



PANDEMIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAGIO

PANDEMIC AND CIVIL LIABILITY FOR CONTAGION

PANDEMIA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONTÁGIO

| | |
|---------------------|------------|
| <i>Recebido em:</i> | 02/07/2022 |
| <i>Aprovado em:</i> | 23/10/2022 |

Vitulia Ivone ¹

¹ Profesora acreditada catedrática en Derecho Privado, Titular de la Enseñanza de Derecho civil y Nociones Jurídicas Fundamentales, miembro de la Comisión sobre los Patentes por la Universidad de Salerno, Directora del grupo de investigación en el proyecto internacional sobre “El ingeniero y la tutela de las obras del ingenio”; miembro del proyecto de investigación internacional titulado "Projeto Procriação Medicamento Assistida", Centro de investigación da FDUP, miembro de la Juristen Vereinigung italiano-alemana, del comité científico de la revista Cuadernos de Bioética (Argentina), miembro del Consejo Editorial de la Revista de Direito Imobiliario (Brasil), miembro del comité científico de la revista Biodiritto (ed. Aracne), miembro italiano del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (sede de Gijón), miembro del proyecto internacional de investigación Taller Oñati 2020, sobre el tema de Vulnerabilidad y cuidados. Un enfoque de derechos humanos / Vulnerabilidad y cuidado desde una perspectiva de derechos humanos, codirectora de las Jornadas de derecho de familia italiano-españolas, primera edición de mayo de 2019 en la Universidad de Málaga. Co-tutor del dr. Jesús Martín Fuster, estudiante de doctorado del Programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga; co-tutor del dr. José Manuel Martín Fuster, estudiante de doctorado del Programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga; co-tutor de la Dra. Pilar Mesa Torres, estudiante de doctorado de la Universidad de Córdoba. Investigadora visitante por el Institut für Ausländisches und Internationales privat und Wirtschaftsrecht de Heidelberg y de Manheim (Alemania), por la Universidad de Monte Scopus en Jerusalén, por el Zefat Academic College (Israel), por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos y por la Escola de Saúde Pública de Porto Alegre, por la Universidad de Rio de Janeiro (PUC) y Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), Universidad de Bucarest, Universidad Hofstra y Columbia (NY – USA), Universidad de Buenos Aires, Lomas de Zamora, Universidad Austral (Argentina), Universidad de Málaga, Sevilla, Córdoba, Barcelona, Madrid, Granada y Salamanca (España), Universidad de Coimbra, Oporto e Lisboa (Portugal), Universidad UCLA (Los Angeles – USA), Universidad de La Habana (Cuba). Currículo - <https://cije.up.pt/pt/client/skins/geral.php?id=372>. Endereço eletrônico: vituliaivone@unisa.it



RESUMEN

La crisis de la pandemia de COVID-19 no solo ha afectado la vida de millones de personas, causando daños tanto a las personas como a toda la economía, sino que también está afectando al sistema legal italiano. Las circunstancias de la pandemia han demostrado que las consecuencias del virus han sido diferentes según si los afectados eran personas perfectamente sanas o personas que padecían otras enfermedades, incluso graves. La pandemia también ha afectado los derechos e las instituciones previstos por la Constitución². Esto se debe sobre todo a la cantidad de medidas regulatorias adoptadas en Italia para hacer frente a la emergencia sanitaria del Covid-19 y los consiguientes problemas que han surgido con respecto a los principios constitucionales: de hecho, la enorme cantidad de actos

