

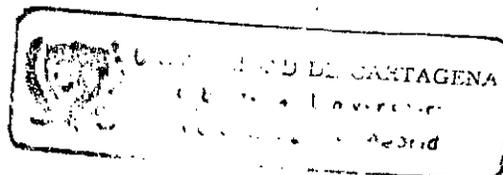
LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN
LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

LESVIA OSPINO MIRANDA
MEDARDO HERNANDEZ BALDIRIS

S C I B
00014069
51534

CARTAGENA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO

1988



2

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN
LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

LESVIA OSPINO MIRANDA

MEDARDO HERNANDEZ BALDIRIS

Trabajo de Grado presentado como
requisito para optar el título de
Abogado.

DIRECTOR: Rafael H. De La Valle

CARTAGENA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO

1988

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Cartagena, Marzo

DEDICATORIA

A dos personitas indispensables en mi vida, PAOLA DI CARMEN y MELODY CHRISTINE, mis hijas; a mis padres, hermanos y familiares, quienes con su esfuerzo y dedicación me ayudaron hasta el final.

LESVIA OSPINO

DEDICATORIA

A mis hijas.

A mi madre.

Como testimonio de mi esfuerzo.

MEDARDO HERNANDEZ

AGRADECIMIENTOS

No podría dar comienzo a este trabajo sin antes rendir testimonio de mi agradecimiento a todas aquellas personas que contribuyeron directa o indirectamente a que fuera una realidad.

A MIGUEL CABRERA CASTILLA, pues su orientación y cariño me impulsó a culminar mi profesión.

Gracias.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN
LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

- RECTOR : Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
- SECRETARIO GENERAL : Dr. MANUEL SIERRA NAVARRO
- DECANO : Dr. ALCIDES ANGULO PASOS
- SECRETARIO ACADEMICO : Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ
- PRESIDENTE DE TESIS : Dr. RAFAEL DE LA VALLE
- PRIMER EXAMINADOR : Dr. NARCISO CASTRO YANCES
- SEGUNDO EXAMINADOR :
- TERCER EXAMINADOR :

CARTAGENA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

1988

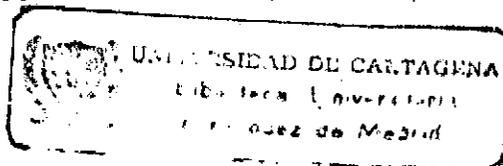


TABLA DE CONTENIDO

	págs.
INTRODUCCION ✓	1
1. NOCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL	5
1.1 ORIGEN Y ETIMOLOGIA	5
1.2 DEFINICION	6
1.3 RESPONSABILIDAD E IMPUTABILIDAD	7
1.4 RESPONSABILIDAD MORAL Y JURIDICA	8
1.5 RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL	10
1.6 RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRACTUAL	13
2 . HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	18
2.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO ROMANO	18
2.1.1 Generalidades	18
2.1.2 La Ley Aquilia	20
2.2 EL DERECHO COMUN	22
2.2.1 Generalidades	22
2.2.2 Conclusiones	23
2.3 LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL	24
3. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	26

	págs.	
3.1	PLANTEAMIENTO	26
3.2	TEORIA DE LA CULPA	27
3.2.1	Argumentos en favor	29
3.2.2	Evolución	30
3.2.3	Conclusiones	31
3.3	TEORIAS OBJETIVAS	32
3.3.1	Argumentos en favor	32
3.3.2	Variedades	33
3.3.3	Conclusiones	36
3.4	TEORIAS ECLECTICAS	37
3.4.1	Teoría de Josserand	37
3.4.2	Teoría de Savatier	38
3.5	TEORIA DE LA GARANTIA	39
4.	LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	42
4.1	LA CULPA	45
4.1.1	Definición y Concepto	45
4.1.2	El Dolo	48
4.1.3	De la Culpa Delictual y Cuasidelictual	49
4.1.4	Sistema del Derecho Francés y otras Legislaciones	50
4.2	EL DAÑO	52
4.2.1	Teorías sobre el daño	52
4.2.2	Concepto	53

	págs.	
4.2.3	Caracteres del daño	54
4.2.3.1	Daño Cierto	55
4.2.3.2	El daño no debe haber sido reparado	57
4.2.3.3	Daño personal de quien solicita la reparación	59
4.3	EL NEXO CAUSAL	63
4.3.1	Principio	63
4.3.2	Concepto de Causa	64
4.3.3	Causalidad y Culpabilidad	65
4.3.4	Pluralidad de Causas	66
4.3.5	Diversas teorías sobre la materia	67
4.3.5.1	De la equivalencia de condiciones	68
4.3.5.2	Teoría de la Causa Próxima	70
4.3.5.3	Teoría de Von Bar	70
4.3.5.4	Teoría de la Causalidad Adecuada	71
4.3.5.5	Teoría de la Causa Eficiente	73
5.	EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD	76
5.1	EL HECHO DE LA VICTIMA	76
5.2	EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR	78
5.3	EL HECHO DE UN TERCERO	79
6.	LAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD	82
6.1	EL HECHO PROPIO	83
6.2	EL HECHO AJENO	86

	págs.	
6.2.1	Concepto	86
6.2.2	Fundamento	86
6.2.3	Casos Específicos	89
6.3	EL HECHO DE LAS COSAS	94
6.3.1	Introducción	94
6.3.2	El Derecho Moderno	94
6.3.3	Fundamento	95
6.3.4	Nuestro Derecho	96
6.4	DAÑO CAUSADO POR ANIMALES	100
6.5	RESPONSABILIDAD POR EJECUCION DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	105
6.5.1	Concepto	105
6.5.2	Presunciones	109
6.5.3	Legislaciones Extranjeras sobre la materia	111
7.	RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL TRANSPORTE Y LOS SEGUROS OBLIGATORIOS	113
	CONCLUSIONES	131
	BIBLIOGRAFIA	147

INTRODUCCION

De Page¹ autor belga en su obra, comienza el capítulo referente a este tema recordando la frase que según Dante está sobre las puertas del infierno: Lasiate agui speranza voi ch'entrate declarando así la dificultad que sobre esta materia existe entre los grandes doctrinantes e incluso en la jurisprudencia de los distintos países.

Hecho aparentemente paradójico si se tiene en cuenta que la responsabilidad de quien infiere un daño a otro es el elemento esencial de la actividad litigiosa en todos los tiempos. Sin embargo el derecho positivo se ha quedado rezagado con respecto al desarrollo práctico de la responsabilidad, así vemos que durante los tres cuartos del siglo XIX tan sólo cinco artículos del Código Civil Francés se dedicaron a la reglamentación de esta materia.

En lo que respecta a la situación actual, ella ha variado hasta el

¹DE PAGE. Traité Du Droit Civil. Editorial Jurídicas. Europa, América, Buenos Aires. 1961. p. 807.

punto que Josserand² ha denominado a la responsabilidad como la gran vedette del derecho contemporáneo. Esto obedece fundamentalmente al desarrollo social, especialmente en materia industrial con perfeccionamiento de las maquinarias e instrumentos de trabajo que han multiplicado las posibilidades de accidentes que generan la reparación del daño. Así mismo la concentración de la población en las grandes ciudades hace las relaciones sociales más complejas de lo que se deriva que la actividad de los hombres penetre más en la esfera de sus semejantes.

También se ha incluido dentro de estas causas el cambio operado en las ideas políticas superando las extremas teorías individualistas imperantes en el siglo XIX que daban a la fatalidad la causa de muchos accidentes; hoy la mentalidad es la de buscar la indemnización. De tal manera que la responsabilidad extracontractual va de mano con el desarrollo social.

Del elemental principio de quien causa un daño debe repararlo se ha elaborado una vastísima teoría sobre la responsabilidad que buscamos sistematizar, lo más sencillo posible, para que sirva a los estudiantes que se inician en el estudio de estas disciplinas para

²JOSSEKAND. Evolutions. Prefacio al libro de Brun Rappports et Do maines. Trad. Alcalá Zamora, Luis. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961. Tomo 2, p. 123.

un mejor proceso de conocimiento de la materia. Se busca además hacer precisión sobre aspectos que en virtud del desborde de la teoría y de la práctica de la responsabilidad han sido absorbidas sin formar parte de ésta.

Así mismo, es conveniente precisar el momento en que surge la responsabilidad y así diremos, tal como lo señala la jurisprudencia y la doctrina casi con total unanimidad, que se presenta con el acto ilícito o violación de una norma legal, conducta que ocasiona un daño.

Creemos que lo más oportuno para el desarrollo de este trabajo es dejar establecido que la noción de responsabilidad surge a partir del hecho ilícito. Ahora bien, la noción de lo ilícito tiene diversas formas de apreciación y así en sentido lato se dice que hay ilicitud cuando se transgrede las normas jurídicas. De donde se deduce según la regla general que es lícito todo aquello que no es prohibido por la ley. También en un sentido más restringido se dice que es ilícita la conducta que no sólo contraña el ordenamiento jurídico sino que causa daño.

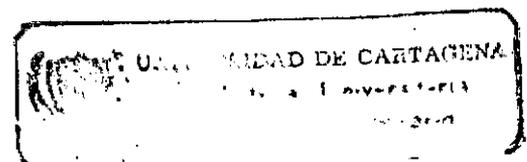
La jurisprudencia nacional, al igual que la jurisprudencia francesa ha acogido la teoría del abuso de los derechos como fuente de

responsabilidad y así se ha establecido la regla que concretamente dice: La persona que en ejercicio de sus derechos causa daño a otra, queda obligada a la indemnización.³

Podemos concluir que nos interesa de modo particular aquella noción que fija las reglas generales de la responsabilidad civil o sea la ilicitud en el sentido de acto jurídico que genera indemnización.

Finalmente, para precisar aún más nuestro objeto de estudio, prescindiremos de materias que guardan relación con la responsabilidad pero que rebasan el contenido de éste, tal es el caso de acción de responsabilidad, los efectos de la responsabilidad civil extracontractual o sea la reparación en sí misma, etc. Lo anterior porque consideramos que el desarrollo de estas materias demandan una labor especial que puede ser tratada independientemente.

³VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. 8 ed. Editorial Temis. Bogotá, 1979. p. 196. Tomo 1.



1. NOCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 ORIGEN Y ETIMOLOGIA

La determinación del origen de la palabra responsabilidad no resulta del todo ilustrativo, si se tiene en cuenta que esta palabra se utilizó mucho después de haberse elaborado los principios de la responsabilidad civil. Sin embargo, se considera que esta palabra empezó a utilizarse con sentido jurídico inicialmente en Francia durante el siglo XVIII, al parecer heredada de Inglaterra, donde había adquirido carta de ciudadanía.

Por lo que respecta a su etimología, ésta se remonta a la lengua latina, ya que proviene de la palabra responsus respondere, que aproximadamente significa constituirse en garante o estar obligado. Esto en un sentido amplio que dá lugar al surgimiento de los distintos niveles de responsabilidad, así se habla de responsabilidad moral, jurídica, etc. Señalaremos más adelante y tangencialmente el contenido de estas voces a fin de precisar la que corresponde a nuestro estudio.

1.2 DEFINICION

Elaborar definiciones de conceptos resulta riesgoso en la medida que en ocasiones se abarca en ella aspectos que no le corresponden o por el contrario se deja por fuera asuntos de vital importancia dado el interés de concretar al máximo el concepto objeto de la definición. Por ello no nos es dable aquí definir en cortas palabras un tema tan complejo como la responsabilidad sino desentrañar de su origen y etimología el verdadero concepto que encierra nuestra palabra, es decir, cuál es la significación de la responsabilidad.

El primer aspecto esencial que se descubre es que la responsabilidad implica una relación o sujeción de un sujeto frente a otro. En otras palabras, no cabe la idea de una responsabilidad ante sí y por sí sino que hay que referirlo a otra persona.

Esto nos lleva a concluir que la definición de responsabilidad parte de sus efectos; así habrá responsabilidad siempre que un sujeto es t^e obligado a reparar un daño sufrido por otro, es decir, cuando haya una obligación de reparación.

1.3 RESPONSABILIDAD E IMPUTABILIDAD

De lo expresado en el punto anterior vemos que suele confundirse entre los doctrinantes sobre dos conceptos diferentes: la responsabilidad y la imputabilidad, lo que hace necesario una aclaración al respecto.

Se entiende por imputabilidad la posibilidad de referir un acto cualquiera a la actividad de una persona, o sea que en este caso la relación obra entre un acto y la persona que lo realiza (a quien se le imputa) ya sea desde el punto de vista material, un acto materialmente atribuido a un sujeto, ya sea desde el punto de vista moral. La imputabilidad es un concepto que presupone inteligencia y libertad moral sin los cuales no es imputable y por tanto sus actos escapan a la esfera del derecho.. Así mismo en sentido jurídico imputable " es una condición de la persona frente al derecho penal, de la cual se derivan determinadas circunstancias " ⁴

De estos conceptos se desprende que la imputabilidad es presupuesto de culpabilidad y para su configuración se requiere que la persona tenga capacidad para conocer y comprender la antijuridicidad de

⁴REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. 4ed. Universidad Externado de Colombia. 1976. p. 201.

su conducta y por otra parte, aspecto muy importante, que pueda autoregularse de acuerdo a esta comprensión. De lo que antecede se deduce que en la responsabilidad además de estos supuestos de la imputabilidad se requiere la violación de algún deber con respecto a otro sujeto.⁵

1.4 RESPONSABILIDAD MORAL Y JURIDICA

Con respecto a la responsabilidad moral vale hacer ciertas distinciones en razón de la afinidad con la jurídica. La diferencia surge de la distinción más amplia entre moral y derecho. Las dos gozan de plena autonomía y se relacionan en virtud de que ambas trabajan sobre la conducta y las actitudes humanas, pero mientras en el campo moral se tiene en cuenta en su aspecto interno, intencional, en el campo jurídico se aprecia a través de su exteriorización, lo cual en cuanto a los efectos trae consecuencias diversas, así en la responsabilidad jurídica esta responsabilidad tiene un carácter reparador, lo cual tiene por objeto remover el daño causado con el hecho que creó la responsabilidad, en tanto que en la responsabilidad moral el efecto se refiere a someter al autor del hecho que engendró la responsabilidad a un castigo aflictivo.

⁵ PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. 2ed. Editorial Temis. Bogotá, 1979. p. 22.

En cuanto a la responsabilidad jurídica diremos que partiendo de la definición antes mencionada sobre la idea de estar obligado es conveniente dejar claro que dicha responsabilidad no surge desde que surge la obligación, sino desde que ésta se incumple. Digamos por ejemplo, en una compra-venta, la obligación del vendedor es la entrega de la cosa vendida y si se incumple dicha obligación a partir de este momento es que surge la responsabilidad. Se dice entonces que la responsabilidad jurídica se configura cuando un sujeto de derecho se encuentra en la situación de responder por su conducta.

Cabe aquí mencionar un concepto que ha dado lugar a numerosas controversias entre los juristas: se trata de la afirmación hecha por Jossierand en el sentido de que hay responsabilidad cuando una persona se causa un perjuicio a sí mismo. Es conveniente hacer claridad al respecto por cuanto está en juego el fundamento mismo de la responsabilidad. Así, si aceptamos la teoría de Jossierand, una vez se ha producido un daño o perjuicio, siempre habría responsabilidad aún cuando fuese de la propia víctima. En este caso todo se limitaría a una comprobación fáctica. Por el contrario los partidarios de la concepción restringida de la responsabilidad consideran que para que ésta exista debe enfrentarse dos personas y suponer un conflicto entre ellas. Así el término reparar, supone

que el autor del perjuicio es el que no lo ha sufrido. Mientras aquí hay enfrentamientos entre dos patrimonios en el anterior todo queda dentro, en el interior de un patrimonio. Al respecto afirman los hermanos Mazeud:

Pero cómo afirmar que la víctima "responde" del perjuicio que ha causado a sí mismo? Del mismo modo que nadie podría contratar consigo mismo, tampoco nadie podría ser responsable para consigo mismo; sea cual fuere la fuente de la obligación, la obligación no existe cuando el acreedor y el deudor son una e idéntica persona. Un solo patrimonio es el afectado, todo se verifica en el interior de ese patrimonio, el derecho civil, que rige las relaciones de los hombres entre sí, las de un patrimonio con otro patrimonio, no podría ocuparse de semejante situación.⁶

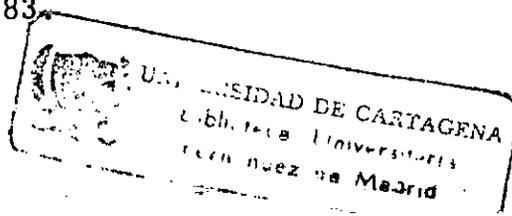
Creemos que la responsabilidad hacia sí mismo puede existir en el plano ético, filosófico, pero no en el derecho.

Concluyendo la responsabilidad civil es esencialmente reparadora y no penal.

1.5 RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

Esta diferencia obedece básicamente a que en las distintas ramas

⁶ MAZEUD, Henry y León. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual. Trad. Andres Tunc. 5ed. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires, 1961. v. 1, tomo 1. p. 283.



del ordenamiento jurídico se han establecido particulares responsabilidades y es así como se habla de responsabilidad civil, administrativa, penal, etc. La responsabilidad se ha estudiado teniendo en cuenta los elementos que la conforman en cada rama, por lo cual aquí señalaremos los distintos aspectos que conforman y diferencian la responsabilidad civil y penal.

Puesto que en nuestro medio se ha deslindado la culpa penal y la culpa civil, sin duda entonces es diferente la valoración de la conducta humana en esos campos cuando aquella infringe el ordenamiento civil o penal. Por ello se han establecido tres características que distinguen la acción civil de la penal:

- La acción civil es privada.
- La acción civil tiene carácter patrimonial.
- La acción civil es contingente, puede o no depender del delito.

Van así los autores señalando diferencias en cuanto a la capacidad, a las personas que son sujetos de la responsabilidad, a las personas que pueden perseguir la responsabilidad, a la naturaleza y extensión de las sanciones que de éstas se derivan, así por ejemplo en la penal hay penas privativas de la libertad, pecuniarias, etc., mientras que en la civil se da una indemnización pecuniaria.

Así mismo se señala como diferencia esencial de esas responsabilidades la ilicitud, ya que algunos autores diferencian entre ilicitud civil y penal. Sin embargo, actualmente esta posición es rebatida por la doctrina en razón de que la ilicitud es una sola sin que pueda establecerse diferencias de grados de ella, máxime si la medida de la ilicitud está dada por la contradicción entre la conducta y una norma de obrar. Por otra parte, la violación de una norma puede ser sancionada por el derecho civil y el derecho penal. Creemos, por tanto, que la ilicitud que incide, ya sea en el campo civil o penal, tiene un origen político, es decir, por política legislativa se establece que determinadas ilicitudes se sancionen con una pena, o que se les aplique el régimen de la reparación o ambas consecuencias.

Entonces, pese a que hay en esencia una unidad de ilicitud esta varía en sus efectos y con ello establece la diferencia entre estas responsabilidades creando una independencia entre ellas reconocida por la jurisprudencia aunque con sus limitaciones. Se cita por ejemplo la cosa juzgada, que aunque se dá en el campo penal ofrece consecuencias en el civil, ya que en éste no podrá después que en un juicio criminal determinado que no hubo delito decir en otro civil o nó que efectivamente se realizó.

1.6 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Siguiendo con el propósito de delimitar el objeto de nuestro estudio, pasaremos a establecer la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, ya que no obstante ser en el campo filosófico un único concepto básico, en materia civil estas nociones han alcanzado grandes diferencias por las diversas manifestaciones que de ambas se han hecho.

Desde el punto de vista histórico, puesto que ha sido de reciente elaboración el concepto de responsabilidad y como es concebido hoy en los códigos civiles, es fácil determinar el surgimiento de conceptos de responsabilidad contractual y extracontractual.

