

LA AMENAZA A UN DERECHO COMPORTA UN DAÑO¹

A THREAT TO A RIGHT ENTAILS HARM

Fernanda Ivo Pires²

Resumem: La amenaza a un derecho comporta un daño en el análisis del daño como presupuesto de la responsabilidad civil debe haber una ponderación acerca del alcance del mismo, particularmente con el objetivo de verificarse si la amenaza a un derecho comporta un daño pasible de responsabilidad. Obviamente que, en esta perspectiva, tiene que indagarse no solamente los matices que involucran la definición de daño, sino también los fundamentos y la función social de la responsabilidad civil.

Palabras Clave: Derecho; Responsabilidad Civil; Análisis Del Daño

Abstract: The threat to a right entails harm. In the analysis of harm as a prerequisite for civil liability, there must be a consideration of its extent, particularly to verify whether the threat to a right entails harm that gives rise to liability. Obviously, from this perspective, it is necessary to investigate not only the nuances involved in the definition of harm, but also the foundations and social function of civil liability.

Keywords: Law; Civil Liability; Harm Analysis

Sumario: 1. Responsabilidad civil. 1.1 Presupuestos. 1.2 Crítica a la redacción del artículo 186 del Código Civil. 2.3 Consecuencias. 2. ¿La amenaza a un derecho comprende un daño? 2.1 Definición y alcance de daño. 2.2 Diferencia entre daño y perjuicio. 2.3 El principio *neminem laedere* y la función social de la responsabilidad civil. 3. Consideraciones finales. Referencias

1. RESPONSABILIDAD CIVIL

Etimológicamente, la palabra responsabilidad tiene origen, en su raíz, a la expresión latina *sponsio*, de la figura *stipulatio*, en que el deudor solemnemente confirmaba tener con el acreedor, en los contratos verbales de Derecho Romano, una obligación, que era, entonces, garantía por una caución o *sponsor*.³

¹ Texto originalmente publicado na Reflexiones sobre la responsabilidad en el Siglo XXI / Autores, Cristina Amato... [et al.]; directores, Billy Escobar Pérez y Mónica Lucía Fernández; editor Eduardo Norman Acevedo. -- Bogotá D.C.: Editorial Politécnico Grancolombiano, 2014. <https://www.poli.edu.co/sites/default/files/documentos/reflexiones-responsabilidad-sxxi.pdf>

² Doutora e mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professora universitária. Associada fundadora do IBERC. Advogada. Presidente da Comissão Especial de Responsabilidade Civil da OAB/BA. fipires@uol.com.br

³ Villey, 2005, p. 136; Lalóu, 1949, p. 1; Lotufo, 2002; Donnini, 2009, p. 450; Días, 1954, p. 6

La definición y la comprensión de la responsabilidad, no obstante, pasan por numerosas transformaciones a lo largo de los tiempos.

Imagina salir de un contexto en que la deuda estaba unida a la persona del deudor, como un enlace indisoluble⁴, y adentrar en el universo actual, donde tiene que considerarse, por ejemplo, que la responsabilidad ocurre no solo como consecuencia del incumplimiento de una obligación, sino también en decurso de una determinada situación jurídica, en que, buscando la solidaridad de los prejuicios sociales, alguien responde por el acto de otro.

Michel Villey⁵ no esconde la preferencia por el sentido etimológico de la palabra, pero resalta que, actualmente, en una concepción jurídica, son responsables “todos aquellos que pueden ser convocados ante un tribunal, porque pesa sobre ellos una determinada obligación, proceda o no la deuda de un acto de su voluntad libre”.

Álvaro Villaça de Azevedo⁶ entiende que la responsabilidad es el “deber de indemnizar el daño”, lo que encuentra garantía en el patrimonio del deudor⁷. De otro lado, expone Hans Kelsen⁸ que la responsabilidad no es un deber “sino la relación del individuo contra el cual el acto coercitivo es dirigido con el delito por él o por otro cometido”.

La responsabilidad civil, de esa manera, es el tratamiento que recibe el hecho lesivo, no importando si es proveniente de un acto en que concurrió el factor culpa, si la misma es presuntiva, o hasta incluso, ignorada.

Con el fin de no hacer exhaustivo el tratamiento del tema, se transcribe la apreciación de Jorge Bustamante Alsina⁹, el cual trata de la responsabilidad civil en la actualidad, en su aspecto de la finalidad:

[...] Responsabilidad como categoría del pensamiento ético concierne el deber de responder; esto es, el deber de dar cada uno cuenta de sus actos. En el ámbito del derecho, la responsabilidad civil significa la instrumentación de un sistema jurídico que permita la determinación de un responsable, o sea, de quien tiene el deber de dar respuesta al reclamo de la víctima inocente de un daño injusto, sea este causado por culpa de aquel o por cualquier otro factor de atribución objetiva del daño que con fundamento en la equidad, la seguridad, la solidaridad y la justicia le imponga el deber de reparar.

1.1 Presupuestos

⁴ Larenz, 1958, p. 34.

⁵ 2005, p. 141.

⁶ 2002, p. 273.

⁷ Larenz, pp. 36-37.

⁸ 1998, p. 138.

⁹ 1997, pp. 101-102.

Los presupuestos para la responsabilidad civil son expuestos de las más variadas formas, revisadas las diferentes legislaciones y modificaciones tempo / espacial producidas en este campo. Sobre todo cuando son observadas las exigencias que se hacen para las responsabilidades civiles subjetiva y objetiva.

Como primer requisito, se tiene el hecho lesivo, puesto que es el género del cual el acto ilícito y demás tipos de hechos lesivos sean especies.

Cabe aclarar que no es el objetivo apartar la idea de acto ilícito. Por el contrario, tal acto como conducta comisiva u omisiva, contrario al derecho, asociado a la noción de dolo o culpa, continúa caracterizando un presupuesto de responsabilidad, apenas en la modalidad subjetiva.

Al considerar la responsabilidad objetiva, no hay que indagarse por la culpa ni tampoco por quién practicó el acto, lo que consecuentemente la aparta de la comprensión de acto ilícito. En este caso, será responsable quien objetivamente “se encuentra en la posición más adecuada a conducir el análisis costo-beneficio”, asumiendo, inclusive, la posibilidad de evitar el daño.¹⁰

De ahí la explicación por la adopción de la locución hecho lesivo en detrimento de acto ilícito como presupuesto general de la responsabilidad civil. O sea, se busca con este apunte atender a los dos sistemas de responsabilidad civil que coexisten actualmente en el ordenamiento jurídico brasileño.

Culpa

Aunque la culpa sea un presupuesto afecto apenas a la responsabilidad subjetiva, se discurrirá sobre la misma en razón de la proximidad que posee con la problemática que involucra el tema de la amenaza a derecho como daño.

Para Orlando Gomes¹¹, la culpa es el “término general con que se designa el elemento subjetivo de la injuria en Derecho Civil”. Siendo que, en sentido amplio, comprende el dolo. También se puede decir, como Erik Frederico Gramstrup¹², que la culpa en sentido amplio es el estado psicológico que incluye tanto la situación en que el sujeto se aparta del deber general de cautela, como la circunstancia en que el mismo consciente y voluntariamente se dirige al resultado antijurídico (dolo).