* Profesora acreditada catedrática en Derecho Privado, Titular de la Enseñanza de Derecho civil y Nociones Jurídicas Fundamentales, miembro de la Comisión sobre los Patentes por la Universidad de Salerno, Directora del grupo de investigación en el proyecto internacional sobre “El ingeniero y la tutela de las obras del ingenio”; miembro del proyecto de investigación internacional titulado "Proyecto Procriação Medicamento Assistida", Centro de investigación da FDUP, miembro de la Juristen Vereinigung italiano-alemana, del comité científico de la revista Cuadernos de Bioética (Argentina), miembro del Consejo Editorial de la Revista de Direito Imobiliario (Brasil), miembro del comité científico de la revista Biodiritto (ed. Aracne), miembro italiano del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (sede de Gijón), miembro del proyecto internacional de investigación Taller Oñati 2020, sobre el tema de Vulnerabilidad y cuidados. Un enfoque de derechos humanos / Vulnerabilidad y cuidado desde una perspectiva de derechos humanos, codirectora de las Jornadas de derecho de familia italiano-españolas, primera edición de mayo de 2019 en la Universidad de Málaga. Co-tutor del dr. Jesús Martín Fuster, estudiante de doctorado del Programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga; co-tutor del dr. José Manuel Martín Fuster, estudiante de doctorado del Programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga; co-tutor de la Dra. Pilar Mesa Torres, estudiante de doctorado de la Universidad de Córdoba. Investigadora visitante por el Institut für Ausländisches und Internationales privat und Wirtschaftsrecht de Heidelberg y de Manheim (Alemania), por la Universidad de Monte Scopus en Jerusalén, por el Zefat Academic College (Israel), por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos y por la Escola de Saúde Pública de Porto Alegre, por la Universidad de Rio de Janeiro (PUC) y Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), Universidad de Bucarest, Universidad Hofstra y Columbia (NY – USA), Universidad de Buenos Aires, Lomas de Zamora, Universidad Austral (Argentina), Universidad de Málaga, Sevilla, Córdoba, Barcelona, Madrid, Granada y Salamanca (España), Universidad de Coimbra, Oporto e Lisboa (Portugal), Universidad UCLA (Los Angeles – USA), Universidad de La Habana (Cuba).

² R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, n.3, 2020.



regulatorios aprobados de manera aluvial, de diferentes tipos y efectividad, ha dado lugar a dificultades de reorganización y armonización, en constante cambio y dependiente de los resultados de los boletines médicos y comunicados de prensa. Con respecto a los problemas constitucionales que esta disciplina ha planteado y sigue planteando, la pandemia ciertamente ha afectado el sistema de fuentes del derecho, la forma de gobierno, en particular la relación entre parlamento y gobierno, los límites del poder judicial y de los procedimientos de carácter jurisdiccional, sobre la forma de Estado, respecto a las relaciones entre el Estado central y las autonomías territoriales, así como sobre los derechos fundamentales más involucrados. La crisis pandémica hace avanzar la discusión sobre los límites de las categorías de derecho civil, lo que obliga a una reflexión cuidadosa sobre la fortaleza de algunas instituciones, como la responsabilidad civil, y sobre el funcionamiento de los principios y valores fundacionales del sistema legal italiano. como la protección del contenido humano de la personalidad contenida en el artículo 2 de la Carta Constitucional italiana.

Palabras clave: pandemia. contagio. responsabilidad civil.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic crisis has not only affected the lives of millions of people, causing damage to both individuals and the entire economy, but it is also affecting the Italian legal system. The circumstances of the pandemic have shown that the consequences of the virus have been different depending on whether those affected were perfectly healthy people or people who suffered from other diseases, even serious ones. The pandemic has also affected the rights and institutions provided by the Constitution. This is above all due to the number of regulatory measures adopted in Italy to deal with the Covid-19 health emergency and the consequent problems that have arisen with regard to constitutional principles: in fact, the enormous number of regulatory acts approved by alluvial way, of different types and effectiveness, has given rise to difficulties of reorganization and harmonization, constantly



changing and dependent on the results of medical bulletins and press releases. Regarding the constitutional problems that this discipline has raised and continues to raise, the pandemic has certainly affected the system of sources of law, the form of government, in particular the relationship between parliament and government, the limits of the judiciary and procedures of a jurisdictional nature, on the form of State, regarding the relations between the central State and the territorial autonomies, as well as on the fundamental rights most involved. The pandemic crisis advances the discussion on the limits of civil law categories, forcing careful reflection on the strength of some institutions, such as civil liability, and on the functioning of the founding principles and values of the Italian legal system. as the protection of the human content of the personality contained in article 2 of the Italian Constitutional Charter.

Keywords: pandemic. contagion. civil liability.