Ihering⁷ considera que la responsabilidad surgió como sucedáneo de la venganza privada primitiva porque en ésta la venganza dejó de ejercerse sobre la persona y pasó a ejercerse sobre el patrimonio convirtiendo al autor del delito en dador de la víctima; en otras palabras, dando nacimiento a la responsabilidad extracontractual.

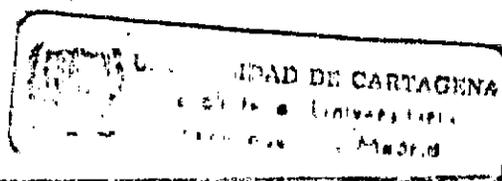
⁷ IHERING, Von R. El Espíritu. Trad. Posada, Adolfo. 3ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960. tomo 1, p. 144.

Lo anterior alcanzó mayor perfección en el derecho romano mediante la ley aquilia que señalaba casos en que el ofensor pasaba a ser deudor del ofendido. Ahora bien, al lado de las obligaciones que nacían en virtud de la ley aquilia existían otras que nacían de los denominados negotium que eran sancionados mediante una acción especial diversa a la que surgía de la ley aquilia. Esto se debió a que la ley aquilia contemplaba casos en que la violación del derecho provenía de una acción positiva del ofensor, mientras que la violación proveniente de un no hacer u omisión no estaba contemplado, por lo cual los romanos se vieron precisados a establecer una actio diferente a la de la ley aquilia para resolverlos e incluso se dejaba a la víctima la opción de elegir entre ellas. Se decía entonces que la acción proveniente de la ley aquilia equivalía a la responsabilidad extracontractual y la actio proveniente del negotium era la responsabilidad contractual y de aquí se ha dado lugar a la tradicional división de la responsabilidad civil. Pero aún el observador desprevenido se da cuenta que no hay diferenciación en esencia entre ellas, por tanto debe seguirse insistiendo que se trata de dos aspectos de una misma teoría: la teoría de la responsabilidad civil, esto ha venido sosteniéndose desde las postrimerías del siglo XIX, época desde la cual se han elaborado teorías al respecto; así en el año 1884 surge la que se ha denominado teoría clásica en razón de que fué mantenida durante mucho tiempo y por la mayoría

de los doctrinantes. Se trata de la teoría dualista que hace diferencias profundas entre responsabilidad contractual y extracontractual partiendo de la noción de culpa. La doctrina francesa consideraba que había una culpa contractual y una culpa extracontractual en virtud de las normas que éstas podían violar.

Así, decían, las relaciones jurídicas están reguladas por dos clases de normas: la ley y el contrato, y que la primera se refiere a un deber legal que se halla en el campo de orden público mientras que en la segunda hay un deber convencional que permanece en la esfera de los intereses privados. En este orden de ideas, se concluía que había dos formas de cometer un ilícito: violando una norma legal o violando una promesa convencional de donde surgía en el primer caso la falta aquiliana y en el segundo caso la falta típicamente contractual.

En contraposición a la anterior teoría surgió la denominada teoría monista que trata sobre la unidad de responsabilidad; esta teoría no posee mayores partidarios y su mérito radica en que permitió el surgimiento de las teorías eclécticas que pueden considerarse dominantes. Prácticamente ha sido abandonada. Hay en el fundamento de la teoría clásica una idea falsa, entre la ley y el contrato no hay diferencia esencial. La ley es una manifestación de la voluntad



de individuos agrupados en el Estado -contrato social- y que el contrato a su vez es la ley para las partes y por tanto el apartarse de un deber legal es de la misma naturaleza que apartarse de un deber contractual.

Finalmente, a comienzos de este siglo surge una tesis ecléctica que plantea la síntesis del problema de la siguiente forma: el concepto de responsabilidad contractual y extracontractual es básicamente uno, pero en el desenvolvimiento técnico de este concepto en el campo del derecho positivo se presentan notables diferencias, así se habla de una unidad genérica y diferencias específicas -teoría de Amezaga-. La unidad genérica entre estas responsabilidades radica en la culpa, el hecho humano es la base de la responsabilidad contractual y extracontractual. Ahorabien, en cuanto a los aspectos que llevarían a diferenciarlas, este autor lo encuentra indagando sobre la naturaleza del derecho violado y dice que mientras que en la culpa contractual se le imputa al deudor el incumplimiento de un contrato, dentro del contratoes donde debe buscarse y encontrarse el derecho violado y en la culpa extracontractual se acusa al autor del delito de la violación de una obligación impuesta por la ley, es en la ley donde debe buscarse el derecho violado.

Concluyendo, creemos que las teorías que identifican en forma absoluta las responsabilidades como las que las separan en forma también absolutas, deben rechazarse, y por el contrario deben aceptarse las teorías eclécticas y más concretamente la sostenida por Amézaga, ya que en el plano genérico hay una unidad por que a su vez surgen de un solo concepto: la responsabilidad civil. Pero a su vez hay diferencias específicas provenientes del distinto grado de concreción del deber que en uno y en otro se viola. Así las legislaciones contemporáneas mantienen diferencias de régimen entre las responsabilidades acogiendo las teorías eclécticas.

2. HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Todo estudio que busque indagar y esclarecer los distintos aspectos que conforman el estudio de la responsabilidad debe encarar la perspectiva histórica del tema. Es realmente necesario acudir a la historia a fin de comprender mejor el alcance de esta materia, poder establecer su verdadera importancia y de esta forma señalar la evolución que ha tenido en el derecho contemporáneo. En pocas palabras, lo que se trata de establecer en este capítulo es el desenvolvimiento y transformación de la responsabilidad que nos permitirá fijar el sentido actual de dicho instituto.

2.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO ROMANO

2.1.1 Generalidades

La mayoría de la doctrina se muestra conforme en que la expresión responsabilidad es moderna, ya que al estudiar el derecho romano y otros derechos, se observa que el deber de resarcir el daño causado

es de formación reciente. Pero cómo se entendía este concepto en esos derechos? Las investigaciones históricas señalan que en el antiguo derecho quien causaba un daño quedaba expuesto a la venganza privada de los miembros del clan a que pertenecía el ofendido. Era una disposición prácticamente sin límites. Se logró un avance con respecto a este estado con el establecimiento de la Ley del Tali6n, en virtud del desarrollo de la civilizaci6n, ya m6s organizada y humanizada. Algunos afirman que es aqu6 cuando surge del da6o una responsabilidad, claro que este concepto se mira como simple obligaci6n de responder (aspecto que se halla comprendido en la concepci6n total de las obligaciones), o sea, es el mero deber. Dichos pueblos fueron adquiriendo un gran desarrollo que lo llev6 al nacimiento de una nueva instituci6n: La Composici6n. Esta consist6a en que el ofensor pod6a entregar una suma de dinero al ofendido para resarcir el da6o ocasionado. El ofendido a su vez gozaba de la opci6n de escoger entre la aceptaci6n del dinero o utilizar la Ley del Tali6n. Pero esta pr6ctica se fu6 generalizando hasta el punto que s6lo se pod6a aceptar el ofrecimiento del dinero. Y es aqu6 cuando nos encontramos frente a una verdadera responsabilidad que l6gicamente ofrece diferencias con la concepci6n actual.

Esto ocurri6 en muchos pueblos primitivos, pero es realmente en el derecho romano donde se estructura y se cumple de mejor forma

todo este proceso que culmina con la expedición de la Ley Aquilia, que por sus particulares características será estudiada a continuación.

2.1.2 La Ley Aquilia

Antes de la expedición de esta ley existieron normas que establecían delitos que ocasionaban daños diversos tales como la injuria y el furtum. Sin embargo estas figuras dejaban por fuera ciertos comportamientos que podían dar lugar a la causación de daño, lo cual hizo necesario la creación de la Ley Aquilia por un tribuno llamado Aquilio, en fecha incierta pero generalmente situada en el año 287 de nuestra era. El mérito de esta ley radica en haber unificado todo el sistema vigente.

Las características de esta norma en general eran:

- El daño causado a otro en su fortuna.

Se manifiesta que debe ser en la fortuna por cuanto en derecho las cosas adquieren importancia en la medida de su utilidad, lo cual significa que el daño debía afectar la utilidad de esas cosas, ya disminuyéndolas, ora haciéndolas desaparecer. Es este un rasgo

se tiene en cuenta si se hizo con o sin intención de dañar hasta considerar si se actuó dentro o fuera del derecho.

- Finalmente se exige que el daño causado sea al dueño de la cosa, ya que de lo contrario no se puede hacer uso de la Ley Aquilia.

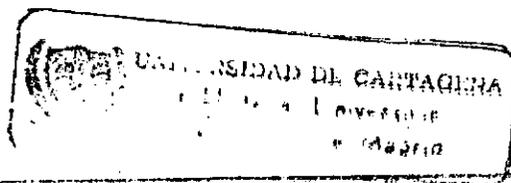
De lo anterior podemos observar que únicamente hay un elemento común entre la Ley Aquilia y las normas modernas, se trata de la reparación de daños; en los demás aspectos no hay punto de contacto entre ellas.

En la evolución del derecho romano se va extendiendo la aplicación de la Ley Aquilia a muchos casos mediante una interpretación generosa, pero aún así no se logró establecer un principio general de responsabilidad, es decir, una teoría general de la responsabilidad extracontractual.

2.2 EL DERECHO COMUN

2.2.1 Generalidades

Se le dá este apelativo a aquel período de la historia del derecho comprendido entre el siglo XIV y la codificación.



En esta época se hicieron grandes construcciones y teorías jurídicas que no obstante, no forman un sistema, sí tiene unas líneas comunes, uniformes, que le dan unidad a ese período de evolución del derecho.

Uno de los avances más importantes que lograron juristas de la época fué descartar el carácter penal de la acción. Su razonamiento se puede sintetizar diciendo así: Puesto que la Ley Aquilia que les sirvió de fuente era destinada a sancionar un delito, se puede desprender su carácter penal porque de un delito se derivan dos consecuencias: una penal y una indemnización y que precisamente esta última es la que se busca con la Ley Aquilia y la acción que de ella emerge. Se concluye razonando que la Ley Aquilia por su fuente es actio ex delicto, pero por su contenido no tiene nada penal, es acción civil destinada a la reparación.