Ya la culpa en sentido estricto puede ser compuesta de: 1) voluntariedad del comportamiento del agente; 2) previsibilidad; 3) violación de un deber de cuidado. Pudiendo presentarse de tres formas: 1) negligencia (falta de observancia de deber de cuidado); 2) imprudencia (el sujeto actúa contra las reglas básicas de cautela); 3) impericia (falta de habilidad específica para la realización de una actividad técnica o científica).¹³

¹⁰ Castronuevo, 1997, p. 65.

¹¹ 2007, p. 439.

¹² 2006, p.28.

¹³ Gagliano & Pamplona Filho, 2008, pp. 126-129.

Históricamente la doctrina diferencia el “delito” del “cuasidelito”, se da este, cuando el agente obra por culpa (negligencia, imprudencia o impericia), y en aquel, cuando obra intencionalmente para violar un deber jurídico, apropiándose al dolo.¹⁴ En aquel caso, la culpa todavía puede ser fraccionada en grados: grave, leve y levísima.

Caio Mario da Silva Pereira¹⁵ afirma que por la culpa grave, aun que no sea intencional, su autor “se comportó como si él hubiere querido”, el que inspiró el adagio “culpa lata dolo aequiparatur”. Ya la culpa leve es la falta de diligencia media que el hombre normal tendría, y la culpa levísima es la “falta cometida en razón de una conducta que escaparía al patrón medio, pero que un diligentísimo pater familias, especialmente cuidadoso, guardaría”.

Un hecho bastante curioso, recuerda Michel Villey¹⁶, es el hecho de que la graduación de culpa, al ser actualmente considerada, apenas se aplica en la esfera extranegocial, cuando en la verdad, se originó de la responsabilidad contractual:

Pero, fue especialmente en materia de responsabilidad actualmente nombrada contractual que surgió, en el Derecho romano, la clasificación de las culpas, y claramente en una especie particular de contratos donde el deudor estaba vinculado a cumplir su obligación de buena fe: “prestare fiden”. Aquí tenemos un vínculo establecido con la moral; la ciencia jurídica romana se dirige a valorar las obligaciones que la bona fides implica; y, sacando nuevo provecho de la Ética y de la Retórica de Aristóteles, a distinguir entre los varios grados de inobservancia a la buena fe prometida – culpa grave o más leve – o de simple negligencia – en vista de que el deudor debería responder. Donde la buena fe hubiere sido prometida, el derecho consideraría las intenciones subjetivas del deudor.

Carlo Castronuevo¹⁷ resalta que, aunque haya una tendencia moderna a no considerar la culpa, esta no puede ser descartada visto que ella es necesaria para que se fije la imputación, bajo pena de no asegurarse la responsabilidad. Además, la responsabilidad civil basada en la culpa es más armónica con los casos en que no tiene ese desequilibrio entre las partes.

Es verdad que un sistema basado apenas en la culpa tiene como uno de los efectos colaterales transmitir a las personas la idea de que ellas apenas se deben preocupar cuando incurren en culpa, lo que es reprobable moralmente.¹⁸

El posicionamiento más razonable, por lo tanto, es aquel en que se puede armonizar la responsabilidad civil basada en la culpa inclusive con la posibilidad de presumirla o ignorarla en algunos casos, con la responsabilidad civil objetiva.

¹⁴ Josserand, 1933, pp. 210-211.

¹⁵ 1991, p. 79.

¹⁶ p. 140.

¹⁷ pp. 64-65.

¹⁸ Villey, p. 145.

Daño

Considerando la particularidad del tema propuesto, el presupuesto daño será tratado pormenorizadamente en el próximo tópico.

Nexo De causalidad

Normalmente al ingresar en el tema del nexo causal, no hay una preocupación en definir la causa, se pasa inmediatamente al examen del contingente de la misma. En sentido inverso, Erik Frederico Gramstrup¹⁹, al investigar el origen de la palabra causa, descubre que, sorprendentemente, la misma tiene origen griego y era empleada con sentido jurídico, significando “acusación” o “imputación”, lo que tendría dado origen al verbo latino caveo, “me prevengo” o “me defiendo”.

Importa desde ya resaltar que el nexo causal no puede ser confundido con la culpa, pues no hay investigación si el sujeto obró con culpa o si asumió el riesgo para causar la lesión.²⁰

La definición del nexo de causalidad, no obstante, no es tarea fácil. Por un lado, hay quien defiende ser un concepto decurrente de las leyes naturales, ya que sería la asociación entre causa y efecto, o sea, entre la conducta y el daño.²¹

Pontes de Miranda²² afirma que el “nexo causal tiene que ser verificado entre el hecho y el daño, y no siempre entre el deudor y el daño, porque el acto ilícito no es la única fuente de los deberes de indemnizar”²³.

Según Karl Engisch²⁴ todas las veces que se persiste en el paralelo entre la causalidad jurídica y la causalidad natural se levantan tan para el jurista dificultades prácticas difíciles de ser solucionadas. Así, entre la hipótesis legal y la consecuencia jurídica existe una causalidad que no es basada en la naturaleza, sino en la voluntad de la ley; pues, “el Derecho puede coligar a cualesquiera hechos cualesquier consecuencias jurídicas”.

Ricardo Luiz Lorenzetti²⁵ resalta que la pregunta no se sitúa mucho más en si “causó o no el daño”, sino en si “es justo o no que el sujeto responda”.

La dificultad de comprensión del nexo causal, así, se origina de un posible efecto cascada, o sea, un hecho desencadenó otro, que a su vez desencadenó otro, y así sucesivamente hasta la ocurrencia del daño. Entonces, ¿cual nexo deberá prevalecer? O

¹⁹ p.107.

²⁰ Annoni citado en Carvalho, 2009, pp. 70-71.

²¹ Cavalieri Filho, 2008, p. 46.

²² 1958, p. 184.

²³ Loureiro, citado en Lotufo, p. 729.

²⁴ 2004, pp. 59-60 y 65.

²⁵ 2003, pp. 62-63.

también, un hecho ocasionó un daño, que a su vez desencadenó otro daño, y así sucesivamente. De esa forma, ¿hasta dónde existe el deber de indemnizar?

Diversas teorías fueron creadas en la tentativa de solucionar los problemas. Luiz da Cunha Gonçalves²⁶ así las ejemplifica: teoría de la culpa inicial; teoría de la última condición; teoría de la causa eficiente; teoría de la equivalencia de las condiciones; teoría de la causalidad adecuada. Siendo que las dos últimas poseen papel de mayor relevancia.

La teoría de la equivalencia de las condiciones (*condictio sine qua non*) entiende como causa todos los factores que hayan concurrido para la producción del efecto dañoso. Así, faltando cualquiera de ellos, el evento no ocurriría.²⁷ Como consecuencia, trae una simplicidad que favorece a la víctima, sin embargo tiene el riesgo de “eternizar la cadena de causalidad”, o de crear una “infinita espiral de concausas”²⁸.

En la causalidad adecuada, no se busca precisar verdaderamente, si un hecho produjo determinado daño, pero sí posee grado elevado de probabilidad. O sea, si la causa en abstracto y aisladamente tuviere la facultad de tener el daño como consecuencia natural, será considerada como nexo causal.

Sumadas a las arriba citadas corrientes, se encuentra la explicación de Agostinho Alvim²⁹ para el nexos causal. Se trata de la teoría del daño directo e inmediato (también llamada de interrupción del nexos causal), la cual estaría presente en los códigos de 1916 y 2002. Esta teoría, según el autor, dio origen a diversas escuelas doctrinarias, pero la que mejor la explica es la que se reporta a la necesidad de la causa. Así,

Supuesto cierto daño, se considera causa de él la que le es próxima o remota, pero, con relación a esta última, es menester que ella se asocie al daño, directamente.

