del artículo 1:301 (4), donde se establece que el "incumplimiento" se refiere a cualquier falta de la prestación debida con base en el contrato, que sea fuente de responsabilidad o no, comprendido el retardo y el cumplimiento inexacto, además de la

Por último, se puede mencionar el concepto de daño padecido, que los *Principles of European Tort Law* (PETL) ponen como fundamento de las condiciones generales de la responsabilidad, disciplinadas en modo específico en el título III, donde el daño para ser resarcible postula una lesión material o inmaterial de un interés merecedor de protección jurídica, más que la de una situación jurídica subjetiva (art. 2:101 PETL), trazando entonces un confín tendencialmente móvil de la responsabilidad aquiliana en favor de la responsabilidad del daño meramente patrimonial¹⁹.

En síntesis, en las experiencias de recodificación del derecho privado así como en las de armonización supranacional del mismo²⁰ se encuentra presente la sensibilidad de una ciencia que se proyecta a la construcción de soluciones innovadoras de la disciplina de la responsabilidad civil. Emerge la exigencia de una atención importante hacia nuevos temas y a los nuevos apremios de matriz doctrinaria y jurisprudencial, y así se hace evidente la exigencia de adoptar modelos normativos de la responsabilidad civil 'de tipicidad evolutiva'²¹ —como podrían ser aquellos propuestos por la "Ley sobre la responsabilidad extracontractual de la República Popular de China" y por el nuevo Código Civil rumano—, que permitan la filtración

violación del deber de cooperar al fin de dar plena ejecución al contrato". No solamente: la posición mencionada se acentúa con la lectura conjunta del artículo 1:301 (4) con el artículo 8:101 (sobre los medios de tutela por incumplimiento) y con el artículo 8:103 (sobre incumplimiento esencial), de la cual emerge un amplio concepto de 'incumplimiento' que es comprensivo de por sí de los 'deberes accesorios' (cooperación, diligencia, exactitud, puntualidad, etc.) que en el ámbito del 'contacto social' pueden presentarse como 'deberes funcionales'. La configuración de los PECL parece deudora en este punto de la conocida teoría de la *Vertrauenshaftung* (responsabilidad por la confianza), promovida como es sabido por el alemán CANARIS, de la que se desarrolló sucesivamente la llamada *Dritte Spur*, es decir, la tripolaridad del derecho de la responsabilidad civil (cfr. C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi di traffico, doveri di protezione*, en *Rivista critica di diritto privato*, 1983, pp. 567 y ss.).

19 La posición encuentra un punto de apoyo en la doctrina italiana, sobre todo con referencia a la necesidad de valoración comparativa, que implica el juicio sobre la injusticia del daño, entre el interés lesionado y el interés perseguido por el agente, la cual está influenciada por una dimensión 'relacional', que conecta al agente con el lesionado sin postular sin embargo de manera necesaria una relación obligatoria preexistente al evento dañoso (cfr. BUSNELLI, *Le frontiere europee della responsabilità civile*, cit., pp. 83-96, esp. 88; y C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità extracontrattuale*, en *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 72 y ss.).

20 En ámbito supranacional la observación se limita a la experiencia europea, en cuanto los proyectos mencionados con antelación (cfr. *supra* nota 1) se encuentran todavía en la fase de discusión que precede a su culminación, o mejor: el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos se ha referido hasta el momento solamente a los contratos, y por tanto no ha tenido concretamente en consideración el problema de la unificación contractual-extracontractual de la responsabilidad ni el de la conceptualización de las figuras comunes; y, el Proyecto del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano ha tenido una única propuesta sobre el tema, elaborada por el profesor ORDOQUI CASTILLA, que todavía no ha tenido impacto y que por lo que se ha podido constatar, no aparece alineada con la deseable perspectiva latinoamericana en materia de incumplimiento. (La observación se circunscribe al art. 631 de la propuesta de articulado de Castilla).

21 El uso de esta expresión puntual es de SCOGNAMIGLIO, *Profili della riforma del diritto della responsabilità civile nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 159.

de nuevos intereses y nuevos bienes que se delinearán en el plano del desarrollo científico, con el fin de ofrecer su tutela adecuada y efectiva.

IV. DILIGENCIA *VERSUS* RAZONABILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO EN SENTIDO LATO

Precisamente esta última constatación, es decir, la convergencia de las diversas experiencias jurídicas hacia una reelaboración del instituto de la responsabilidad civil, lleva a afrontar la segunda de las dos cuestiones planteadas precedentemente, o sea, la individuación del parámetro actual de valoración de la responsabilidad del deudor en el cumplimiento de las obligaciones en sentido lato.