Como consecuencia de lo anterior, se terminó con la intransmisibilidad pasiva de la acción, estructurándose la división entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

2.2.2 Conclusiones

La evolución del derecho en esta época fué de gran significación, ya

que se dieron dos consecuencias importantes: se le desprendió de su carácter penal y se establece una profunda diferenciación entre los órdenes de responsabilidad civil y penal, pasando a ser la actio ex delicto por excelencia .

2.3 LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Escuela que se inicia en la primera mitad del siglo XVII y se tras pasa al siglo XVIII.

A esta escuela le cabe el mérito de haber logrado separar la noción de la responsabilidad de la influencia romanista, cerrando así el ciclo de transformación de este instituto.

Esta escuela en lo que respecta a la acción de resarcimiento ejerció una influencia considerable en el campo dogmático, adecuando los desarrollos prácticos de esta noción con su construcción teórica. Es bueno aclarar que en virtud de las construcciones de los jusnaturalistas se haya podido ampliar la extensión del concepto reparador de la Ley Aquilia. No. Lo que ocurrió es que con su concepción emanada de la razón natural de que donde hay una lesión, jurídicamente relevante debe haber una reparación, " reconocieron y justificaron en la más amplia medida las aplicaciones

de indispensable determinación para un cabal entendimiento, curioso a la luz del derecho actual, si tomamos en consideración que el daño a un hombre libre no generaba responsabilidad, por cuanto éste no tenía un precio, mientras que si se causaba daño a un esclavo o a una res sí se producía tal responsabilidad.

- Que el daño sea ocasionado a un cuerpo por otro cuerpo.

Este requisito se explica diciendo que los romanos entendían que para estar dentro de esta ley el daño debía provenir directamente del propio cuerpo o sea que si mediaba otra causa no se aplicaba tal ley, como sería el caso de un daño hecho por algo que se pone en movimiento. Por otro lado, el daño debía recaer sobre un cuerpo, o sea que afectara una cosa ajena directamente. Lógicamente debía ser cosa corporal ya que un daño innaterial, Vgr: daño a la reputación de una persona, no permitía la utilización de la Ley Aquilia. Es por esta razón que un daño causado por omisión, tal como señalamos anteriormente, no daba lugar a la aplicación de la Ley Aquilia.

- Ausencia del derecho en el ofensor.

Este requisito equivale a decir que se actúa sin derecho. Aquí no

variadísimas de resarcimiento que fueron admitidas por corruptela de los principios romanos, en el derecho común durante los siglos anteriores.⁸

Todos estos antecedentes tienen una culminación en el siglo XVIII con la expedición en ese período de varios códigos, entre ellos el Código Francés.

⁸PEIRANO, op. cit., p. 126.

3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1 PLANTEAMIENTO

Mediante el desarrollo de este capítulo se busca establecer la razón por la cual se está obligado a reparar el daño causado. Partiendo de la noción de responsabilidad que se dió anteriormente, según la cual un hombre es responsable cuando sobre él pesa una obligación de indemnización, pero ello no nos señala la verdadera fundamentación de su responsabilidad.

Es este un planteamiento doctrinario, por lo cual son diversas las respuestas que se dan al interrogante de por qué se responde. Así por ejemplo, en las etapas primitivas basadas en un concepto puramente materialista se respondía por la simple producción del daño, luego, cuando se miran los aspectos subjetivos Vgr. morales, se comienza a ver otra posibilidad de fundamentación por tanto se dice, se causó un daño porque se ha querido, porque se ha querido hay que responder.

Ahora bien, creemos que el fundamento no es uno solo sino varios y la búsqueda de ellos será el propósito de este capítulo.

3.2 TEORIA DE LA CULPA

Se le ha llamado la teoría clásica en la medida que ha sido adoptada casi por unanimidad por los códigos modernos. Es una teoría que durante mucho tiempo, especialmente en el siglo XIX, se tuvo como fundamento de la responsabilidad civil, pero también desde hace tiempo viene siendo cuestionada prolija y concienzudamente por la doctrina.

Pero, en qué consiste el sistema de la culpa? Se dice que para que una persona responda por un daño ocasionado al patrimonio de otro, no basta la realización del daño sino que es menester que tal daño haya sido producido por dolo o culpa del actor.

Se hace indispensable la culpa en la noción de responsabilidad por cuanto para que esta exista se requiere un act humano que a su vez requiere de conciencia y voluntad, de lo contrario estaríamos frente a una acción más o menos animal, irracional, propio de las fuerzas naturales. Así se dice que esa voluntad soberana es el elemento capaz de crear responsabilidad.

Desde el aspecto referente a la apreciación de culpas, se tomó un modelo de referencia para apreciarla, de tal forma que cuando una persona produce un daño su conducta se compara con la del agente-tipo para llegar a saber si hubo culpa o no. Ese agente-tipo es el buen padre de familia, el tipo de hombre medio. De su correspondencia o no se derivan distintas consecuencias para el actor en cuanto a su responsabilidad. También la apreciación se logró mediante presunciones de culpabilidad, se estudiarán más adelante. Esto último vino a atenuar la teoría pura de la culpa.

También es procedente establecer las distintas definiciones que de la culpa han elaborado los juristas, y así Savatier define la culpa como "la violación de un deber que el agente podía conocer y observar".⁹ Los hermanos Mazeud señalan sobre el concepto de culpa lo siguiente, siendo una de las más completas: "La culpa es un error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio".¹⁰

El Código Penal Colombiano define la culpa en su Artículo 37 así:
"La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible

⁹MONTOYA GOMEZ, Mario. La Responsabilidad Extracontractual. 2ed. Editorial Temis. Bogotá, 1977. pp. 87.

¹⁰MAZEUD, op. cit., p. 376.

por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

3.2.1 Argumentos en favor

Puesto que es la noción que clásicamente se ha incluido en la responsabilidad, -y por tanto aceptada por todos- sus partidarios asumen su defensa tratando de desvirtuar las teorías que la contrarían y no haciendo apuntes dogmáticos por sí solas. Hay un fundamento filosófico en la noción moral de ella por lo cual se dice que un hombre se sentirá responsable de lo que haga pero no ocurrirá lo mismo con aquellos actos que no pueden preverse o evitar y por tanto su justificación en este último caso se hace imposible. En otras palabras, el hombre se siente responsable de su actuar voluntario y consciente y por tanto de todo aquello que pudo prever; no se sentirá igual con los hechos que escaparon a su voluntad.

También se dice que en la responsabilidad debe tenerse en cuenta la buena o mala acción ejecutada por el hombre. Este último es el mejor fundamento que puede hacerse a la teoría de la culpa en la responsabilidad porque en razón de las consecuencias que del acto malo o bueno puedan derivarse, responsable o no según el caso, el hombre se interesará en evitar aquellos y realizar estos.

3.2.2 Evolución

Las anteriores razones de fundamentación de la responsabilidad civil hubo que condicionarlas a las cambiantes necesidades de la vida moderna, por lo cual se varió las fórmulas de interpretación pero conservando la idea básica antes señalada.

Dentro de esas interrelaciones está el establecimiento de las presunciones de culpa. No son éstas más que inversión de la prueba, porque ocurre que en la generalidad de los casos era a la víctima a quien correspondía demostrar que hubo culpa y con ello por ende establecer la responsabilidad, pero como esto a veces era difícil demostración se acudió a las presunciones, según las cuales dadas determinadas circunstancias, la víctima se relevaba de la obligación de demostrar tal culpabilidad, o se invertía la carga de la prueba.

También se recurrió a un mecanismo técnico para adecuar la culpa a los cambios sociales de la época consistente en ampliar el alcance de la responsabilidad aquiliana y transformarla en responsabilidad contractual. Cómo se produjo esta transformación? Esto ocurrió en virtud del desarrollo de la industria que multiplicó los casos de accidentes dentro del grupo de obreros de la empresa, era la época

de la gran industria. Pero en lo que respecta a la responsabilidad también se multiplicó la dificultad para el obrero de demostrar la culpabilidad del patrono, acudiéndose entonces a extender la responsabilidad extracontractual a la responsabilidad contractual por que existía un deber para el patrón de devolver al obrero sano y salvo. Sin embargo este ensanchamiento fué rechazado prontamente por su carácter peligroso. Pero lo benéfico que ésta dejó fue abrir paso a la concepción de seguridad en toda clase de contratos.

3.2.3 Conclusiones

A través de la exposición anterior puede verse claro que la noción de culpa ha tenido que reelaborarse a medida que se producen cambios en la actividad social a fin de adecuarla a estos últimos. Pero a pesar de esta labor los juristas en la mayor parte de los casos consideran que no debe la culpa seguir presidiendo el fundamento de la responsabilidad civil, por lo cual han acudido a la elaboración de dos teorías, la objetiva y la de la garantía que se estudiarán a continuación.

3.3 TEORIAS OBJETIVAS

3.3.1 Argumentos en favor

Esta teoría en sus diversas orientaciones parten del elemento común de restar importancia en la responsabilidad civil a la noción de culpa propia de la teoría clásica.

Esto se debió al interés por los propugnadores de estas teorías de eliminar todo elemento psicológico y dar lugar a lo que es realmente importante: el aspecto económico. Esto concluyó en lo que se ha llamado el concepto objetivo de la obligación; según esto, cuando por la expansión de un patrimonio se ocasiona perjuicio a otro patrimonio debe buscarse restablecer ~~ese~~ equilibrio objetivo entre esos órdenes económico-patrimoniales.

Por otra parte afirman los que defienden estas teorías que el elemento social es cada día más importante y ocupa un primer plano en el mundo actual por lo que un individuo al causar daño a sus semejantes produce una reacción del grupo social que debe tener las normas dispuestas a sancionar tal hecho y en virtud de ello dar lugar a la noción de culpa es darle preferencia al individuo sobre el grupo social; de tal forma que cuando hay daño no debe mirarse si

hubo culpa o no, sino que se debe ver si hay interés social en reparar.