Ella es la causa necesaria de ese daño, porque a él se origina necesariamente; es causa única, porque opera por sí, dispensadas otras causas.

Así, es indemnizable todo el daño que se origina a una causa, aunque remota, desde que le sea causa necesaria, por no existir otra que explique el mismo daño.

En caso de que, por ejemplo, concurren dos o más causas de forma simultánea para la verificación del perjuicio, habrá la responsabilidad solidaria de todos los agentes.³⁰

²⁶ 1951, p. 576.

²⁷ Alvim, 1972, p. 345.

²⁸ Loureiro, p.729.

²⁹ p. 356.

³⁰ Art. 942, caput: “Los bienes del responsable por la ofensa o violación del derecho de otro quedan sujetos a la reparación del daño causado; y, si la ofensa tuviere más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación”..

En tratándose de culpa concurrente, prevista en el artículo 945³¹ del Código Civil, este hecho no sirve para quebrar el nexo de causalidad, pero apenas resulta en la posibilidad de reducción de la indemnización.

De esta forma, en el entendimiento de Agostinho Alvim, la teoría del daño necesario es la explicación que mejor se encaja al actual Código Civil. Aun que, resalta el autor que esta forma atribuída al nexo causal (entiéndase re lativamente tanto a la cadena de hechos como a la cadena de daños) “debe ser bastante elástica para adecuar los casos en que se recomienda la equidad”.

Según Gustavo Tepedino³², este entendimiento llamado de nexo causal dentro de la teoría de la causalidad directa o inmediata –también conocida como teoría de la interrupción del nexo causal–, es la que prima en el Supremo Tribunal Federal. Además, en la jurisprudencia brasileña,

[...] delante de una pluralidad de causas, la investigación del magis trado realiza-se mediante tres indagaciones: (1.º) Se cuida de causas sucesivas (una directa y las demás indirectas, que le dieron causa) o simultáneas (todas directas y concurrentes)? Si todas las causas son directas, evidenciándose, pues, el vínculo de necesidad de todas ellas en relación al daño, procediéndose en seguida a la valoración de la preponderancia, de modo a excluir algunas de ellas, o a la distribución del deber de indemnizar entre sus responsables, cuando no es posible establecer la preponderancia.

En tratándose, al revés, de causas sucesivas, se pregunta: (2.º) ¿Hay necesidad entre el conjunto de causas y el evento dañoso? si la respuesta fuere negativa, se excluye el deber de indemnizar. Si fuere positiva, se pasa a la tercera indagación: (3.º), relativamente a la preponderancia o equivalencia de una o de algunas causas indirectas. En tratándose de la pluralidad de causas necesarias (concurrentes o sucesivas), la solución se traslada para el criterio de la preponderancia de las causas o, considerándolas equivalentes, para la distribución del deber de reparar.

Erik Frederico Gramstrup³³ resalta que la responsabilidad civil y la responsabilidad penal también se aproximan en cuanto a la solución ecléctica que involucra el nexo de causalidad. Pues, como es bien recordado, el Código Penal, en su artículo 13 adopta la teoría de la equivalencia de condiciones, que, sin embargo, es fortalecida, en el § 1.º, por la teoría de la causalidad adecuada.³⁴ Siendo que “la indagación de lo que sea causa obedece a consideraciones de valor y equidad que se imponen en inevitable casuística”.

³¹ Art. 945. “Si la víctima tuviere concurrido culposamente para el evento dañoso, su indemnización será fijada teniendo en cuenta la gravedad de su culpa en comparación con la del autor del daño”.

³² p. 4.

³³ pp. 116 y 120-121.

³⁴ “Art. 13. El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable a quien le dio causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no tendría ocurrido. §1.º La superveniencia de causa relativamente independiente excluye la imputación cuando, por sí solo, produjo el resultado, los hechos anteriores, entretanto, se imputan a quien los practicó”.

Imputación

Antes de adentrar el estudio de la imputación, último presupuesto de la responsabilidad civil, conviene esclarecer que la misma no se confunde con la imputabilidad.

La palabra imputabilidad, cuando así fuere empleada, trae como su significado las condiciones personales (consciencia y voluntad) de aquel que practicó el acto lesivo. Para que ocurra es necesario que haya capacidad de entendimiento y de autodeterminación del agente.³⁵ Siendo que, la imputabilidad no sirve para definir la culpa como uno de sus elementos, pues se trata apenas de una de sus consecuencias.³⁶

Por otro lado, la imputación, afirma Francisco Eduardo Loureiro³⁷, es la “atribución del daño injusto a la determinada persona, aproximándose a la causalidad jurídica”.

Retornando a la idea inicial de que causa, en su origen etimológico, significa imputación, también se hace necesario el esclarecimiento de esta palabra, la cual según Pontes de Miranda³⁸ se tiene:

La noción de imputación tiene aquí lugar propio para ser precisada y esclarecida. Imputar, imputare, es oriundo de puto, putare, que es cortar; imputar es cortar de modo que quede algo dentro, es marcar. Quien amputa retira lo que corta. Quien reputa recuerda el corte. Todo pasa objetivamente. Por eso, se puede imputar al deudor, o al acreedor, la responsabilidad o carga de los riesgos. No importa quien lo causó, ni la imputación depende de dolo o culpa. [...] Imputar no es inculpar.

Modernamente la obligación es entendida como un proceso, o sea, un complejo de hechos direccionados a un fin. Así, la responsabilidad civil, como fuente de obligación, también debe ser situada como proceso. Por lo tanto, se tiene que la responsabilidad civil es imputación del deber de reparar el daño causado, aunque el nexo de causalidad haya ocurrido en virtud de la equidad. De esta manera, no habría de hablarse de responsabilidad civil si no hubiere una sanción para la conducta indebida.

La imputación viene exactamente en este sentido de cerrar el ciclo de la responsabilidad civil, o sea, atribuir a alguien el deber de cumplir la sanción que está establecida en leyes.

Nuevamente se habla de un lazo y de un corte en las contingencias, pero este nexo no debe ser confundido con la causal.

³⁵ Diniz, 2010, p. 47.

³⁶ Mazeaud, 1938, pp. 461- 462.

³⁷ p. 722.

³⁸ p. 70.

al como ya se ha evidenciado, el nexo causal relaciona el hecho lesivo al daño en concreto, al paso que la imputación promueve el lazo entre aquel que recibe la configuración de deudor y el deber de cumplir una sanción establecida.

Kelsen³⁹ también observa que la imputación no es la asociación de una determinada conducta con la persona que así se conduce. En este caso, no sería necesaria una norma jurídica para decirlo, pues “la conducta de manera alguna se deja separar del hombre que la realiza”. Y más:

Cuando, en la hipótesis de que un hombre practique un acto meritorio, un pecado o un crimen, se pone la cuestión de la imputación, esta no es la cuestión de saber quién practicó el acto meritorio, el pecado o el crimen. Esta es una cuestión de hecho. La cuestión moral o jurídica de la imputación se pone así: quién es responsable por la conducta en aprecio? Y esa cuestión significa: ¿quién debe por ella ser premiado, hacer penitencia o ser castigado? Son la recompensa, la penitencia y la pena que son imputadas, como consecuencias específicas, a un específico supuesto. Y el supuesto es la conducta que representa el mérito, el pecado o el crimen. La imputación de la recompensa al mérito, de la penitencia al pecado, de la pena al crimen incluye en sí la imputación a la persona –única imputación que es puesta en evidencia en el uso corriente del lenguaje.