RESUMO

A crise pandêmica do COVID-19 não afetou apenas a vida de milhões de pessoas, causando danos a indivíduos e a toda a economia, mas também está afetando o sistema jurídico italiano. As circunstâncias da pandemia mostraram que as consequências do vírus foram diferentes, dependendo se os afetados eram pessoas perfeitamente saudáveis ou pessoas que sofriam de outras doenças, mesmo graves. A pandemia também afetou os direitos e instituições previstos na Constituição. Isso se deve sobretudo ao número de medidas regulatórias adotadas na Itália para fazer frente à emergência sanitária do Covid-19 e aos consequentes problemas que surgiram em relação aos princípios constitucionais: de fato, o enorme número de atos normativos aprovados por via aluvial, de diferentes tipologias e eficácias, tem suscitado dificuldades de reorganização e harmonização, em constante mutação e dependente dos resultados dos boletins médicos e comunicados de imprensa. Relativamente aos problemas constitucionais que esta disciplina levantou e continua a colocar, a pandemia afetou certamente o sistema de fontes do direito, a forma de governo, em particular a relação entre



o parlamento e o governo, os limites do judiciário e os procedimentos de uma jurisdição natureza, sobre a forma de Estado, quanto às relações entre o Estado central e as autonomias territoriais, bem como sobre os direitos fundamentais mais envolvidos. A crise pandêmica avança a discussão sobre os limites das categorias do direito civil, obrigando a uma reflexão cuidadosa sobre a força de algumas instituições, como a responsabilidade civil, e sobre o funcionamento dos princípios e valores fundadores do ordenamento jurídico italiano. como a proteção do conteúdo humano da personalidade contida no artigo 2 da Carta Constitucional Italiana.

Palavras-chave: pandemia. contágio. responsabilidade civil.

Sumario: 1. La pandemia y el marco regulatorio en Italia. – 2. El principio de solidaridad del artículo 2 de la Constitución italiana. – 3. La regla del *neminem laedere* del artículo 2043 del Código civil italiano. – 4. La emergencia sanitaria como estado de excepción. – 5. La responsabilidad por contagio: hacia un nuevo caso?

1. La pandemia y el marco regulatorio en Italia.

La crisis de la pandemia de COVID-19 no solo ha afectado la vida de millones de personas, causando daños tanto a las personas como a toda la economía, sino que también está afectando al sistema legal italiano.

Las circunstancias de la pandemia han demostrado que las consecuencias del virus han sido diferentes según si los afectados eran personas perfectamente sanas o personas que



padecían otras enfermedades, incluso graves. La pandemia también ha afectado los derechos e las instituciones previstos por la Constitución³.

Esto se debe sobre todo a la cantidad de medidas regulatorias adoptadas en Italia para hacer frente a la emergencia sanitaria del Covid-19 y los consiguientes problemas que han surgido con respecto a los principios constitucionales: de hecho, la enorme cantidad de actos regulatorios aprobados de manera aluvial, de diferentes tipos y efectividad, ha dado lugar a dificultades de reorganización y armonización, en constante cambio y dependiente de los resultados de los boletines médicos y comunicados de prensa.

Con respecto a los problemas constitucionales que esta disciplina ha planteado y sigue planteando, la pandemia ciertamente ha afectado el sistema de fuentes del derecho, la forma de gobierno, en particular la relación entre parlamento y gobierno, los límites del poder

* Profesora acreditada catedrática en Derecho Privado, Titular de la Enseñanza de Derecho civil y Nociones Jurídicas Fundamentales, miembro de la Comisión sobre los Patentes por la Universidad de Salerno, Directora del grupo de investigación en el proyecto internacional sobre “El ingeniero y la tutela de las obras del ingenio”; miembro del proyecto de investigación internacional titulado "Projecto Procriação Medicamento Assistida", Centro de investigación da FDUP, miembro de la Juristen Vereinigung italiano-alemana, del comité científico de la revista Cuadernos de Bioética (Argentina), miembro del Consejo Editorial de la Revista de Direito Imobiliario (Brasil), miembro del comité científico de la revista Biodiritto (ed. Aracne), miembro italiano del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (sede de Gijón), miembro del proyecto internacional de investigación Taller Oñati 2020, sobre el tema de Vulnerabilidad y cuidados. Un enfoque de derechos humanos / Vulnerabilidad y cuidado desde una perspectiva de derechos humanos, codirectora de las Jornadas de derecho de familia italiano-españolas, primera edición de mayo de 2019 en la Universidad de Málaga. Co-tutor del dr. Jesús Martín Fuster, estudiante de doctorado del Programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga; co-tutor del dr. José Manuel Martín Fuster, estudiante de doctorado del Programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga; co-tutor de la Dra. Pilar Mesa Torres, estudiante de doctorado de la Universidad de Córdoba. Investigadora visitante por el Institut für Ausländisches und Internationales privat und Wirtschaftsrecht de Heidelberg y de Manheim (Alemania), por la Universidad de Monte Scopus en Jerusalén, por el Zefat Academic College (Israel), por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos y por la Escola de Saúde Pública de Porto Alegre, por la Universidad de Rio de Janeiro (PUC) y Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), Universidad de Bucarest, Universidad Hofstra y Columbia (NY – USA), Universidad de Buenos Aires, Lomas de Zamora, Universidad Austral (Argentina), Universidad de Málaga, Sevilla, Córdoba, Barcelona, Madrid, Granada y Salamanca (España), Universidad de Coimbra, Oporto e Lisboa (Portugal), Universidad UCLA (Los Angeles – USA), Universidad de La Habana (Cuba).