Sobre este tema se evidencia en las diferentes experiencias jurídicas europeas y latinoamericanas una tendencia común: el abandono de la remisión a la diligencia del buen padre de familia. Más aún, se podría afirmar, teniendo en cuenta una comparación circunscrita al formante legislativo, que tanto los nuevos códigos civiles como los proyectos de nuevos códigos civiles, y también los proyectos de armonización supranacional del derecho, han escrito el *requiem* de despedida al buen padre de familia; figura comportamental que por siglos ha representado en las experiencias jurídicas del sistema jurídico de derecho romano el modelo de excelencia en el cual inspirarse.

Como es sabido, en los códigos históricos la culpa del deudor en el cumplimiento de las obligaciones se mide por la diligencia; remisión que permite al operador jurídico la valoración de la comparación entre el 'comportamiento efectivamente tenido por el deudor' y 'el comportamiento que el deudor mismo habría debido llevar a cabo'. Sin embargo, si bien la diligencia constituye comúnmente el parámetro de valoración de la conducta del deudor, el llamado a la misma ha asumido históricamente matices diversos en el desarrollo de la regla fijada en los códigos civiles.

Se ha hecho referencia al hombre diligente, al hombre diligentísimo, al hombre medio, al buen hombre de negocios, o generalmente al buen hombre²². Entre las diversas alternativas elaboradas en los códigos, sobresale por su actualidad la elección del Código Civil argentino de 1869, que a diferencia de todos los otros códigos históricos propuso un modelo 'circunstancial', por la mención a una operación relacional entre la diligencia del deudor y las características fisionómicas de la obligación en particular (art. 512)²³.

22 El tema es desarrollado ampliamente en LANNI, *L'inadempimento dell'obbligazione. La colpa: la prospettiva del codice civile argentino nel sistema giuridico latinoamericano*, cit., p. 93-167.

23 El artículo 512 del Código Civil argentino dispone que "la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Se está en presencia de una previsión concebida de manera amplia, con la cual se promueve una valoración de la culpa del deudor con base en características fisionómicas de la obligación en particular, y, por tanto, no solo por consideración de

El Código de VÉLEZ ofrece al operador del derecho un 'parámetro específico', o mejor, un 'principio cardinal de los diversos sucesos de la obligación', con el cual los operadores del derecho son llamados a medir tanto la determinación de las modalidades genéricas y técnicas de una prestación debida, como la eventual no imputabilidad por caso fortuito, fuerza mayor o imprevisión²⁴.

El argentino representa un modelo rico en originalidad: una investigación realizada recientemente sobre el tema me ha permitido constatar, por medio de la comparación diacrónica y sincrónica de previsiones normativas sobre las cuales se apoya la elección del Código de VÉLEZ, no solo una innovación en el texto y en el espíritu de los códigos del sistema jurídico de derecho romano, tratándose de una nueva pieza en la construcción de las características endógenas e identificadoras del sistema jurídico latinoamericano, sino también una línea de tendencia fuertemente actual de la cual es portador el Código mismo, junto a otros que lo han imitado en uno y otro modo.

De hecho, la opción dogmática que implica el artículo 512 del Código de VÉLEZ se halla actualmente bajo diversos perfiles también fuera de los sucesos jurídicos del Nuevo Mundo. En el panorama europeo, la misma fue compartida o desarrollada por algunos códigos civiles, entre ellos el Código suizo de las Obligaciones, donde se exhorta al operador del derecho a una valoración de conformidad con la naturaleza de la prestación; o el Código Civil alemán, donde la configuración