En fin, de las lecciones de Machado Neto⁴⁰ se desprende que la causalidad se sitúa en la lógica del ser, “que es categoría específica del mundo natural (si es A, es B), mientras que la imputación es una categoría peculiar de la normatividad, la cual trata de un enlace normativo entre supuesto normativo y su consecuencia (dado A debe ser B)”.

1.2 Crítica a la redacción del artículo 186 del Código Civil

El término ilícito⁴¹ es proveniente del latín (illicitus = il + licitus), lo que trae la idea de aquello que es contrario a la ley. También corresponde a las expresiones torto en italiano, y entuerto en español. Lo que deja clara la idea de que no es cierto, que aquello que contiene una distorsión y no necesariamente lo que produce un daño.⁴²

Orlando Gomes⁴³ observa que la conducta ilícita y el acto ilícito no se confunden, lo que, consecuentemente, demuestra que el acto ilícito no es sinónimo de antijurídico. Y más, “[a la] acción humana contraria al Derecho se denomina, lato sensu, acto ilícito, pero toda conducta ilícita del individuo no configura necesariamente acto ilícito”.

³⁹ pp. 91 y 102-103.

⁴⁰ 1988, p.137.

⁴¹ “[...] proveniente del latín (illicitus = il + licitus) tiene dos sentidos: a) en sentido estricto, significa lo que es prohibido por ley; b) en sentido amplio, quiere decir lo que es vedado moralmente, por las buenas costumbres y por los principios generales de derecho”.

⁴² Meira, 2010, p. 2.

⁴³ citado en Perlingieri, 1999, p. 62.

La explicación para este pensamiento es que el acto ilícito en sentido estricto sería una infracción directa e inmediata de un precepto jurídico, sumado a la consciencia por el sujeto de que estaba procediendo ilícitamente. Incluso, según Orlando Gomes⁴⁴, si no existieren estos dos factores, el “acto que practica no es, en este caso, acto ilícito, a pesar de ser antijurídico”. Así, relativamente a la redacción del Código, se encuentran las pertinentes críticas de José Carlos Moreira Alves⁴⁵; José de Aguiar Dias⁴⁶ y, João de Matos Antunes Varela⁴⁷ en cuanto a la opción de incluir el daño en la configuración del ilícito, presente en la redacción del artículo 186. Pues, en la verificación de la ilicitud no hay la necesidad de verificación del efecto que la misma produce (Gallo, 1996, p. 8).

1.3 Consecuencias

Ya que la imputación consiste en promover la relación entre el deudor y la atribución de la sanción impuesta en virtud del acto indebido, es válido, en primer plano, esclarecer cuáles son las posibles sanciones jurídicas para, solo entonces, pasar a las modalidades que se presentan en la responsabilidad civil.

Según María Helena Diniz⁴⁸, la sanción está siempre asociada a la posible violación de una norma. La norma moral puede tener una sanción individual e interna (arrepentimiento, vergüenza). La norma de trato social puede comportar sanción externa (desconsideración social). En cuanto al ordenamiento jurídico, es válido esclarecer que la sanción es la consecuencia prevista en la norma, y la coacción es su aplicación efectiva.

No existen órdenes sociales completamente desprovistas de sanción. Se podría dar como ejemplo la moral, que, por eso mismo, se acostumbra distinguir del Derecho, como orden instituidora de sanción. Pero el propio Kelsen⁴⁹ habla del carácter retributivo que también puede estar contenido en el sistema moral, ya que Dios evidentemente ofrece recompensas celestiales. O incluso, la desaprobación o aprobación moral, por parte de los semejantes, constituye una especie de sanción. “La única distinción de órdenes sociales a tener en cuenta no reside en que unas estatuyen sanciones y otras no, pero en las diferentes especies de sanciones que estatuyen”.

La sanción jurídica, en el entendimiento de Norberto Bobbio⁵⁰, se distingue de la sanción moral por ser externa, así como también se diferencia de la social por estar institucionalizada, o sea, “por estar regulada con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias.” Tal institucionalización, sin duda, confiere una mayor eficacia normativa la cual está relacionada a la sanción.

⁴⁴ citado en Perlingieri, 1999, p. 62.

⁴⁵ 2003, pp. 24-25.

⁴⁶ pp. 33-34.

⁴⁷ 2005, p. 532.

⁴⁸ 2005, pp. 372-374.

⁴⁹ p. 30.

⁵⁰ 1999, pp. 110-113.

Evidentemente, la moral refuerza la imperativa jurídica, pero la mayoría de las normas jurídicas posee sus propias sanciones, las cuales son “consecuencias desfavorables” previstas en la norma para el caso de infracción del reglamento de esta. Entretanto, las sanciones no son hechos, pero el “contenido de una regla jurídica que prevé la violación de una regla de conducta”.⁵¹

Machado Neto⁵², siguiendo la doctrina de Cossio, expone que son dos los enunciados presentes en la norma jurídica. El primero, llamado de endonorma, es el presupuesto básico del derecho cuyo contenido se refiere a la prestación o al deber jurídico. El otro enunciado, denominado perinorma, está asociado a la consecuencia por el incumplimiento del deber jurídico, o sea, contiene una sanción.

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas en cuanto a la previsión de una sanción de la siguiente forma: *leges perfectae* (la sanción es la inexistencia o nulidad del acto contrario a la disposición endonormativa); *leges plus quam perfectae* (posee una sanción que además de retornar la situación al *status quo ante* ilícito, puede conllevar un castigo); *leges minus quam perfectae* (no anula el acto, apenas castiga a su autor) y *leges imperfectae* (no poseen sanciones establecidas).⁵³

En las lecciones de Francesco Carnelutti⁵⁴, de modo general, un precepto es la formulación de la regla ética para un caso específico, o sea, es la fórmula de aplicación de esta regla. Siendo que, en la mayoría de las situaciones, para que tal precepto sea atendido, el mismo precisa de una imposición. Así, o el precepto es atendido o puede haber una imposición para su incumplimiento, la cual puede ser física o económica. “Estos medios de diferente naturaleza en que se resuelve la imposición del precepto reciben el nombre de sanciones. Sancionar significa precisamente tornar, cualquier cosa que es el precepto, inviolable o sagrada”.

Para José de Aguiar Dias⁵⁵, aunque las sanciones se subdividan en repressiva y retributiva, fundamentalmente las mismas se identifican por la finalidad que se les aplica, la de preservar la norma establecida.

La sanción, en el entendimiento de Carnelutti⁵⁶, se subdivide en:

1. restitución; restablecimiento de la situación anterior a la observancia del precepto;
2. pena; alude al mal que debe afligir al transgresor, “denuncia el carácter económico de la sanción, la cual coloca a quien tenga la tentación de transgredir, entre dos males: el mal de la observancia [...] y el mal de la inobservancia del precepto”;

⁵¹ Ascensión, 1987, pp. 30-31 y 51.

⁵² pp. 144-145.

⁵³ p. 137.

⁵⁴ 1999, pp. 111-116.

⁵⁵ p. 109.

⁵⁶ 1999, p. 115.