³ R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, n.3, 2020.



judicial y de los procedimientos de carácter jurisdiccional, sobre la forma de Estado, respecto a las relaciones entre el Estado central y las autonomías territoriales, así como sobre los derechos fundamentales más involucrados.

La crisis pandémica hace avanzar la discusión sobre los límites de las categorías de derecho civil, lo que obliga a una reflexión cuidadosa sobre la fortaleza de algunas instituciones, como la responsabilidad civil, y sobre el funcionamiento de los principios y valores fundacionales del sistema legal italiano. como la protección del contenido humano de la personalidad contenida en el artículo 2 de la Carta Constitucional italiana.

2. El principio de solidaridad del artículo 2 de la Constitución italiana.

En el marco de los principios esbozados en la primera parte de la Constitución italiana, se encuentra el artículo 2 que perfila el principio personalista que, además de marcar una nueva dimensión de la relación entre persona y Estado, coloca el valor de la persona humana en el primer plano, en la parte superior del sistema legal⁴.

Esta norma - en las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia italianas - tiene un carácter abierto y un contenido atípico, en el sentido de que, por su formulación, «establece que el hombre está protegido en todas sus manifestaciones esenciales para su desarrollo, aun cuando estas no sean explícitas y se han aplicado mediante legislación reglamentaria»⁵.

De esta forma, la protección de la personalidad puede considerarse unitaria, elástica y capaz de incorporar nuevos temas sociales, que representan las necesidades de la persona en el desarrollo de su personalidad dentro del ordenamiento jurídico.

El valor de la persona es también un valor social: por ello, se proyecta sobre el principio de solidaridad, precisando su contenido y alcance normativo.

⁴ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972.

⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2020.



El principio de solidaridad se encuentra, en el art. 2, segundo párrafo, de la Constitución italiana que prevé, además del reconocimiento y garantía de los derechos inviolables, el cumplimiento de los deberes obligatorios de solidaridad política, económica y social.

La solidaridad también se menciona implícitamente en otras disposiciones constitucionales que establecen los deberes constitucionales individuales⁶: en su espíritu surge la estrecha conjunción entre el principio personalista y solidario, ya que la persona es a la vez titular de derechos inviolables y sujeto a deberes obligatorios que se derivan de su pertenencia a la sociedad⁷.

3. La regla del *neminem laedere* del artículo 2043 del Código civil italiano.

En materia de responsabilidad civil, se reporta el avance del daño por contagio del coronavirus.

El daño vinculado a las patologías y su transmisión ciertamente no es desconocido para el derecho civil italiano: daño por contagio en general, daño por contagio por transfusión de

⁶ Las cláusulas sobre el deber de voto (art.48), la de contribuir a los gastos públicos (art.53), la de los padres para mantener, instruir y educar a sus hijos, por citar algunos ejemplos, de hecho subyacen en el deber de solidaridad. en su declive político, económico y social respectivamente.

⁷ P. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, en *Dir. soc.*, 1996, 4 ss.; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *Biodiritto*, 27 de marzo 2020.



sangre⁸, daño por infección por VIH⁹, o incluso, daño por procreación con contagio consciente¹⁰.

La historia del tema de la responsabilidad civil en Italia es muy complejo y largo: se corresponde con la entrada de la Constitución en la vida del derecho civil, instando a los académicos a revisar, en primer lugar, las categorías fundacionales, como contrato, propiedad, responsabilidad.

El inicio de este proceso se da en 1950, la segunda mitad del siglo pasado, gracias al Tribunal Constitucional que - entrando en funcionamiento en 1956 - inició el proceso de centralidad de la Constitución con respecto al Código Civil. Esto significó, sobre todo, revisar conceptos y categorías tradicionales, incluidos los pilares del derecho civil antes mencionados.