los hábitos y capacidades del deudor específicamente considerado. Ella confiere al operador del derecho un amplio margen de libertad para adaptar lo en ella previsto al caso concreto, en el sentido de que la valoración de la culpa del deudor como omisión de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación, a pesar de no ser mencionada en comparación con un modelo de conducta ideal, tiene su base en una terna de circunstancias estrictamente inherentes a la obligación específica, las cuales vinculan en modo explícito al juez en la decisión del caso concreto, a saber: las personas, el tiempo y el lugar. Para un comentario sobre el artículo cfr. J. BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1997⁹, pp. 337 y ss.; S. CIFUENTES-F.A. SAGARNA, sub art. 512, en *Código civil. Anotado y comentado*, 1, Buenos Aires, 2003, pp. 377 y ss.; M.J. LÓPEZ MESA, sub art. 512, en *Código civil comentado. Obligaciones*, 1, F.A. TRIGO REPRESAS y R.H. COMPAGNUCCI DE CASO (eds.), Santa Fe, 2005, pp. 141-164. Para una lectura específica del artículo 512, no solo en relación con el texto de la norma, sino también en consideración de las reflexiones desarrolladas por VÉLEZ SANSFIELD en la *Nota* y de la colocación sistemática de la norma misma en el cuadro del derecho de las obligaciones del Código argentino, cfr. LANNI, *L'inadempimento dell'obbligazione. La colpa: la prospettiva del codice civile argentino nel sistema giuridico latinoamericano*, cit., pp. 17-92.

24 La interpretación del artículo 512 en el cuadro de su colocación sistemática en el Código de VÉLEZ pone en evidencia una previsión normativa que es inherente a todo el derecho de las obligaciones, aunque la individuación de la disciplina de la 'culpa del deudor' se presente como vinculada a una lectura conjunta de la previsión misma con lo previsto por el artículo 1109, referido a los 'los hechos ilícitos', con el cual sin embargo la previsión no se confunde, porque en caso contrario la contextualización de la 'diligencia' en el sentido de 'deber genérico de protección' tendría el riesgo de producir una duplicación de lo previsto en referencia a la regla del *neminem laedere*: es como decir que la negligencia en el sentido del artículo 512 representa de por sí incumplimiento cuando no corresponde a la diligencia impuesta por las circunstancias ('personas', 'tiempo', 'lugar') de la obligación.

de una culpa en concreto se trae de la mención a la 'diligencia requerida por el tráfico jurídico' (§ 276, inc. 2.º; § 241, inc. 2.º); o los códigos español (art. 1104) y portugués (art. 798), donde por lo demás fueron acogidos, casi que de manera literal, el espíritu y la letra de la remisión del Código argentino.

Entre los códigos que han entrado en vigencia recientemente, que son objeto específico de mis reflexiones en esta oportunidad, debe señalarse el rumano, para el cual la culpa debe ser entendida como *culpa in concreto*. Ello se deduce en modo particular de la lectura del artículo 1358 que establece que: a) la culpa debe ser valorada con referencia a las circunstancias, y b) la diligencia del comportamiento va de la mano del carácter de profesional del autor del daño²⁵.

Del Código Civil argentino en adelante partió una línea de tendencia de la 'culpa en concreto', que ha sido compartida tanto por el formante legislativo como por el doctrinal, ampliamente atento al subrayar cómo la diligencia del deudor sea determinada por todas las obligaciones que tienen que ver con la naturaleza y las características de la actividad deducida en la obligación en particular²⁶.

Se trata de una tendencia que se revela incluso más fácilmente en los proyectos europeos de armonización del derecho privado, donde emerge una resistencia a la previsión de la figura del buen padre de familia como modelo general de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, y se tiende a un concepto de 'culpa' y de 'diligencia' que son 'circunstanciales' con respecto a la obligación específica, incluso si son concebidas en consideración a un parámetro comportamental común, y tal vez puede decirse, aunque todavía no haya sido puesto a prueba adecuadamente por la doctrina, debido a sus aspectos no muy claros, que el comportamiento correcto y diligente del deudor corresponde, en la perspectiva del derecho civil europeo, al de una 'persona razonable'²⁷.

25 La estructura de la responsabilidad en el nuevo Código rumano se basa en una distinción entre responsabilidad por el hecho propio (*răspunderea pentru fapta proprie*, secc. 3 a, arts. 1369-1383), y responsabilidad independiente de este (*răspunderea pentru fapta altuia*, secc. 4 a, arts. 1384-1386). La primera, en la que se ubica precisamente la previsión del artículo 1358, es aquella que propiamente acoge las normas comunes sobre las características y límites de la responsabilidad civil, y que por tanto tiene alcance general.

26 La ausencia de una relevancia actual de la referencia a la diligencia del buen padre de familia para la valoración de la culpa del deudor es puesta en evidencia por G. VINEY. *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (ed.), Paris, 1982, pp. 560 y ss.; A. DI MAJO, *sub art. 1176*, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, F. GALGANO (ed.), Bologna-Roma, 1988, p. 430; G. VISINTINI, s.v. *Inadempimento*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, p. 4; L. BIGLIAZZI GERI, F. BUSNELLI, U. BRECCIA y U. NATOLI. *Diritto civile*, III, Torino, 1989, p. 92; E. CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 216.