En la diferenciación entre la restitución y la pena, aduce Carnelutti⁵⁷:

la restitución se resuelve en el sacrificio de un interés idéntico, y la pena en el sacrificio de un interés diverso del interés a sacrificar según el precepto; correlativamente, la restitución tiene carácter de satisfacción y la pena, carácter aflictivo.

3. resarcimiento: especie híbrida entre la restitución y la pena, la cual se constituye “en el sacrificio de un interés diferente del interés sacrificado por el precepto, pero a él equivalente”;
4. reparación⁵⁸ también es una forma híbrida, ya que posee al mismo tiempo carácter aflictivo y satisfactorio, sin embargo, se trata del “sacrificio de un interés compensativo de ese mismo interés”.

José de Oliveira Ascensão⁵⁹ destaca la necesidad de estudiar los tipos de sanción para que se pueda alcanzar el sentido de la coercibilidad, ya que esta desemboca siempre en susceptibilidad de aplicación de sanciones. De esta manera, el citado autor complementa su idea:

Las varias especies de sanciones no se distinguen entre sí por razones estructurales, o por representar específicas figuras jurídicas: se distinguen por la función que desempeñan. Se proponen siempre imponer una consecuencia desfavorable en reacción a la violación de una regla, pudiendo tener finalidad: - compulsoria; - reconstitutiva; - compensatoria; - preventiva; - punitiva.⁶⁰

La compulsoria procura restablecer el orden que fue incumplido, lo más próximo posible antes de la violación. Así, tiende a llevar al infractor a adoptar la conducta debida, aunque tardíamente. Se citan como ejemplos: la prisión, en el caso de prisión por deuda, y el derecho de retención.⁶¹

De manera más frecuente, aparecen las reconstitutivas, entendidas como reconstitución en especie, in natura, del estado anterior.⁶²

De otro modo, si la reconstitución natural no fuere posible, o no fuere equitativa, surge la compensación como un posible remedio en substitución a aquella o en concomitancia con la misma. Ocurre siempre a través de una indemnización por los daños sufridos. “Con esta no se procura llegar a una identidad de la fotografía final con la que se verificaría si hubiere habido la observancia de la regla, antes se procura constituir una situación que, aunque diferente, sea todavía, valorativamente equivalente a la primera”.⁶³

La sanción punitiva, a su vez, posee un carácter simultáneo de sufrimiento y de reprobación para el infractor. Es una pena que puede representar no apenas penas

⁵⁷ p. 115.

⁵⁸ Casilo, 1987, p. 50.

⁵⁹ 1987, pp. 50-51.

⁶⁰ 1987, pp. 50-51.

⁶¹ Ascensão, p. 52.

⁶² p. 54.

⁶³ p. 58.

criminales, sino también penas civiles, como en el caso de la in dignidad, y todavía en la esfera administrativa, como las penas disciplinarias.⁶⁴

En fin, la sanción preventiva objetiva –como indica la propia nomenclatura–, evitar violaciones futuras. Por ejemplo, la libertad condicional o vigilada, vencimiento anticipado de deuda parcelada por falta de pago de una de las cuotas etc.⁶⁵

Ante las variadas formas en que la sanción se presenta, importa resaltar que una sanción no excluye a otra, o sea, puede haber la acumulación de variadas sanciones en relación a una única violación.⁶⁶

Particularmente en cuanto al tema en estudio, se observa que responsabilidad civil, todavía que en principio procure compensar los perjuicios sufridos por las víctimas, no cierra los ojos en cuanto a la represión de comportamiento indebidos a los causadores de daños.⁶⁷

2. ¿LA AMENAZA A UN DERECHO COMPRENDE UN DAÑO?

Según Mosset Iturraspe⁶⁸ existe una fuerte tendencia en los derechos francés, belga e italiano en admitir el daño no apenas sobre la base del derecho lesionado, sino también sobre la de interés suficientemente estable y cierto.

El daño como amenaza a un derecho no se confunde, no obstante, con lucro cesante, ni con la idea de pérdida de una oportunidad: “Lo que importa distinguir, insistimos, es si la situación es ya definitiva, un hecho consumado, o si por el contrario, depende de un acontecimiento a devenir futuro e incierto, como es la probabilidad de atenuación o agravación del daño ya ocurrido”⁶⁹.

Por otro lado, cabe resaltar que no se trata de una simple amenaza o de una situación puramente eventual o hipotética, sino una amenaza a derecho con probabilidad suficiente de una existencia futura.⁷⁰

La respuesta al citado cuestionamiento: ¿la amenaza a un derecho comprende un daño? – implica la solución de intrincados problemas de responsabilidad civil contemporánea, como la posibilidad de mejoría de cuantías reparatorias en el objetivo de prevenir otros daños que puedan ser provocados no apenas por el propio agresor, sino también referente a terceras personas.

⁶⁴ Ascensão, p. 60.

⁶⁵ p. 61.

⁶⁶ P. 51.

⁶⁷ Carval, 1995, p. 22.

⁶⁸ 2007, pp. 252 y 256.

⁶⁹ 2007, p. 265.

⁷⁰ 2007, pp. 258-259.

Según parece, el Código Civil y el Código de Proceso Civil ya respondieron parcialmente este cuestionamiento cuando viabilizan medidas cautelares pro tectivas de derechos, los cuales todavía no sufrieron una lesión en concreto. En estos casos, aquellos que ofrecen amenazas a derechos de otro(s) son llamados a responder civilmente por sus conductas indebidas.

En este contexto, observando la realidad brasileña acerca de los presupuestos y de las consecuencias de la responsabilidad civil es que se discutirá en los próximos tópicos sobre el alcance del daño y los objetivos de la responsabilidad para, solo entonces responder al cuestionamiento ora formulado.

2.1 Definición y alcance de daño

Entre las innumerables definiciones ofertadas por la doctrina relativamente al daño, se cita aquella que parece ser al mismo tiempo la más precisa y demuestra mayor precisión. Así, Antônio Menezes Cordeiro⁷¹ afirma que el daño es la “supresión o disminución de una situación favorable que estaba protegida por el ordenamiento”.

En respaldo a la definición antes citada, se transcribe la advertencia de Clóvis do Couto e Silva⁷² “[la] importancia de la noción jurídica de interés es que ella determina la extensión del daño que alguien esté obligado a indemnizar”.

El daño, tanto como el hecho lesivo y el nexo de causalidad, es elemento imprescindible para la responsabilidad, aunque sea considerado de forma presuntiva.⁷³ De esa manera, el mismo no puede ser considerado como el único elemento o el más importante para la responsabilidad civil.

Algunos ejemplos comúnmente son citados como excepción a la regla de la imprescindibilidad del daño, tales como intereses, cláusula penal, multa penitencial, arras etc. Se trata de equívoca interpretación, pues no se trata de casos en que necesariamente falte el daño, pero sí de excepción de comprobación del mismo, por la presunción de su ocurrencia.

En este mismo sentido, Agostinho Alvim⁷⁴ elogia la redacción del artículo 927⁷⁵ del Código de 1916, reproducida en el actual artículo 416, cuando menciona que para la exigencia de la pena convencional independiente de alegato de perjuicio y no “independiente de perjuicio” como se podría pensar.

La doctrina ofrece diversas clasificaciones para el daño. Como ejemplo se tiene el rol presentado por Antônio Menezes Cordeiro⁷⁶: a) lícito e ilícito [dependiendo del tipo de actuación que le dio origen]; b) naturales y humanos; c) resarcibles y compensables

⁷¹ 2007, p. 419.