Sobre el tema de la responsabilidad civil, el inicio de las reflexiones en Italia contó con la participación de los más grandes estudiosos del derecho civil, que han revisado la categoría en todos sus aspectos¹¹.

⁸ A. VOLPATO, *Compensare per riparare: il caso del danno da emotrasfusioni infette*, en *Danno e responsabilità*, 6, 2020.

⁹ Cass. civ. Sez. III, 6 maggio 2020, n. 8532: «Le somme liquidate ad un soggetto a seguito dell'accertamento del diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da virus HBV, HIV o HCV, a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto, devono essere scomputate dalle attribuzioni indennitarie previste dalla legge n. 210 del 1992 eventualmente già corrisposte al danneggiato, venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero della Salute) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo».

¹⁰ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1, 1956, p.614; ID, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, p. 49; Cass., 20 ottobre 2012, n. 16754, in *Giur. It.*, 2013, 809, con nota de G. Cricenti. D. CARUSI (cur.), *Chiamati al mondo. Vite nascenti e autodeterminazione procreativa*, Torino, 2015.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *FI*, 1952, IV; R. SACCO, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *FP*, 1960, I; P. SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Justitia*, 1960; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *NN.D.I. V*, Torino, 1962; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza, Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *ED*, Milano, 1970; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Cel*, 1985; G. FERRANDO, *La lesione del diritto di credito, dei diritti di godimento, delle aspettative*, in *Alpa* (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1987; G. VETTORI, *La violazione del contratto*, in *Alpa*, Bessone (diretta



El estudio más apasionante se atribuye a Stefano Rodotà quien inició la "constitucionalización" de la responsabilidad civil, es decir, la conciencia de que en el ordenamiento jurídico italiano, la regla decimonónica del *neminem laedere* (que se resolvió en el binomio persona / propiedad) había sido transformado, con el art. 2043 del Código Civil, en la obligación de no dañar indebidamente los intereses de los demás, y esto encontró apoyo directo en los artículos 2 y 41 de la Constitución italiana¹².

El Código Civil italiano, con su estructura sofisticada, es un producto completo y armonioso, así como un avance significativo en comparación con la codificación anterior, prestando mucha más atención a la observancia de los principios de solidaridad.

En otras palabras, la doctrina italiana ha sostenido que el mandato contenido en el art. 2 de la Constitución - según la cual la República exige el cumplimiento de los deberes obligatorios de solidaridad política, económica y social - encontró terreno fértil en el Código Civil tal como ya fue aprobado.

Esto, en el marco de la responsabilidad civil, permitió leer la norma a que se refiere el art. 2043 del Código Civil italiano como cláusula general, que - a través de las categorías modernizadas y actualizadas de injusticia, daño y atipicidad - permitió reparar cualquier daño causado a otros, sobre todo en violación del principio de solidaridad y sin lamentar la tipificación legislativa de cualquier comportamiento nocivo, como en el BGB alemán de 1900.

La solidaridad del art. 2 de la Constitución, por lo tanto, ya se implementó concretamente al reconstruir correctamente el requisito de injusticia del daño y permitir que el juez complete la regla en blanco de la atipicidad; que, entonces, pero es una notación lateral, se sabe que los sistemas de infracciones atípicas y típicas o tipificadas no están tan lejos,

da), *La responsabilità civile*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1987; C. M. BIANCA, *La responsabilità, Diritto civile*, V, Milano, 1995; B. INZITARI, *Le mobili frontiere della lesione del credito ad opera di terzi: la responsabilità del terzo acquirente per la perdita della garanzia patrimoniale*, in *DR*, 1997; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Alpa*, Milano, 1999; Giannini, Pogliani, *La responsabilità da illecito civile*, Milano, 1996.

¹² S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.



tendiendo, a través del trabajo del juez sobre todo, a cristalizar figuras socioeconómicamente recurrentes, las demás hacer las figuras típicas elásticas y permeables socioeconómicamente.

En todo caso, en Italia, sobre todo la Constitución, confirma que la regla de la responsabilidad civil tiene una función esencialmente compensatoria y, a través de la cláusula general del art. 2043 del Código Civil italiano, permite la reparación de cualquier daño legalmente relevante.