27 La mención a la 'persona razonable', y más ampliamente a la 'razonabilidad', es muy significativa en los proyectos de recodificación del derecho civil, y en modo particular en los de armonización del derecho privado europeo. Piénsese por ejemplo en el artículo 4:102(1) PETL, donde se considera que una persona causa un daño negligentemente si su conducta no corresponde con la de una 'persona razonable'; o también en el artículo 1:302 PECL, en el que se considera como 'razonable' a la parte que actúa de buena fe y según las

Viceversa, en el derecho civil latinoamericano, aunque emerja un refuerzo significativo de la diligencia y de los principios fundantes de la responsabilidad, no aparece la 'razonabilidad', o por lo menos no aparece con aquella imponentia que la caracteriza actualmente en el contexto del derecho civil italiano y ya antes en el contexto del derecho privado europeo, donde la razonabilidad es un término acogido con vivacidad en la doctrina y en sus elaboraciones científicas, a tal punto que ella disputa el campo a la diligencia en la disciplina de las relaciones obligatorias²⁸.

Los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos exaltan la *reasonableness*, al punto que el incumplimiento, es decir, el *non performance*, coexiste con la exoneración de responsabilidad, cuando a dicha valoración pueda llegarse con base en un canon de 'razonabilidad' y de 'eficiencia' en la distribución de riesgos. La referencia es al artículo I-1:04 DCFR, que como se sabe parte del artículo 1:302 PECL, si bien con algunas diferencias, entre las cuales merecen una mención por lo menos la extensión de la razonabilidad de parámetro de valoración

circunstancias exigidas a una 'persona razonable'. De hecho, en los proyectos antedichos se ha abierto camino la idea de que tales menciones puedan constituir un punto de encuentro útil entre diversos ordenamientos jurídicos del área, donde el concepto es acogido a nivel normativo (en los países del *common law*) y usado difusamente a nivel doctrinal (en los países del *civil law*). Es como decir, no solo que la referencia al concepto serviría como posible instrumento de armonización, y permitiría reorganizar el aparato conceptual del derecho europeo en términos de menor dogmatismo, sino también que el recurso al criterio de la 'razonabilidad', como noción indeterminada y de contenido variable, podría dejar mayor espacio a las tradiciones jurídicas nacionales europeas, en el respeto del principio de subsidiariedad. La cuestión asume actualmente una cierta relevancia, por lo menos porque la referencia se presenta en sí sibilina, en cuanto cambia de manera subrepticia la apariencia de lo que de hecho sigue siendo una referencia a un modelo tendencialmente abstracto de conducta, o mejor a un modelo de conducta cuya individuación se deja a la interpretación de los operadores del derecho, tal como sucedía con la remisión a la diligencia del buen padre de familia, pero sin un sustrato interpretativo de la tradición jurídica del concepto.

- 28 La bibliografía italiana ofrece múltiples contribuciones sobre el tema (entre los trabajos recientes sobre diversos perfiles que se relacionan con la 'relevancia normativa' de la razonabilidad cfr. S. TROIANO. *Clausole generali e nozioni giuridiche indeterminate nei Principi del diritto comunitario dei contratti*, en AA.VV., *I "Principi" del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, G. DE CRISTOFARO (ed.), Torino, 2009, pp. 200 y ss.; E. GIORGINI. *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010). Sobre el punto parece oportuno señalar cómo, si bien la doctrina sobre la materia no teme la desaparición del *standard of care* (y por tanto de la diligencia: así U. BRECCIA. *Usi e abusi dei significati della "diligenza nell'adempimento". La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, en AA.VV., *Trattato della responsabilità contrattuale. I. Inadempimento e rimedi*, G. VISINTINI (ed.), Padova, 2009, p. 155), ello no quita que los trabajos con valor supranacional actualmente en curso, así como las elaboraciones científicas desarrolladas a partir de ellos, entren en el estudio de los juristas contemporáneos, prescindiendo de la incidencia, inmediata y directa, que los trabajos y las elaboraciones mismas puedan tener sobre reglas vigentes, en el contexto de las experiencias jurídicas nacionales en particular (en consideración de lo expuesto por A. GAMBARO, *"Iura et leges" nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, en *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 1000 y ss., sobre el rol clave del jurista y la doctrina en el desarrollo de los modelos culturales).

de tipo 'contractual' a parámetro de valoración de tipo 'general', y el venir menos de la relación entre razonabilidad y la buena fe (subjetiva y objetiva)²⁹.