También se ataca la noción de culpa diciendo que en el mundo con temporáneo aparece cada vez más difícil la comprobación de ésta por lo que resulta injusto que la víctima, por razones aprobatorias pierda su reparación. Esta dificultad es obviada por la teoría objetiva.

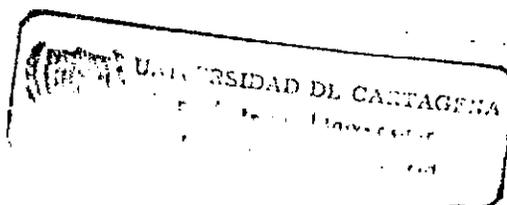
Esto lo afirma Saleilles con tal precisión que nos releva de todo comentario: "Limitar la responsabilidad al dominio de la culpa individual, significa imponer una pérdida al que ha actuado de modo puramente pasivo, en tanto que la verdadera justicia exige que cada uno soporte las consecuencias de sus propios actos".¹¹

Finalmente se dice que la culpa es noción que debe desaparecer por ser huidiza y que su análisis plantea grandes dificultades al momento de ser apreciada por el juez.

3.3.2 Variedades

Existen varias teorías objetivas que fueron apareciendo con el pro

¹¹Ibid., p. 413.



ceso de evolución del propio derecho aunque en un principio sólo se buscó eliminar la noción de culpa pero sin buscarle sustituto en otra idea positiva. Y así se dice que el hombre debe responder no por su culpa sino por su hecho o sea el simple establecimiento de una relación entre el hecho y el daño. Pero esto no tuvo mayor acogida porque a simple vista se observa que no puede esto servir de base a una teoría de la responsabilidad ya que hay daños que no generan responsabilidad, lo cual llevó a la búsqueda de otros sustitutos a la culpabilidad que en la teoría del riesgo tuvo dos vertientes significativas: la teoría del riesgo-provecho y la teoría del riesgo creado. La primera surgió como respuesta a un problema concreto: los accidentes de trabajo.

Consiste la teoría de riesgo-provecho en que es justo que quien instale una empresa para obtener beneficios económicos indemnicen a quien sufre daños por accidentes derivados del giro de la empresa y esta reparación debe hacerse aún cuando no existiera la culpa, sólo en razón del beneficio que la actividad conlleva para el dueño. La imposibilidad de probar la responsabilidad del patrono por culpa o negligencia suya en los accidentes de trabajo hizo que los juristas derivaran su responsabilidad del contrato de trabajo. Es decir, que la responsabilidad del patrono no se fundamenta únicamente en su culpa sino básicamente por hallarse los trabajadores

y patronos vinculados por un contrato de trabajo por medio del cual las partes se hacen responsables de los daños que sobrevengan por incumplimiento de las obligaciones que se deben las partes. Pero esta teoría no se limitó a este campo y así se aplicaron a toda actividad de la que una persona extrae un provecho.

La aplicación de esta teoría no fué aceptada ni siquiera por la jurisprudencia francesa, país donde había tenido origen. En Bélgica sí fue acogida, de allí que se le conozca como teoría belga. En cuanto a la ampliación también se rechazó por cuanto se confunde con la responsabilidad objetiva y crea problemas insalvables.

51534

Puesto que la teoría del riesgo-beneficio tiene alcances realmente limitados se ha elaborado una nueva concepción denominada teoría del riesgo-creado. Dice esta teoría que la responsabilidad consiste en la obligación de reparar daños producidos por una actividad que se ejerce en nuestro interés y bajo nuestro control o sea que según esta definición siempre que una actividad que crea riesgos para sus semejantes (incluso morales) debe reparar cuando se crea un daño en razón de ella. Esto permitió su aplicación a todo hecho del hombre. Sin embargo, de su misma explicación se presenta la mayor crítica. Cabe decir al respecto que en general toda actividad humana que lleva ventajas para quien lo hace representa una obliga

ción de reparar un daño pero sus consecuencias son absurdas por que se puede exponer al hombre a una serie indefinida de responsabilidad que detendría toda actividad.

Además se le critica a esta teoría que sólo toma en cuenta para los efectos de reparar el daño la actividad del ofensor y no se toma en cuenta el de la víctima, ya que hay que suponer una actividad activa o pasiva de la víctima de la cual éste también deriva utilidad.

3.3.3 Conclusiones.

La teoría del riesgo que fué establecida en un momento muy especial de la vida contemporánea, no pudo sin embargo elaborar un principio general capaz de reemplazar la noción de culpa.

~Borrar de la responsabilidad la culpa, es al mismo tiempo, borrar del derecho civil la persona, para aplastarla bajo la materia y bajo la sociedad~, ¹² es la conclusión a que llegan los hermanos Mazeud a este respecto.

Hoy la mayor parte de los autores del derecho civil coinciden en

¹² Ibid., p. 412.

este hecho que ha dado lugar al surgimiento de las tesis eclécticas que se tratarán a continuación.

3.4 TEORIAS ECLECTICAS

Como es propio de esta clase de teorías, trata de conjugar los distintos aspectos de las teorías en el campo de la responsabilidad; las teorías eclécticas aceptan la noción de culpa y han tratado de defender los postulados de la teoría del riesgo. Los sistemas eclécticos más sobresalientes son los de Josserand y Savatier.

3.4.1 Teoría de Josserand

Considera ésta que la responsabilidad se mueve entre la culpa y el riesgo. Lo primero porque mediante ella se pueden explicar algunas situaciones delictuales como por ejemplo el abuso de derechos que crea responsabilidad a quien por negligencia o un uso mal intencionado de sus derechos causa daño a otro. Al mismo tiempo responsabiliza al patrono de todo daño que resulte al obrero como consecuencia de los riesgos que implica la explotación de actividades o industrias peligrosas. Esta combinación no es realmente explícita y crea un crédito prácticamente ilimitado. La pregunta que de aquí se deriva es: Cuál es la distinción entre

el principio de la culpa y del riesgo aplicados a la responsabilidad civil? No ha logrado Josserand y los doctrinantes mostrar esas diferencias que han llevado al abandono de esta teoría.

3.4.2 Teoría de Savatier

Este autor ha continuado la teoría de Josserand en el sentido que acepta ambos aspectos tanto la culpa como la teoría del riesgo pero hace una innovación en el sentido de jerarquizarlos.

Le da el primer lugar a la culpa y subsidiariamente al riesgo-creado. Se sintetiza esta teoría señalando que en un principio hay que reparar el daño en base a la culpa; sin embargo, cuando hay casos donde no es demostrable, pero por razón de equidad debe pagarse la indemnización, debe acudir al riesgo-creado. Ahora bien, la pregunta que a esta teoría se le hace es, cuándo es preciso cambiar de un concepto a otro? Cuando hace falta la culpa, responde este autor, pero aún así, cuándo ocurre esto? No hay aquí respuesta satisfactoria de Savatier.

Este tipo de doctrinas poseen una falla en su propia esencia al tratar de conciliar estos conceptos, culpa y riesgo, que son principios irreconciliables y en base a ello fundamentar la responsabilidad civil.

3.5 TEORIA DE LA GARANTIA

Esta teoría que al decir de su propio autor Starck, es enteramente nueva.

~ En tanto que elemento reparador, la teoría de la garantía busca indemnizar todo daño con prescindencia del elemento subjetivo, esto es la culpa; en tanto que elemento penal, la teoría de la garantía toma en cuenta la culpa como factor para agravar la situación de quien cometió ilícitamente un daño pudiendo evitarlo.¹³ Son estas palabras con las que el autor explica su teoría.

Por otra parte afirma Starck que hay un vicio que le es común a las nociones de culpa y riesgo, como es el ser objetivas partiendo de quien lo ha causado, debiendo mirarse desde el punto de vista del lesionado. Debe tenerse en cuenta las razones que la víctima invoca para reclamar una indemnización, sólo así puede construirse un sistema de reparación.

Todo se reduce a un conflicto de derechos y por ello establece una norma general que dice: todo derecho subjetivo da a quien lo posee

¹³STARCK, B. Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en la double fonction de Garantie et de peine privée. s.t. París, 1947 en la Revista de Droit Civil. no. 165, p. 320.

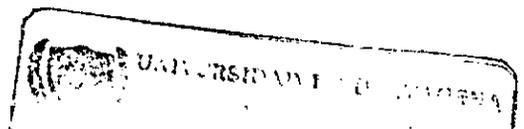
la facultad de usarlo impunemente pero deberá ser ejercido con ciertos límites y en ese caso el daño será lícito si es el ejercicio necesario y normal de ese derecho en caso contrario, sería daño ilícito. Ahora bien, cómo puede valorarse ese uso necesario y normal de tal derecho? La jurisprudencia para resolver ello tiene que apelar a la noción de culpa.

Lo anterior nos lleva a concluir que la cuestión del fundamento de la responsabilidad civil se encuentra planteada en el binomio culpa-riesgo.

En materia legislativa el estado actual de fundamento de la responsabilidad está en aceptar a través de las disposiciones civiles la noción de culpa, en otras palabras, aunque con pequeñas variaciones, hay que admitir que el concepto de culpa sigue siendo el único fundamento de la responsabilidad civil

En lo que respecta a la teoría del riesgo, ésta no ha sido totalmente desechada y por el contrario se ha reflejado en ciertas legislaciones especiales, podemos citar cómo en Francia ha servido de base a la legislación de accidentes de trabajo.

Por último, se ha llegado en este aspecto a cierta quietud entre



los doctrinantes ya que se acepta por lo general el sistema de culpa corrigiendo mediante la vía de interpretación los defectos que se puedan presentar en los textos legales.

4. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En los primeros tiempos del código de Napoleón no existía una verdadera formulación sobre los elementos de la responsabilidad civil pero luego ya en la segunda fase de la escuela exegética aparecen las primeras formulaciones hasta encontrarse en la actualidad explícitamente señalado el tema de los elementos de la responsabilidad civil.