La solidaridad como parte de los deberes a que se refiere el art. 2 de la Constitución asume así un concepto unitario y elevado, funcional al papel del sujeto privado en la vida constitucional y configurando efectivamente un deber constitucional real de *neminem laedere*.

La cláusula general del art. 2043 del Código Civil italiano hoy debe leerse así: la acción *neminem laedere* de los ciudadanos se ajusta a los dictados de la Constitución, en cumplimiento del principio de solidaridad constitucional y el deber cívico de respetarla.

Esto en el doble y correlativo aspecto tanto del contenido del derecho del perjudicado a la reparación del daño sufrido como del deber de conducta del agente que es quien lo provoca.

4. La emergencia sanitaria como estado de excepción.

La Constitución italiana, a diferencia de otras, no contiene una regla general para la condición de emergencia sanitaria.

Establece el "estado de guerra" y establece que las Cámaras deciden sobre el estado de guerra y otorgan al gobierno los poderes necesarios¹³.

¹³ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, 28 aprile 2020, fasc. 3/2020; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020, p.53 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 11 giugno 2020, 2/2020; M.



Pero esta disposición (art. 78 de la Constitución) es de interpretación estricta y se cree que no puede extenderse a otras situaciones de emergencia como epidemias, desastres naturales o situaciones excepcionales de cualquier otra índole¹⁴.

La Constitución, sin embargo, no descuida las situaciones de emergencia y en tales casos prevé en el art. 77 de la Constitución que el Gobierno en casos de necesidad y urgencia puede adoptar medidas con fuerza de ley (decretos-leyes).

El art. 120, párrafos 2 y 3 prevé el cd. poder sustitutivo del Gobierno que, en el caso particular de «grave peligro para la seguridad y protección de la población», deberá ejercerse respetando los principios de subsidiariedad y leal colaboración.

Dada la ausencia de una disciplina constitucional específica de emergencia, un primer problema que surgió fue el de identificar su base de disciplina: si encuentra su legitimidad en la Constitución y sus principios o si debe buscarse en otra parte.

Parte de la doctrina ha distinguido entre una situación de "emergencia" y una "excepción", subrayando cómo la primera es conservadora y se utiliza para regresar lo antes posible a la normalidad a través de poderes reconocidos por la Constitución y calibrados en la necesidad, mientras que la segunda tiene un carácter renovador, tiende a romper la regla e imponer un nuevo orden, a través del reconocimiento de poderes indeterminados, libres en fines y medios y, por tanto, compatibles con los plenos poderes¹⁵.

LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, 19 maggio 2020, fasc. 3/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 11 giugno 2020, fasc. 2/2020.

¹⁴ Los redactores de la Carta evitaron deliberadamente proporcionar un régimen particular para situaciones de necesidad distintas de la guerra. En 1947 la memoria de Weimar estaba fresca (la República de Weimar es el régimen político establecido en Alemania en 1919 después del final de la Primera Guerra Mundial).

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione*, in la *Repubblica* 29 luglio 2020. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020, fasc. 1/2020.



El periodo pandemico sería entonces una situación de primer tipo y no un estado de excepción schmittiano que presupone un espacio vacío y desregulado, inimaginable en un estado democrático y republicano¹⁶.

La doctrina italiana ha tomado posiciones variadas y complejas que han encontrado composición en la opinión del presidente del Tribunal Constitucional, según el cual «incluso en la actualidad, por lo tanto, una vez más es la Carta Constitucional tal como es, con su conjunto equilibrado de principios, poderes, límites y garantías, derechos, deberes y responsabilidades que ofrecen a las instituciones y a los ciudadanos la brújula necesaria para navegar 'el alta mar 'de la emergencia y post-emergencia que nos espera»¹⁷.

Por tanto, la limitación de derechos fundamentales puede tener lugar en el marco de los principios constitucionales y con las garantías que éstos establecen, es decir, en cumplimiento de ciertos requisitos, como la transitoriedad de la legislación, su proporcionalidad y razonabilidad con respecto al desarrollo de la pandemia, el respeto del principio de separación de poderes, especialmente en las relaciones entre gobierno y parlamento¹⁸.

La verificación del cumplimiento de los principios constitucionales encuentra un caso de prueba importante en el respeto, por la legislación de emergencia, del principio de legalidad

¹⁶ U. RONGA, *Il governo nell'emergenza (permanente): sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, n. 1-2020.