⁷² 1991, p. 8.

⁷³ Gomes, p. 440.

⁷⁴ p.180.

⁷⁵ Art. 927. “Para exigir la pena convencional, no es necesario que el acreedor alegue perjuicio”..

⁷⁶ p. 419.

[dependiendo de la posible indemnización]; d) emergente y lucro cesante [variable si la utilidad ya era existente o si estaba por venir]; e) patrimonial y moral [dependiendo de la naturaleza del bien afectado].

En los dos primeros casos, no parece haber tipos diferentes de daños. Ora, lícita o ilícita es la conducta que dio origen al daño, pero no el daño en sí. Igualmente, ocurre con la clasificación del daño en natural y humano, ya que se está refiriendo a la causa del daño, y no a una modalidad de daño.

En Brasil, el daño patrimonial no está asociado a la noción de previsibilidad. La regla es que el deudor responde por todos los daños decurrentes de su conducta, previsibles o no.⁷⁷ Por tanto, el artículo 402⁷⁸ determina que en la cuantificación del daño se debe observar no solo aquello que se perdió, sino también lo que razonablemente se dejó de ganar.

Relativamente al daño moral, considerable doctrina⁷⁹ se entiende que la nomenclatura más adecuada sería daño extrapatrimonial. Normalmente el fundamento es que el daño moral es especie del cual el daño extrapatrimonial es género, cuyo contenido además de moral, sería físico⁸⁰, estético⁸¹ etc.

No hay como imaginar, no obstante, una posibilidad de daño extrapatrimonial que, al mismo tiempo, prescindiera del dolor.⁸²

Al adoptar el entendimiento del daño extrapatrimonial, ocupado por diversos tipos de daños, se obtiene como resultado, en verdad, una ejemplificación de las diversas fases de los derechos de personalidad.⁸³

Jorge Mosset Iturraspe⁸⁴, aunque entienda que la terminología sea inadecuada – por existir la posibilidad de confusión entre las obligaciones moral y jurídica –, utiliza la

⁷⁷ Alvim, p. 212.

⁷⁸ Art. 402. “Salvo las excepciones expresamente previstas en leyes, las pérdidas y daños debidas al acreedor incluyen, además de lo que efectivamente perdió, lo que razonablemente dejó de ganar”.

⁷⁹ Fachin, 2007, p. 62. Cf. Sanseverino, citado en Carvalho Neto, Casilo. Kroetz, Venturi, Thaís G. Pascoaloto. O papel do superior tribunal de justiça na revisão das indenizações por danos extrapatrimoniais citado en: Fachin, (coord.). Cf. todavía, en el mismo sentido, el Código Civil portugués [arts. 494 y 496] y el Código Civil alemán (§§ 253, 847 y 1.300).

⁸⁰ Alvim, p. 221. Cf. Agostinho Alvim, el cual defiende que el daño moral obviamente incluye el dolor físico.

⁸¹ Kroetz citado en Fachin, 1999, p. 161. “El daño estético es entendido como el perjuicio decurrente de la pérdida, deformación o disminución funcional de los órganos o miembros en virtud de lesión corporal al individuo. El es distinto de los sentimientos, sufrimientos, disgustos, amarguras, fenómenos psíquicos, en fin, todo aquello a que se refiere a las reacciones íntimas producidas en la víctima en decurso de tal lesión y que derivan en daño moral indemnizable”.

⁸² Alvim, p. 220.

⁸³ Cf. en preferencia de la terminología, “daño moral”, además de los autores ya citados, Azevedo, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Filomeno, José Geraldo Brito et al (Coord.). Carlos Alberto Bitar Filho. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.

⁸⁴ pp.10-12. Según el autor, mejor sería daño a la persona.

designación de daño moral por la tradición jurídica en torno de la misma. Y en cuanto a la substancia de este daño, afirma que “sin sufrimiento no hay daño moral”.

En este mismo sentido, se coloca el profesor Agostinho Alvim⁸⁵:

Todavía adoptando la locución preconizada por estos autores, daño no-patrimonial, vemos en seguida que son dos elementos en ella existentes: 1.º) daño y 2.º) no-disminución del patrimonio.

En seguida, si el daño, por supuesto, no habla respecto al patrimonio; y si por supuesto, también, no puede haber dolor moral ni físico [...]; si así es, no sabemos en qué consistirá ese daño moral, que ni es dolor, ni perjuicio.

Yussef Said Cahali⁸⁶ explica que la expresión daño moral no se con trapone al físico, sino al patrimonio. Y es por este motivo sumado a la fuerza de la tradición con que el “daño moral” se impuso en el derecho –, por lo que tal autor también prefiere esta expresión.

Rosa María de Andrade Nery⁸⁷ opta por la terminología daño moral, incluso por la comprensión que tiene de patrimonio. Este no debe ser entendido como un compuesto económico formado por activo y pasivo; sino como el conjunto de aquello que es susceptible de tornarse objeto de derecho, los “bienes”. Entonces, concluye que los derechos en cuestión hacen parte, en un lenguaje coloquial, del patrimonio “moral” de alguien. Además, llega incluso a afirmar que no es correcta la diferenciación entre daño moral y daño material.⁸⁸

Aún acerca de los daños morales, cabe la afirmación de que los mismos también pueden ser oriundos de una relación negocial.⁸⁹ Obviamente, no se trata de cualquier incomodidad causada por el simple incumplimiento, sino que se refiere a la situación en que verdaderamente el sujeto es afectado en su personalidad en virtud a la explotación de la función social del negocio jurídico.

Con el objetivo de apartar las críticas referentes a las reparaciones millonarias fijadas en razón de daños morales en los Estados Unidos, Catherine Sharkey⁹⁰ presentó una nueva categoría de daño/reparación: la compensación por daños sociales; los cuales son los perjuicios materiales o inmateriales que afectan la colectividad como un todo.

La referida autora defiende incluso, que la distribución debe ser mediante un fondo especializado en beneficio de las personas afectadas por el daño, o que sean distribuidas indemnizaciones directamente a los perjudicados, o hasta con otras soluciones que atiendan a la misma finalidad. Como ejemplo de esta última posibilidad, cita la decisión creativa de un juez en el Estado de Ohio que –al apreciar el caso de un marido viudo que litigaba contra una compañía de seguro, la cual maliciosamente dejó de

⁸⁵ p. 220.

⁸⁶ 1980, p. 7.

⁸⁷ 2995, p. 15.

⁸⁸ Lorenzetti, p.55.

⁸⁹ Alvim, p. 240; Cahali, 2005, pp. 527-528.

⁹⁰ 2003, p. 347.

prestar cobertura para tratamiento de cáncer de su esposa—, determinó que el montante considerable fijado como *punitive damages*⁹¹ podría ser destinado a la pesquisa del cáncer en vez de ser atribuido a un fondo.

En posicionamiento semejante, Antônio Junqueira de Azevedo⁹² entiende que la categoría de “daño social” es la mejor forma de huir a la limitación presente en el caput del artículo 944, in verbis, “La indemnización se mide por la extensión del daño”.