Ahora, bien, se observa que la determinación de los elementos constitutivos de la responsabilidad ha sido prolijamente tratado por la mayor parte de los autores contemporáneos, sin embargo dichos autores no se han detenido a señalar cuándo una circunstancia cualquiera puede considerarse elemento. Por ello, para una mejor claridad al respecto, diremos que corresponde a aquellas circunstancias de existencia normalmente necesaria y suficiente para dar nacimiento a la obligación de reparar. Esas condiciones son de diversa naturaleza, así puede ser de índole material Vgr. nexos causal, psicológico Vgr. elemento intencional que constituye la culpa, etc.

Lo importante es que todas concurren para que surja la obligación de reparar. Este es el verdadero sentido que es preciso atribuir en nuestra ley y a los elementos de la responsabilidad civil.

Para precisar en nuestro ordenamiento jurídico cuáles son dichos elementos, es necesario hacer claridad en el sentido de que éste es un tema cuya enunciación no puede tener carácter definitivo por cuanto los elementos de la responsabilidad han variado a través de la historia, de acuerdo a la propia evolución de la noción de responsabilidad; así por ejemplo, en las épocas primitivas bastaba la causación del daño para hacer la responsabilidad. En este orden de ideas, hay que concluir que los elementos de la responsabilidad son válidos para un derecho determinado, en un lugar y tiempo determinado.

Los autores por ello han elaborado distintas teorías que se mueven en los extremos, o sea, unas restrictivas y otras extensivas; hay sin embargo la tendencia dominante, es la nueva teoría ecléctica.

La primera teoría reduce al máximo los elementos de la responsabilidad afirmando que son básicamente dos: el hecho ilícito y la culpa. Chironi, que es el más representativo de esta teoría, afirma que el daño está incluido en el hecho ilícito. La extensiva, por su

parte, amplía el número de elementos a cuatro: hecho dañoso, acto ilícito, imputabilidad y culpa. Otros autores los han ampliado incluso a cinco y seis elementos.

Frente a estas teorías extremas hay una tendencia intermedia que es tesis clásica en la doctrina francesa que los han precisado tal como enseña Mazeud¹⁴ así: El daño, la culpa y el nexo causal. Es ésta la teoría más acogida por las distintas doctrinas como la belga (De Page), Morcos en el extremo oriental del Mediterráneo, etc.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

El principio general acerca de la responsabilidad del hecho ilícito se encuentra en el Artículo 2341 del Código Civil que obliga a la indemnización del daño causado por delito o culpa. Es de orden público primario no dañar a otro; pero para que surja en el derecho la necesidad de reparar el perjuicio, se requiere que obedezca a error de conducta imputable a quien por ello se encuentra obligado a reparar. De lo cual se derivan tres elementos clásicos de la responsabilidad extracontractual o aquiliana que, en principio, el demandante debe probar como fundamento de su acción: a. la culpa; b. el daño y c. que la primera fué causa suficiente del segundo.¹⁵

El Artículo 2341 del Código Civil lo consagra así: "El que ha

¹⁴MAZEUD, op. cit. p. 260.

¹⁵COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XCIX. Casación Mayo 10, 1912. p. 61.

cometido en delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Concluyendo, desde las primeras nociones de derecho se aprende que la responsabilidad se asienta en un trípode: daño, culpa y relación causal entre ésta y aquel, aserto que luego va precisándose en la complejidad y variedad de cada uno de tales factores y que va a ser objeto de estudio en este capítulo.

4.1 LA CULPA

4.1.1 Definición y Concepto

Es el elemento de la responsabilidad extracontractual más controvertido durante todas las épocas. Inicialmente se considera que para que haya responsabilidad se requiere que un individuo haya logrado con su acción o abstención un daño, pero es ello suficiente? o es menester que tal hecho sea culposo? En otras palabras, es el simple actuar el requisito para la responsabilidad o es responsable cuando se actuó en forma diferente a la que se debió actuar? Son estos interrogantes los que han dividido a los autores y que ha dado origen a diversas teorías al respecto.

Tal como quedó señalado anteriormente en el derecho romano se estableció una responsabilidad por culpa de manera casuística que no permitió una elaboración de dicho concepto por lo que no se logró un principio general de la materia y mucho menos una definición de la misma. Así ha ocurrido en muchas legislaciones, tales como el Código Francés y el Código Civil nuestro, que no definieron la culpa pero sí la desarrollaron en los artículos referentes a la responsabilidad civil.

En la actualidad la mayor parte de los autores tratan de definir la culpa en función de la violación de una norma de derecho pre existente. Oigamos algunos de esos autores:

Marcadé: "Un hecho positivo o negativo que representa la violación de un derecho".¹⁶

Josserand: "Cometer una culpa delictual es atacar un derecho sin poder prevalerse de un derecho superior o al menos equivalente".¹⁷

¹⁶ MARCADE. Explication Theorique et Pratique du code Napoleon.
 . TV. Trad. Deo, M. 2ed. Editorial Gas. Barcelona, 1960.
 p. 120.

¹⁷ JOSSERAND, op. cit. p. 283.

Demogue, por su parte señala dos condiciones para la culpa: un ataque al derecho, condición objetiva y la posibilidad de prever el daño con mayor atención de la que ordinariamente se hubiera tenido, condición subjetiva. Características de las anteriores definiciones es la de ser imprecisas y tautológicas ya que es por todos aceptado que la violación de un deber pre-existente implica culpa. En estos casos quien obra contra derecho a sabiendas comete delito y si es por imprevisión, cuasidelito. Ahora bien, lo que se trata de saber es cuándo ha sido imprudente, negligente, culposo, el actuar de quien causó el daño.

El doctor Humberto Cuéllar G. se expresa en estos términos sobre el tema ~ pero lo que genera la obligación de indemnizar no es la violación de la norma, que erige en derecho de cada cual la conservación de su patrimonio y de su integridad física y moral, lo que origina la responsabilidad civil es que esa violación se deba a culpa; por lo tanto sólo el daño causado por culpa de su autor debe repararse~.¹⁸

Los hermanos Mazeud por su parte la consideran como ~error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente

¹⁸ CUELLAR GUTIERREZ, Humberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Librería Jurídicas Wilcias. Bogotá, 1983. p. 63.

colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño".¹⁹ Esta ha sido la definición que mayor acogida ha tenido.

Lo anterior se debe a que en esta definición comentada la culpa es una noción de hecho. No es sólo la violación de una norma jurídica que establezca un deber determinado, ni el abandono de una obligación moral; es la conducta equivocada de una persona que de hecho ha obrado de forma diferente a como habría actuado aquel tipo de ideas abstracto de comparación abstracto y al hacerlo ha perjudicado el interés de otro.

4.1.2 El Dolo

Se manifiesta que se trata de una variedad de culpa, así se dice que él existe cuando el hecho ilícito se ha cometido con intención de dañar, es la culpa en sentido lato. Se requiere entonces, para que haya dolo, dos elementos: conciencia y voluntad. Lo primero en cuanto a la conciencia del acto que se está realizando y sus resultados; en cuanto a lo segundo la voluntad no sólo de realizarlo sino de alcanzar dichos resultados.

¹⁹ MAZEUD, op. cit., p. 269.

Nuestro legislador ha definido el dolo en su Artículo 63 como: "La intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Y en ese mismo artículo afirma que la culpa grave en materia civil equivale al dolo.

Sin embargo esta diferenciación en materia de responsabilidad extracontractual no ofrece mayor importancia por cuanto es indiferente que el daño se haya causado con dolo o culpa.

4.1.3 De la Culpa Delictual y Cuasidelictual

La distinción entre delitos y cuasidelitos se halla cuestionada por los modernos doctrinantes. Le restan validez afirmando que sólo se trata de un rezago del derecho romano que ha sido transplantado sin lógica en las modernas legislaciones. La mayor crítica que se les hace es que ambas corresponden a un solo concepto: el hecho ilícito.

Creemos que debe optarse por la denominación de acto ilícito ya que mediante esta teoría unitaria se permite una mejor aplicación sin inútiles y sutiles diferenciaciones técnicas.

La distinción entre delitos y cuasidelitos carece de interés en ma

teria civil, tanto para uno como lo otro los efectos son idénticos: la reparación del daño. Esta unificación se ha logrado en materia penal que sólo habla de delitos y contravenciones que pueden, en cuanto a culpabilidad, cometerse con dolo o culpa.

4.1.4 Sistema del Derecho Francés y otras Legislaciones

El sistema de la culpa en el derecho francés es de suma importancia por su influencia en nuestro propio sistema y además por ser la doctrina francesa la que ha trabajado sobre este punto en razón de que el código de Napoleón no define la culpa. Los primeros ensayos por definir la culpa se caracterizaron por la mayor confusión e imprecisión y sólo mucho tiempo después llegó a establecerse que la culpa necesita de una doble condición: la violación de un derecho y la actuación voluntaria negligente o imprudente.

Luego de muchas elaboraciones surge la figura de los hermanos Mazeud cuya definición, antes señalada, está llamada a ejercer influencia en gran parte de los códigos modernos.

Finalmente, otros autores franceses han tratado de eliminar la culpa como elemento de la responsabilidad extracontractual y con fundirle con el daño o la relación causal. Esa fue la tesis elabo

rada por el Procurador General Leclercq en 1927, que fué escogida por la jurisprudencia belga para solucionar los problemas planteados por los accidentes de tránsito. Afortunadamente a pesar del prestigio de sus defensores fué prontamente desechada porque según el sentir del legislador no fué el sentido de relación material el que quiso imprimirle cuando habló de culpa en el Código de Napoleón.

Esta teoría tampoco ha sido de recibo en nuestro medio por cuanto advierte una gran confusión desvirtuando la propia fundamentación de la responsabilidad, ya que se responde no sólo por atacar el derecho sino en tanto se actúa culposamente.

Una cosa es haber sido o no el autor de un hecho y otra es haber actuado con culpa o sin ella. En otras palabras, se puede haber obrado con culpa y no ser responsable por no haber causado el daño o por el contrario haber causado el daño pero no ser responsable porque se actuó sin culpa. Son dos factores indispensables, pero con autonomía, con su propia razón de ser.