V. TERMINOLOGÍA JURÍDICA Y COHERENCIA SISTEMÁTICA

La migración de una configuración normativa de la razonabilidad a las experiencias civilistas latinoamericanas –donde la remisión al criterio mismo es en sí limitada y claramente identificable³⁰– podría tener un reflejo poco discutible, en cuanto llevaría a una disminución del nivel de diligencia *ex ante*, en el sentido de que emergería un nuevo concepto de diligencia, desarraigado de su matriz histórica, o sea, aquella del buen padre de familia, *rectius* del 'hombre diligentísimo' y no del 'hombre diligente' o del 'hombre medio'.

El modelo de comportamiento del hombre extraordinariamente sensato, prudente, cauteloso, o en otras palabras de aquel que "... *quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet*"³¹, vendría a sobreponerse a un modelo de comportamiento propio de la mayoría de los hombres, en la probabilidad de que "... *lata culpa est nimia negligentia, id est, non intellegere, quod omnes intellegunt...*"³². Ello es como decir que vendría a menos la *diligentia diligentis*, es decir, aquella diligencia que *ex fide bona* se puede exigir del *bonus pater familias*, o en otras palabras, la diligencia que impone un

29 Para un análisis específico del argumento cfr. *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, V. VON BAR, E. CLIVE y H. SCULTE-NÖLKE (eds.), München, 2009, pp. 90 y ss., además, para interesantes aspectos histórico-comparativos cfr. *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, 1, A. PETRUCCI y G. LUCHETTI (eds.), Bologna, 2010, pp. 55-62.

30 La 'razonabilidad' se asoma en los nuevos códigos civiles de Perú (arts. 195, 252, 1987, 2104) y de Brasil (arts. 562, 1530, 1807), pero también en los códigos civiles históricos, y en modo particular en el chileno (arts. 779, 1276, 1935, 1977, 2125, etc.), donde sin embargo no asume el rango de 'principio', sino acaso de 'canon' de interpretación (en relación al 'tiempo razonable' o al 'término razonable' del cumplimiento, o a la cuantificación de la 'indemnización razonable' y de la 'compensación razonable', o también a la individuación del 'motivo razonable').

31 La fuente principal se encuentra en D. 13.7.14, aunque los casos presentes en el Digesto sean diversos, como emerge de C.A. CANNATA (*Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 45, nota 104), que brinda al respecto varios ejemplos, diferenciando el modelo de diligencia exigido en las prestaciones técnicas de aquel exigido en las no técnicas (p. 24), o sea, la diligencia del buen padre de familia, es decir, el modelo general de diligencia.

32 La referencia es a D. 50.16.213.2, pero también a D. 16.3.32 y a D. 50.16.223 pr. Se trata de una interpretación que ha tenido una cierta relevancia en la doctrina moderna del derecho civil (a partir de C. FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, en *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche*, xxxii, Napoli, 1901 [reimpreso en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 14, 1968, p. 84]), aunque a menudo con algunas especificaciones circunstanciales, que por ejemplo tienen en cuenta "un grau de diligència considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social" (C.R. GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, São Paulo, 1995, p. 10).

esfuerzo significativo y absoluto, más allá del cual no sea posible *providere divinare* o sea *repellere maiorem impetus*³³.

Vendría a la luz entonces un concepto de diligencia plasmado sobre un carácter de conducta media³⁴, en sí afín a la medianía de la conducta exigida en la experiencia inglesa —ya puesta en evidencia adecuadamente con referencia al artículo 85 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías³⁵—, que a su vez llevaría a una homologación de la diligencia y por tanto también de la culpa, con una inevitable pérdida de aquella especificidad del lenguaje jurídico que ha permitido hasta ahora a los cultores del derecho comparar en las diversas experiencias del sistema jurídico de derecho romano.

En otras palabras, la referencia a la 'persona razonable' más que a la 'persona diligente' podría tener como consecuencia la homologación de las diversas formas de diligencia, de las que parte en casos específicos la imputación de la responsabilidad por culpa levísima, culpa leve y culpa grave, y así la homologación de las diversas formas de diligencia que emergen claramente de las fuentes romanas³⁶.