También según el citado autor:

[...] un acto, si es doloso o gravemente culposo, o si negativamente ejemplar, no es lesivo solamente al patrimonio material o moral de la víctima pero si, afecta a toda la sociedad, en una disminución de la medida del nivel de vida de la población. Causa el daño social. Esto es particularmente evidente cuando se trata de la seguridad, que trae disminución de la tranquilidad social, o de pérdida de confianza, en situaciones contractuales o para-contractuales, que acarrea reducción de la calidad colectiva de vida.⁹³

2.2 Diferencia entre daño y perjuicio

Importante observación a ser formulada en la observación del daño es en cuanto a su relatividad. Así, pregunta Agostinho Alvim⁹⁴: “el deudor está obligado a indemnizar el daño abstractamente considerado, o el daño que el acreedor efectivamente sufrió?”

De ahí hay quien haga la diferenciación entre el daño y el perjuicio, en la cual el daño se sitúa en el plano material y el perjuicio, en el campo jurídico.⁹⁵ En este sentido, se observa el tenor del artículo 1069 del Código Civil argentino: “El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”.

En otros términos, el daño también puede ser analizado bajo la perspectiva de una lesión al interés de otro(s), o apenas como un resultado objetivamente considerado. Por eso Juan M. Prévôt⁹⁶ afirma que el daño posee funciones polivalentes, pudiendo ser traducidas en las siguientes acepciones: daño injusto⁹⁷ —relativo al interés jurídico (daño evento); y daño como perjuicio, o sea, las consecuencias que deben ser reparadas (daño consecuencia). Enfatiza, el citado autor que, hace mucho, en el Derecho Penal se hace la distinción entre los crímenes de conducta y los crímenes de evento, exigiendo también modificación de la realidad social.

⁹¹ Indemnización punitiva.

⁹² p. 371.

⁹³ p. 374.

⁹⁴ p. 213.

⁹⁵ 2008, p. 35.

⁹⁶ 2008.

⁹⁷ Art. 2043 del Código Civil italiano: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)”.

Clásicamente, no se admite el daño evento aisladamente, ya que para confi gurarse la principal función de la responsabilidad civil, el resarcimiento, se haría necesaria la presencia del perjuicio.⁹⁸

En posición diametralmente opuesta, existe el entendimiento de que el ilícito civil puede subsistir independientemente de algún perjuicio en concreto.⁹⁹

Juan Prévôt afirma que la corriente intermediaria demuestra mayor plausi bilidad en el contexto actual, ya que entiende ser necesaria la distinción de las hipótesis de daños patrimoniales y daños morales. En este caso, la lesión por sí misma ya es dañosa para la víctima, al paso que en aquel caso, se hace necesaria la consecuencia dañosa. Así, muchas veces, cuando se habla de daño presuntivo en lesiones morales, en concreto, se trata del resarcimiento del daño evento en sí (lo que servirá de fundamento para la indemnización por pérdida de una oportunidad).¹⁰⁰

2.3 El principio *neminem laedere* y la función social de la responsabilidad civil

Volviendo los ojos para el origen histórico de la responsabilidad civil, se evidencia que no es fácil precizarla. Además, tal como fue mencionado, parece ser inherente al ser humano la necesidad de reacción ante una lesión.

La idea de proporcionalidad –implícita en el principio *neminem laedere*–, pue de ser situada antes de Cristo, a través de las enseñanzas griegas. Pues, aunque no hayan construído una ciencia del Derecho, ni mucho menos, una sistema tización del derecho privado, los griegos fueron los primeros en elaborar una ciencia política, la cual acabó por influenciar los regímenes políticos de las civilizaciones occidentales.¹⁰¹

En la perspectiva de la proporcionalidad, las enseñanzas de Aristóteles (385 322 a.C.) se destacan sobremanera, para quien el Derecho Natural es “aquel conjunto de prescripciones, emanadas de la naturaleza del hombre, y que este debe seguir, a fin de afectar su finalidad en la existencia, que es la realización de sus potencialidades”. O sea, tales atributos se encuentran en cada hombre, e iguales proporcionalmente por tener las mismas prescripciones y posibilida des de ejercicio.¹⁰²

Y así completa Carlos Nicolau Galves¹⁰³ acerca de los pensamientos de Aristóteles:

Pero el hombre vive en sociedad: es un ‘animal político’. Esto impone que se precise más el asunto. El Derecho es un conjunto de reglas de conducta que los hombres deben obedecer en su vida social, a f in de que pueda ser en ella respetada su naturaleza. Así, el fin del Derecho es asegurar que, en la vida social, cada hombre pueda en cuentrar aquellas

⁹⁸ Prévôt, pp. 3-4.

⁹⁹ pp. 3-4.

¹⁰⁰ p. 5.

¹⁰¹ Gramstrup citado en Lotufo, 2008, p. 73.

¹⁰² Galves, 1996, p. 114.

¹⁰³ p.115.

condiciones para realizar su ser: el Derecho procura dar a cada uno lo suyo. Ora, dar a cada uno lo suyo es la definición de la Justicia. El Derecho tiene por objetivo la Justicia. Esta es, como vimos, algo vinculado a la naturaleza humana, sirve a esta.

Precisamente, el principio *neminem laedere* se encuentra en las lecciones de Ulpiano, en el Digesto:

ULPIANUS, LIBRO PRIMO REGULARUM

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuen di. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia (sin negritas en el original).

Traducción: La justicia es la voluntad constante y perpetua de atribuir a cada uno lo suyo. Los preceptos del derecho son los siguientes: vivir honesta mente, no perjudicar a otro, atribuir a cada uno lo suyo. La jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto, basada en un conocimiento de las cosas divinas y humanas.¹⁰⁴

Alterum non laedere es expresión sinónima del conocido principio *neminem laedere* y significa el imperativo de que las personas no pueden perjudicar a las demás.

Miguel Reale¹⁰⁵, al realzar la alta comprensión moral que los jurisconsultos romanos tuvieron de la vida jurídica, así caracteriza los preceptos fundamentales del Derecho: “vivir honestamente” – inspiración estoica, según el ideal de alcanzar felicidad con fiel subordinación a la naturaleza, a los dictámenes de la razón; “no perjudicar a otro(s)” – de forma negativa, no imponiendo el deber de hacer algo, sino la obligación de no causar daño; “dar a cada uno lo que es suyo” – lección aristotélica de la justicia distributiva, como proporción del hombre para el hombre según sus méritos.

Tradicionalmente, se entiende que este segundo precepto del derecho, cual sea, el *neminem laedere* es el principio inspirador para la responsabilidad civil.

Actualmente es posible comprender que la amplitud del *neminem laedere* permite consecuencias como medidas represivas, así como preventivas de daño, como se desprende de su positivación en la Constitución Federal, especialmente, artículo 5º, incisos X y XXXV:

X - Son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurado el derecho a indemnización por el daño material o moral decurrente de su violación. XXXV - La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho.

Pietro Perlingieri¹⁰⁶ destaca que la única posibilidad de efectivación de la democracia en la sociedad bilateral es el respeto recíproco, la igualdad moral y jurídica,

¹⁰⁴ Gilissen, 2001, pp. 97-98.

¹⁰⁵ 1999, pp. 630-631.

¹⁰⁶ p. 401. En el mismo sentido, ver Tepedino, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil Geral e Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/1993 n. 65, p. 26-27, para quien “Negar tal actitud hermenéutica significaría admitir un ordenamiento asistemático, inorgánico y fragmentado, en el cual cada núcleo legislativo respondería a tejido axiológico propio,

en que hay un direccionamiento hacia la dignidad de la persona humana. Y, ciertamente, uno de los medios a ser utilizados para alcanzarla es a través de medidas socio-educativas y punitivas.