La doctrina uruguaya no ha sido prolija al interpretar el régimen positivo de ese país sobre la culpa. Tal doctrina no aborda propiamente el concepto de culpa y sólo señala que la culpa y negli

gencia son una misma cosa. Es decir no se percibe realmente un concepto explícito de culpa. Tampoco el legislador uruguayo definió la culpa, considerado un acierto de la ley pues se trata de un concepto amplísimo, variable y por ende de difícil concreción en una norma legal. También en el Código Civil chileno se establece graduaciones de culpa tal como el nuestro sin definirla.

4.2 EL DAÑO

Es el elemento que menos dificultad ha presentado porque dentro de nuestro tema siempre se ha considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia esencial para hacer nacer la responsabilidad civil, la obligación de reparar surge del perjuicio. Esto es válido dentro del sistema de nuestro Código Civil.

4.2.1 Teorías sobre el Daño

La teoría dominante sobre el daño es la que establece que el perjuicio debe ser a un interés legalmente tutelado. Tiene importancia por la aplicación práctica que de allí se deriva. Se cita por ejemplo el caso de la concubina que no podría reclamar daños y perjuicios por el hecho de la muerte de su concubino porque la unión libre no hace nacer ninguna obligación recíproca entre con

cubinos. Así también quien recibe limosnas voluntarias por la muerte culpable de su bienhechor, etc., y así se van construyendo aplicaciones partiendo de esta teoría.

Frente a la anterior se encuentra una tenencia sólo acogida por algunos autores, entre ellos Alesandri Rodríguez.

Según esta teoría no es necesario que el perjuicio consista en la lesión o menoscabo de un derecho. El daño, entonces, se refería al simple daño.

El criterio general informador del Código Civil es el interés. Así se haya establecido en el Artículo 1613 que señala que la indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

De manera descriptiva se afirma que el daño es la diferencia, per judicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo.

4.2.2 Concepto

Nuestro Código Civil no define en forma expresa el concepto de daño, se limita a afirmar.... " el que ha cometido un delito o

culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización.

Los doctrinantes por su parte han elaborado definiciones sobre lo que debe comprender el concepto de daño.

Daño es "lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que lo acongoja⁻²⁰ o "lesión de un interés legalmente tutelado".²¹

Según lo anterior hay dos aspectos que conforman el daño: un elemento de hecho, el perjuicio, y un elemento de carácter jurídico, la lesión a un derecho: ese interés jurídico puede ser referido a la integridad física, moral, los bienes, el honor, los derechos créditos, reales, etc., pero si sólo hay interés no habrá lugar a daño, se requiere que sea un interés protegido legalmente.

4.2.3 Caracteres del Daño

Estos caracteres han sido fijados por la doctrina y la jurisprudencia.

²⁰DE PAGE, *op. cit.*, p. 890.

²¹HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil Obligaciones. Publicaciones Externado de Colombia. Bogotá, 1963. p. 529.

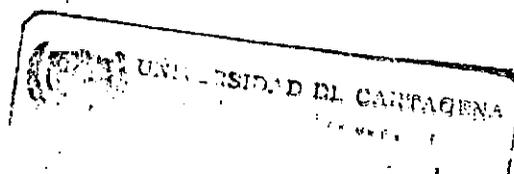
dencia para una mayor precisión del término aunque éste en sí no exige ningún requisito particular. Nos ocuparemos de ellos a continuación.

4.2.3.1 Daño Cierto

El perjuicio para que se configure como relevante a los efectos de la responsabilidad extracontractual debe ser cierto. Se dice que perjuicio cierto es el que se funda sobre un hecho cierto y no hipótesis. Se opone al perjuicio eventual o hipotético. De estos últimos sería el caso del funcionario despedido al reclamar indemnización por los aumentos de sueldo que le hubieran correspondido si hubiera continuado ascendiendo en el escalafón administrativo hasta el momento de su jubilación. En este caso resulta inadmisibile. El daño futuro es aquel cuyas consecuencias nocivas no se han consumado al incoarse la acción de indemnización, aún cuando su existencia sea cierta desde dicho momento. Este por el contrario sí es admisible.

La Corte ha dicho:

El daño futuro es indemnizable a condición de que en el momento presente resulte ser cierto que se realizará. Es inadmisibile conceder reparación por pérdidas puramente futuras y eventuales, porque se ignora su exis



tencia y cuantía. Cualquier base que se indique será producto de la fantasía.

Para que el perjuicio futuro sea indemnizable es necesario que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, susceptible de estimación inmediata. El que tiene una profesión u oficio, abogado, médico, agricultor, mecánico, etc. ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación de que vivía, la ganancia o utilidad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de cálculo y, por ende, de evaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual.²²

El daño futuro así, se diferencia del daño eventual ya que éste se opone al daño cierto porque es aquel que está meramente basado en suposiciones o conjeturas. Estos tampoco son admisibles. Esto es acogido con firmeza por la jurisprudencia y doctrina extranjera y nacional.

No sobra advertir que la certeza del perjuicio guarda independencia en relación con el monto del mismo. Por ello basta la existencia del perjuicio sin que sea necesario determinar inmediatamente su entidad.

El monto del daño es algo que debe apreciar el ofendido a fin de

²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XCVIII. Sala de Negocios Generales. Sentencia, No viembre 12, 1943. p. 83.

determinar si le es conveniente o no ejercer la acción de responsabilidad teniendo en cuenta la magnitud del daño.

4.2.3.2 El Daño no debe haber sido reparado

Lo que aparentemente es una ociosa tautología cuando se encara el problema en cuanto al ofensor que ha indemnizado a la víctima del daño, cobra verdadero interés cuando la reparación proviene de un tercero. Se pregunta: Podrá subsistir el daño como elemento de la responsabilidad o por el contrario ha desaparecido este extremo de la responsabilidad?

El caso que mayor interrogante suscita es en el caso del seguro, si se causa un perjuicio sobre un bien asegurado.

Podrá intentarse la acción de resarcimiento del daño contra el ofensor o él dirá que no puede reclamar porque ha sido indemnizado por el seguro?

Tradicionalmente se entendió que no procedía para el damnificado la acumulación de la acción de responsabilidad extracontractual y la que le da derecho al cobro de indemnización proveniente del seguro. El fundamento de tal posición radicaba en que habiéndose

reparado el perjuicio no había lugar a la acción de responsabilidad porque se ha eliminado el daño, entonces con qué derecho va la víctima a reclamar ante la justicia?

A pesar de la argumentación tan sólida de esta posición ha sido de sechada por la jurisprudencia y doctrina francesa. El punto central de esta nueva apreciación sobre el tema es la naturaleza jurídica del contrato de seguro. Mientras que en un principio se consideraba que era un contrato de naturaleza indemnizatoria, es ésta la base de la anterior posición, actualmente con el afinamiento de los conceptos jurídicos se ha establecido que es una figura jurídica distinta de la indemnización. Cuando el asegurador paga no es a título de reparación de daño, sino es la contrapartida por las sumas recibidas. En pocas palabras, es la ejecución de una obligación condicional en la cual el evento de que pende la condición es precisamente, el acaecimiento de determinado riesgo. El contrato de seguro es un contrato aleatorio, lo que significa que el asegurador no sufre perjuicio por ello sino que simplemente cumple o ejecuta el contrato y es la contraprestación a las primas recibidas por el asegurado. El asegurador sólo podrá accionar en nombre del asegurado cuando así conste en la póliza de seguro. Es ésta una modalidad frecuente al celebrarse un contrato de seguro cualquiera que sea su naturaleza.

4.2.3.3 Daño personal de quien solicita la reparación

Este requisito doctrinalmente establecido se expresa en que el daño no debe ser personal de quien demanda la reparación. Pero este requisito tampoco puede interpretarse restrictivamente en el sentido de que quien reclama debe ser la persona directamente lesionada, porque en ocasiones, Vgr. en el daño moral, el daño de la persona que acciona ante la justicia proviene a su vez de un daño que sufrió la persona directamente lesionada por el defensor. Lo importante es la existencia de un interés personal (legalmente tutelado) para accionar.

Así se encuentra este requisito en el Código Civil en el Artículo 2342:

Puede pedir esta indemnización no sólo el que es el dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha caído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder por ella; pero sólo en ausencia del dueño.

Las anteriores nociones dejan explícitamente establecida las clases de daños que permite configurar la responsabilidad extracontractual por lo que tangencialmente haremos referencia a los daños

materiales y morales. En cuanto a los primeros no se presenta dificultad en el sentido de admitirla como elemento de la responsabilidad extracontractual. Esta modalidad de daño es definida por el doctor Fernando Hinestroza así: "Daño material es el detrimento económico sufrido, la disminución presente o futura del patrimonio, sea por sustracción o menoscabo de los actuales elementos, sea la disminución de las posibilidades ciertas de producción futura".²³

Por su parte el Código Civil en el Artículo 1614 divide el daño material en lucro cesante y daño emergente. Por el primero se entiende la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplida imperfectamente o retardado su incumplimiento. En cuanto al segundo es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o cumplido imperfectamente o haberse retardado su incumplimiento. El daño emergente o concretamente daño comprende los perjuicios morales objetivos y subjetivos así como los materiales ya que en este caso puede afectarse el patrimonio moral y material.

En cuanto a los segundos, daños morales, la dificultad se presenta

²³HINESTROZA, Fernando. Conferencia de Obligaciones. Edición mimeografiada. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1955. p. 283.

desde su sola enunciación: daños morales, extrapatrimoniales, incorporales, de afección, etc. La dificultad aumenta al tratar de precisar el concepto de daño moral. Hay que desechar en primer término aquella concepción que opone el daño moral al material, afirmando que éste es el perceptible por los sentidos y el otro no, porque existen daños que se perciben por los sentidos y sin embargo son morales, el caso del daño que causa en la personalidad estética del hombre una cicatriz deformante, y filosóficamente también porque aún el daño moral es percibido por los sentidos, es el caso de un dolor intenso que es perceptible por los sentidos de las personas que rodean a la que sufre el daño.