¹⁷ Así Marta Cartabia, Presidenta de la Corte Constitucional italiana, mayo 2020.

¹⁸ A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 21 aprile 2020, fasc. 3/2020; L.A. MAZZAROLLI, *Riserva di legge*” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo “extra ordinem”, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli art. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it* 23 marzo 2020.



y de las reservas legales establecidas por la Constitución para garantizar los derechos fundamentales.

5. La responsabilidad por contagio: hacia un nuevo caso?

Estamos ante un momento evolutivo de la responsabilidad civil, marcado no por fallos judiciales innovadores (como casi siempre ha sucedido) sino por la llamada de los ciudadanos italianos a una nueva conciencia del principio *neminem laedere* al que se refiere el art. 2043 del Código Civil italiano y el principio de solidaridad a que se refiere el art. 2 de la Constitución, que permite gestionar los escasos recursos disponibles de la mejor manera posible y con respeto a los más débiles.

La responsabilidad en la conducta, por tanto, adquiere hoy un doble valor: el respeto del principio de *neminem laedere* y, por tanto, del art. 2043 del Código Civil, pero, al mismo tiempo, una conciencia cívica más madura y consciente en el cumplimiento de los deberes de solidaridad social, política y económica y para garantizar los derechos inviolables del hombre.

Con respecto al asunto Covid-19, se ha argumentado acertadamente que la situación presenta el riesgo de adoptar medidas insuficientes o excesivas, con graves repercusiones en derechos protegidos constitucionalmente, también en consideración de las múltiples incertidumbres que lo rodean, si bien no parece aceptable que el carácter dramático de la situación hace que no tenga sentido preguntar si las medidas son compatibles con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que limitan los derechos.

El derecho a la salud es el único derecho expresamente calificado como "fundamental" por la Constitución ("la república protege la salud como un derecho fundamental del individuo y el interés de colectividad") y algunos han sacado la consecuencia de que se coloca



en el escalón más alto, tanto que la compresión de todos los demás derechos es por tanto legítima, siendo su área preservar la salud y la vida de los ciudadanos.

En cambio, la posición predominante está a favor de la necesidad de equilibrar este derecho con otros derechos constitucionales, también aceptados por la jurisprudencia constitucional¹⁹.

En Italia, el derecho a la salud es un derecho social: el Estado tiene que protegerlo y los ciudadanos tienen derecho a ejercerlo.

La Constitución de la República Italiana coloca en su centro la persona y su dignidad, tutelando la libertad, los derechos y los valores fundamentales²⁰.

En el artículo 32 de la Constitución se encuentra el derecho a la salud²¹: «*La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y como interés de la comunidad, y garantiza cuidado gratuito a los indigentes. Nadie puede ser obligado a determinado tratamiento sanitario sino por disposición de ley. La ley, en ningún caso, puede violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana*».

La norma establece la salvaguarda de la salud como “derecho fundamental del individuo” y como “interés de la comunidad”, lo que significa que la salud es reconocida sea como derecho subjetivo, tradicionalmente legado al derecho a la libertad, sea como derecho social de prestación²².

Su contenido multiforme, abarca un denso perfil de libertad con una dimensión social, una dimensión económica, una colectiva y una resarcitoria.

¹⁹ A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid19*, in *Nomos*, 1/2020.

²⁰ G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, Napoli, 2004, p.23.

²¹ M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, en L. CHIEFFI (ed.), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico, economico*, Torino, 2003.

²² V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di Biodiritto, Il Governo del Corpo*, I, Milano, 2003, p.579; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di Biodiritto, Salute e Sanità*, Milano, 2010, cit., p. 18.



En el contexto legislativo italiano, la expresión “derecho a la salud” sintetiza una pluralidad de derechos (el derecho a la integridad psico-física, y al ambiente saludable, el derecho a obtener prestaciones sanitarias, el derecho a tratamientos gratuitos para indigentes), pero decreta el derecho de no recibir prestaciones sanitarias sin el propio consentimiento, excepto aquellas previstas obligatoriamente por la ley.

La salud es el único derecho calificado “fundamental”: de este manera, se convierte en derecho social, con su cara de derecho subjetivo absoluto e inviolable²³.

El sistema de reglas sanitarias en Italia ha sido perfeccionado con la ley n.833 de 1978 quien introdujo el Servicio Nacional de Salud.