Otro aspecto constitucional que integra esa tentativa es la preservación de la dignidad de la persona humana como principio fundamental. En este sentido, la Constitución Federal trae consigo el deber de respeto mutuo entre todos los ciudadanos como un derecho innato y vital, en el sentido de no violación.¹⁰⁷

También, Luigi Ferri¹⁰⁸ apunta que la dignidad de la persona humana presupone la existencia de una sociedad jurídica en la cual la persona pueda realizarse en sí misma. Así, la lesión a la individualidad de los otros es negar la propia individualidad.¹⁰⁹

Paralela a la dignidad, se encuentra la solidaridad, la cual se refiere al interés superior del pleno desarrollo del hombre, o sea, al principio fundamental de orden público¹¹⁰, lo que viene al encuentro de la finalidad preventiva y, hasta incluso, punitiva de la responsabilidad civil.

Así, aunque haya una idea inicial de que la función social de la responsabilidad civil se circunscriba únicamente a las posibilidades de indemnización y reparación; con una visión crítica sobre tal función se concluye que, además de tales objetivos, incluye también las posibilidades de prevención y punición.

En este sentido, la Constitución Federal cuando estatuye que el derecho de respuesta será proporcional al agravio además de la indemnización, indudablemente considera que en la medición del quantum debeatur la gravedad de la conducta lesiva debe ser considerada.

No está por demás resaltar que entre los derechos y libertades fundamentales se encuentran el principio de la prevención de daños y la integridad de la persona, inclusive teniendo eficacia y efectividad en las relaciones de derecho privado.¹¹¹ De esta forma, una de sus consecuencias es la posibilidad de la punición de quien quiera que amenace o lesione el derecho de otro.

Frecuentemente, se dice que al Derecho Civil no le cabe punir, puesto que sería volver en el tiempo y reunificar las responsabilidades civil y penal. En Brasil, tal vez este equívoco se dé por la interpretación aislada del artículo 944 del Código Civil¹¹², el cual, en su caput, determina que la indemnización sea medida por la extensión del daño.

desprovisto de unidad normativa, traduciéndose en manifiesto irrespeto al principio de la legalidad constitucional”.

¹⁰⁷ Nanni citado en Lotufo, p.178.

¹⁰⁸ 1969, pp. 243-244.

¹⁰⁹ Alvim, 2009, p. 5. Según José Manuel de Arruda Alvim, se puede hablar de dignidad social para componer mejor la valorización del individuo presente en la sociedad en que vive.

¹¹⁰ Perlingieri, p. 37.

¹¹¹ Donnini, 2009, p. 494.

¹¹² *Caput* del art. 944: “La indemnización mede-se por la extensión del daño”.

Al interpretar tal artículo, recuérdese que el daño no puede ser comprendido apenas como daño consecuencia, sino también en la acepción daño evento.

José de Aguiar Días¹¹³ reprende el citado dispositivo, pues en su parágrafo único, posibilita la reducción de la indemnización cuando hubiere desproporción entre la culpa y el perjuicio. Tal como indica el autor, “pequeñas faltas pueden producir grandes daños, como muestra la fábula de la guerra perdida en consecuencia de la herradura que se soltó del caballo del guerrero”.

Por otro lado, tampoco se puede desconocer que existen pequeños daños que fueron provocados por actos inescrupulosos y que, ni por eso, deberían conllevar una pequeña indemnización.

Abstrayéndose del texto legal, toda persona, en mayor o menor medida, tiene idea de la rectitud de conducta. Más que esto, el niño crece con la noción de cierto y errado, con criterios de culpa. De esta forma, parece obvio que una falta intencional debe ser castigada con mayor severidad de que aquella involuntaria.¹¹⁴

El propio Código Civil, a lo largo de su texto, diferencia la gravedad de la conducta, lo que posibilita el efecto punitivo de la responsabilidad civil.¹¹⁵

Inclusive en comentario al citado artículo 944, el mismo es blanco del enunciado de número 379 de la IV Jornada de Derecho Civil: “El artículo 944, caput, del Código Civil no aparta la posibilidad de reconocerse la función punitiva o pedagógica de la responsabilidad civil”.¹¹⁶

3. CONSIDERACIONES FINALES

La responsabilidad civil posee un importante papel en la sociedad que es el de apaciguar los conflictos, así como prevenir eventuales daños que puedan derivar. Consecuentemente, no se puede restringir su función atribuyéndole un carácter meramente indemnizatorio.

Al tratar puntualmente del daño como presupuesto de la responsabilidad civil, el mismo debe ser comprendido en sus dos aspectos: el daño evento y el daño consecuencia.

Así, el daño entendido como una lesión a una situación favorable comprende la idea de que la amenaza a derecho es un daño. Obviamente que no se pretende en todos los casos conllevar a una indemnización, sino a atribuir una respuesta relativamente a la conducta indebida; de conformidad con las posibles modalidades de sanción conferidas por el ordenamiento jurídico. En este caso, se resalta que responder no significa necesariamente ofrecer cierta suma en dinero en beneficio de la víctima.

¹¹³ p. 37.

¹¹⁴ Josserand, p. 223.

¹¹⁵ Cf. los artículos 392, 416, 418, 768, 769, 929 etc.

¹¹⁶ Aguiar Júnior, 2007.

Referencias

- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 3.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- ALVES, José Carlos Moreira. Conferência Inaugural da I Jornada de Direito Civil, (Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.). Brasília: CJF, 2003.
- ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. Direitos sociais: qual é o futuro? *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 403, p. 3-30, maio/junho 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Uma perspectiva luso-brasileira. 4. ed. rev. Ed. Verbo, 1987.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá – Colombia: Temis, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995.
- CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1997.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. I - Parte geral, tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONNINI, R. Ferraz. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 2004.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução espanhola. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.
- GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, Pablo Stolze; Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*. v. III. 6 rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3.^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atua. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso brasileiro*. v. II – Direito das Obrigações. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Evolução histórica do direito privado – sistemas jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. II. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Considerações acerca da fixação do montante da indenização por dano moral. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. tomo I. Trad. y notas Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

LORENZETTI, Ricardo Luís. La responsabilidad civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 46, p. 41-76, 2003.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delectuelle et contractuelle*. t. 1 e 3. 4 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950.

MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *BDJur*. Brasília - DF, 26 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16730>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. t. I e V. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil constitucional: Caderno 2*.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21, p. 11-22, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Da ilegitimidade. *Jornal Carta Forense*. Divulgado em 04 set. 2006. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=475>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PRÉVÔT, Juan M. La polivalente función del daño y sus concomitancias com la relación de causalidad. Publicado em 2008. Disponível em: <<http://www.astrea.com.ar/frames.php?what=/files/articles/doctrina0233.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de. (coord.). *Novos Direitos - Após Seis Anos de Vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá, 2009.

SHARKEY, Catherine. Punitive Damages as Societal Damages. *The Yale Law Journal*, v. 113:347, 2003. Disponível em: <www.yale.edu/yalelj>. Acesso em: 1 abr. 2010.

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 667, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 6, p. 1-19, abr-jun/2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da Decadência. Da prova*. v. III, t. II (arts. 185-232). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. v. I, Coimbra: Almedina, 2005.

VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 1, n. 1, maio/2005.