Como consecuencia directa se generaría entonces la indeterminación y la equívocidad de los términos jurídicos y de los conceptos a ellos relativos, porque, especialmente en un problema que hunde sus raíces en el pasado, las palabras usadas por el legislador pueden resultar equívocas si no son iluminadas por la luz de la tradición³⁷. En otras palabras, sucedería no solo la pérdida de la colaboración lingüística que liga al legislador y al jurista docto, sino la superposición de dos

33 La cita puntual del Digesto (D. 9.2.31) es de U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, en *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 89, nota 115.

34 Se trata de un carácter que no pocas veces la doctrina de derecho civil más autorizada ha tratado de impugnar: cfr., por ejemplo, M. GIORGIANNI, *Buon padre di famiglia*, en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, pp. 194-195, según el cual la referencia al "*bonus*" prescinde de la idea de la 'media' y de la 'normalidad', y está orientada, en cambio, hacia un valor 'absoluto'.

35 La 'conducta media' requerida en la experiencia inglesa ha sido puesta en evidencia adecuadamente por C. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 85*, en *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario C.M. Bianca (ed.), Padova, 1992, p. 329, donde sostiene: "el estándar del *reasonable man* implica la referencia a un comportamiento medio, ordinario, habitual, proporcionado: es decir, el comportamiento de una persona dotada de un buen sentido y equilibrio, que uniforme su acción a los dictámenes del raciocinio y a los parámetros sobre los que se funda una determinada colectividad, como la *fairness*, la *no-arbitrariness*, la *sociableness*. En otras palabras, expresa una medida media de conducta social correcta".

36 Los reflejos de la referencia a la 'persona razonable' o a la 'persona diligente' deben ser ponderados en el cuadro del sistema jurídico de referencia (sobre el punto cfr. S. LANNI, *L'inadempimento dell'obbligazione. La colpa: la prospettiva del codice civile argentino nel sistema giuridico latinoamericano*, cit., pp. 174 y 211), para evitar los efectos de distorsión que puedan tener las diversas relaciones que se presentan entre lengua y derecho (sobre el tema cfr. R. SACCO, *Lingua e diritto*, en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2000, pp. 117-134; ÍD. *Traduzione giuridica*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, Aggiornamento, Torino, 2000, pp. 722 y ss.) y por tanto para evitar que la indeterminación semántica comprometa también la determinación jurídica.

37 La observación es de M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 244.

'figuras' (el hombre diligente y el hombre razonable), y con ellas de dos 'reglas' (la diligencia y la razonabilidad).

Por lo tanto, en sede de recodificación del derecho civil y de armonización del derecho latinoamericano, es deseable que la ciencia jurídica proceda a una lectura crítica y sistemática del parámetro ofrecido por la razonabilidad de matriz europea, no solo con el fin de individuar claramente los principios que estén en grado de anclar el derecho a la justicia, sino también con miras a evitar la superposición y/o confusión entre las que figuran como dos diversas medidas del derecho, una inherente al cómo (la diligencia) y otra inherente al cuánto (la razonabilidad).

En otras palabras en América Latina parece necesario monitorear la posible migración del parámetro europeo ofrecido por la 'conducta de la persona razonable', además de su sustitución paralela al parámetro de la 'diligencia del buen padre de familia', con el fin de no perder la especificidad de algunos instrumentos ya en uso en las diversas experiencias jurídicas latinoamericanas, como los de la diligencia, la equidad y la buena fe³⁸.

En conclusión, el estudio de la disciplina del instituto de la responsabilidad civil en los nuevos códigos y en los proyectos de armonización supranacional del derecho ofrece al jurista múltiples elementos de reflexión. En modo particular: por un lado, propone un posible modelo de reelaboración orgánica del instituto mismo, que está inevitablemente orientado por el doble lente de la recodificación y de la armonización supranacional del derecho privado; por otro, tal estudio estimula una relectura crítica de los contenidos actuales de la responsabilidad civil y por tanto de las problemáticas –como la responsabilidad por daños al consumidor o la responsabilidad por riesgo de empresa–, cuya colocación al interior de los códigos civiles no goza todavía de una perspectiva uniforme.

38 Para una profundización sobre el particular cfr. CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 64, quien, refiriéndose a la buena fe y a la diligencia como límites, subraya la imposibilidad para el legislador de dar una definición a priori del contenido exacto de la obligación, que se presenta de por sí identificable también mediante las circunstancias concretas y los intereses de la relación obligatoria en particular.