La emergencia ha dejado en claro la escasez de recursos y la falta de preparación para la pandemia: incluso en el momento de la vacunación, algunas categorías de ciudadanos están siendo sacrificadas en beneficio de otras y esto no respeta la regla de la igualdad constitucional.

Si – como se dijo anteriormente – en este tema entran en juego los deberes obligatorios de solidaridad política, económica y social (artículo 2 de la Constitución) y el cumplimiento simultáneo de la regla del *neminem laedere* (artículo 2043 del Código Civil italiano), pero el país tiene un problema de asignación de los recursos disponibles, ¿de qué sirve hablar de solidaridad?

De hecho, el virus tiene un método de propagación y contagio que, ante todo, impone a todos un alto sentido de responsabilidad y un escrupuloso respeto a las disposiciones del orden público, y porque ello implica, al mismo tiempo, la observancia de los dos preceptos mencionados anteriormente, el art. 2 de la Constitución y el art. 2043 del Código Civil italiano.

²³ S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018 p. 62.



Para confirmar esto, basta con detenerse en el conocimiento de los métodos de contagio y, por lo tanto, en la negligencia de la conducta de quienes no respetan las reglas.

Ha habido una proliferación de estudios y comprobaciones (con el habitual conjunto de falsificaciones) pero una cosa es cierta: el contacto social es el caldo de cultivo ideal para el virus, y por tanto, si ciertamente le corresponde al Estado dar reglas de uso cotidiano y de conducta, ciertamente le corresponde al ciudadano observarlas.

Aquellos que no se organizan para reducir las oportunidades antes mencionadas también para las necesidades de la vida cotidiana (gastos en alimentos y farmacéuticos), y más aún aquellos violan la cuarentena, ciertamente son susceptibles de ser llamados a responder por daños, daños potencialmente enormes y muy graves para un número indefinido de personas.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, se sabe que siempre ha continuado con la técnica de *overruling* o *revirement*: es decir, la historia de la responsabilidad civil se compone muy a menudo de sentencias, casi siempre del Tribunal Supremo, que de vez en cuando el tiempo marca un punto de inflexión.

En el tiempo presente no se encuentra el uso de una técnica de *overruling* probada.

El sistema italiano de responsabilidad civil parece estar cambiando, debido a las difíciles condiciones provocadas por la pandemia, adoptando conductas correctas y coherentes con el precepto constitucional y con las reglas del código: el conocimiento de las reglas y las consecuencias concretas, fruto de la información omnipresente que caracteriza al mundo actual, preguntan la necesidad de no causar daño y nadie tiene derecho a considerarse ajeno a las consecuencias legales, porque todos deben ser responsables de sí mismos.

Las reglas – juntas a la gravedad de la situación - necesitan precaución para las consecuencias de conductas imprudentes y negligentes en detrimento de un número indefinido de personas.



Todo esto llama a los ciudadanos italianos a dar tan urgente y concreta aplicación a los principios de solidaridad partiendo, pero no solo, desde la solidaridad social del art. 2 de la Constitución que exige su cumplimiento, calificándolos como 'deberes obligatorios' y que el art. 2043 sanciona con obligación de indemnización en caso de infracción.

REFERÊNCIAS

A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 21 aprile 2020, fasc. 3/2020;

A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020.

A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 11 giugno 2020, 2/2020;

A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid19*, in *Nomos*, 1/2020.

A. VOLPATO, *Compensare per riparare: il caso del danno da emotrasfusioni infette*, en *Danno e responsabilità*, 6, 2020.

Así Marta Cartabia, Presidenta de la Corte Constitucional italiana, mayo 2020.

Cass. civ. Sez. III, 6 maggio 2020, n. 8532 . CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*



G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, Napoli, 2004.

G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione*, in la Repubblica 29 luglio 2020.

V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020, fasc. 1/2020.

M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, 28 aprile 2020, fasc. 3/2020;

M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (ed.), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico, economico*, Torino, 2003.

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2020.

P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1956.

R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di Biodiritto, Salute e Sanità*, Milano, 2010.

R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, n.3, 2020.

R. SACCO, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *FP*, 1960.



S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018.

S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *Biodiritto*, 27 de marzo 2020.

U. RONGA, *Il governo nell'emergenza (permanente): sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, n. 1-2020.

V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di Biodiritto, Il Governo del Corpo*, I, Milano, 2003.