Otros la definen atendiendo a su carácter extrapatrimonial. Sin embargo, también ha sido rechazada por cuanto la distinción del daño, material o moral, no deviene de la naturaleza de bien o derecho lesionado. Se podría causar un daño a un derecho extrapatrimonial como el honor y sin embargo ser avaluable económicamente y a la inversa el derecho de propiedad, por ejemplo, eminentemente patrimonial, al ser atacado, dar lugar tanto a un daño material y a un daño moral, si el ataque ha causado molestias o mortificado al propietario.

Se ha distinguido entonces la diferenciación de estos daños partiendo no de su origen sino de sus efectos: si el daño repercute

sobre el patrimonio es daño moral. Se dice en conclusión que el daño va a depender de la repercusión que tenga el acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima. Naturalmente, ello se aprecia al momento de producirse el daño.

Ahora, al considerar si debe el daño moral servir para configurarse como elemento de la responsabilidad extracontractual, la mayoría de la doctrina así lo ha entendido hasta el punto que ha dejado de ser ya un problema en el derecho moderno. Prácticamente no existen legislaciones que impidan su resarcimiento. También es acogida por la jurisprudencia. La Corte ha afirmado lo siguiente en cuanto a este tema: " Por perjuicio moral se entiende el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la persona moral del damnificado, hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral".²⁴

En el mismo fallo señaló la Corte:

El daño moral puede ser objeto de una subdivisión, en perjuicios morales propiamente dichos, que son los que afectan la parte social del patrimonio moral; como los

²⁴COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XX. Sentencia, Marzo 15, 1941, núm. 1966, p. 795.

atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidas por leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en perjuicios de afección, que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección...²⁵

En cuanto al régimen a que está sometido tampoco ofrece dificultad puesto que si no hay diferenciación en cuanto a los daños, tampoco debe haberlo en cuanto al régimen a que están sometidos. La dificultad se presenta si en el campo probatorio por lo cual se considera que la prueba del daño moral es una prueba in re ipsa.

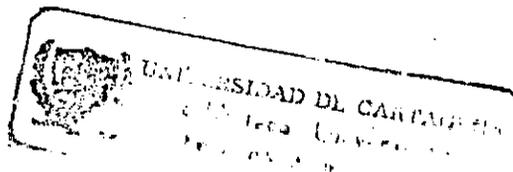
4.3 EL NEXO CAUSAL

4.3.1 Principio

Es este elemento reconocido ampliamente por el sentido común ya que el daño debe soportarlo quien lo ha causado, de manera que debe existir una relación entre el daño causado y la conducta del ofensor.

Y es precisamente esa relación a la que se alude cuando se habla

²⁵ Ibid., p. 795.



de nexos causal como elemento de la responsabilidad extracontractual. Su estudio como elemento aparece en la segunda mitad del siglo XIX ya que antes se suponía de manera inequívoca su existencia. En nuestro medio igualmente a pesar de estar consagrado en los textos legales no ha sido estudiado con profundidad, siendo tan sólo enunciada como noción o tocada tangencialmente en forma negativa, es decir, sobre los factores que la excluyen siendo el derecho penal el que más se ha interesado en este punto; pero al decir de los doctrinantes esta labor más que llevar claridad sobre el tema ha tendido a oscurecerlo. Desde el punto de vista civil adquiere suma importancia en la medida de que las teorías que sobre él se adopten repercuten en las soluciones que se plantean en el régimen de responsabilidad civil.

4.3.2 Concepto de causa

De elementales principios filosóficos se dice que: "Causa es lo que produce un efecto, es el antecedente en que se funda la existencia de una consecuencia".²⁶

Se suele expresar que todo lo que llega a ser tiene causa, siendo

²⁶ MONTOYA, op. cit., p. 190.

el desarrollo del principio de causalidad, y la causa, en el sentido de causa eficiente, es el influjo proveniente de otro ser que hace que una cosa sea lo que es y no otra determinada. De este modo la relación de causalidad puede ser definida como el lazo que se establece entre dos fenómenos cuando uno de ellos debe su existencia al otro. Es entonces un elemento de naturaleza externa objetiva.

Este elemento está consagrado en el Código Civil en diversos artículos siendo entre otros el 2341, "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro....", el 2356 que dice: "por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia.."

4.3.3 Causalidad y Culpabilidad

Estas nociones ofrecen diferencias, así mientras la culpa responde a la idea de un aspecto subjetivo, la causalidad nos brinda la idea de un fenómeno objetivo, relacionando fenómenos o cosas que pertenecen al mundo de los objetos reales.

De lo anterior se deduce que en la causalidad se establece un ligamento entre fenómenos mediante una imputación física, al tiempo

que en la causa el ligamen es referido a una imputabilidad moral o jurídica.

El papel que juegan estas dos nociones resulta claramente explana do cuando se considera la diferencia entre el sistema propuesto por la teoría del riesgo y el sistema tradicional de la culpa en cuanto a la configuración de los elementos básicos de la responsabilidad ex tracontractual. De acuerdo a la teoría del riesgo, es suficiente que se acredite la existencia de un nexo causal entre el hecho humano y el daño causado; independientemente de toda noción de culpa, surge, por esa sola conexión causal, la obligación de reparar propia de la responsabilidad. En cambio, según defiende el sistema tradi cional de la culpa, esa sola relación de causalidad material no con figura responsabilidad: es menester que a ella se superponga otra relación, que posee entidad espiritual o psicológica, y que resulta de que el daño, que es consecuencia material de la acción humana, sea además, consecuencia de la actividad humana inteligente, esto es, sea un acto culpable o doloso.

4.3.4 Pluralidad de Causas

Es este el problema central del tema de la causalidad material, es to debido a que en determinadas circunstancias frente a un evento

pueden concurrir varias causas presentándose al intérprete dificultad para determinar cuál es la verdadera.

Suelen los autores citar un ejemplo, ya clásico, del auto que va con excesiva velocidad y se atropella a una persona que sufre sólo fracturas y al ser transportado por la ambulancia es víctima de un nuevo cheque a consecuencia del cual fallece. Aquí se busca establecer si la causa de la muerte del peatón fué el primitivo atropellamiento o fué el accidente de la ambulancia.

Esto ha dado lugar a lo que se denomina como concausas y lo que se trata de saber es cuál concausa produjo realmente el daño, pudiéndose discriminar entre ellas, o si por el contrario el daño es el resultado de la suma de todas concausas, circunstancias causales concurrentes. Para resolver estos interrogantes se han formulado diversas teorías que se pueden agrupar en dos grandes sistemas, que se tratarán a continuación.

4.3.5 Diversas teorías sobre la materia

Tal como hemos dicho en el punto anterior las teorías que tratan de resolver el inconveniente que se presenta cuando hay concurrencias de causas se han agrupado en dos sistemas: el primero, tiene su

fundamento en la idea de la equivalencia de condiciones, la conducta sine quanon. Según estas teorías al presentarse varias causas en la producción del daño, todas deben considerarse causas del mismo fin sin que haya lugar a distinguir entre ellas por razón de su importancia. El segundo está conformado por las teorías que parten de la base de que hay que establecer la distinción entre las causas. La forma como se establece la distinción es, precisamente, lo que dá especialidad a cada una de esas teorías.

4.3.5.1 De la equivalencia de condiciones

Históricamente es la primera que aparece en el campo de la causalidad material, formulada inicialmente en Francia, luego fué desarrollada en Bélgica. Inicialmente la postura de esta teoría era que todas las fuerzas de que se compone una consecuencia jurídica reprimida son igualmente esenciales para ésta. Por lo cual todas las concausas referidas a un mismo evento tiene un mismo valor, de allí que se llame a esta teoría de la equivalencia de condiciones. Fué durante mucho tiempo llamada teoría dominante por su acogida por los autores alemanes y diversos códigos, tales como el código penal noruego, el código penal italiano, el código penal brasileño.

Se fué desechando a pesar de su inicial auge en razón de ampliar demasiado el concepto de causa riñendo con el sentido común y al no permitirle al juez mayor elasticidad para buscar una solución adecuada a las resultandas del caso, porque según esta teoría el daño debía repartirse por partes iguales siendo que la justicia puede reclamar una solución diferente.

El Artículo 2344 del Código Civil Colombiano establece la solidaridad cuando el delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas. Al respecto se pronunció la Corte, así: "Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptua el Artículo 2344 del Código Civil, en armonía con el 1571".²⁷

Nuestra jurisprudencia al acoger esta tesis la denomina causalidad ocasional y así afirma la Corte: "Basta con que dentro de las diversas causas cuya intervención fué necesaria para el daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de la persona a quien se indica como responsable".²⁸

²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo VII. Casación, 1935. num. 190. p. 305.

²⁸ Ibid., p. 305.

4.3.5.2 Teoría de la causa próxima

Según esta teoría existiendo varias condiciones de un hecho es preciso determinar una relevante y convertirla en causa del hecho. Así surge la teoría llamada de la causa próxima porque se dice que es causa la condición más próxima al resultado, los otros revisten la calidad de simples condiciones.

Generalmente la última causa es la más eficaz pero ello no se da en todas las circunstancias por lo cual presenta un vicio que ha llevado a su rechazo.

La moderna doctrina alemana la ha desechado totalmente, así como el derecho anglo-americano.

4.3.5.3 Teoría de Von Bar

Fue formulada por dicho autor en el año de 1871. Esta teoría se puede explicar de la siguiente manera: en todo antecedente existe un conjunto de supuestos de hecho que integran la marcha normal de los sucesos, condiciones propiamente dichas, y un acontecimiento, causa en sentido propio, que se presenta claramente como interrumpiendo aquella marcha normal del acontecer. A este suceso

dicción con lo antes afirmado? La solución es señalada así por el doctor Peirano Facio:

La solución se obtiene cambiando el punto de vista: en vez de apreciar el fenómeno causal in concreto (en cuya situación no puede elevarse ninguna condición a la categoría de causa), se analiza in abstracto y en general, buscando si en este plano es probable o cuando menos posible, que alguna de aquellas condiciones produzca el resultado cuya causa concreta se trata de indagar. Si la respuesta es afirmativa, se le atribuye a esa condición, que en concreto no es más que una simple condición de jerarquía igual a las demás condiciones, la categoría de causa.²⁹

De lo anterior se deduce, que la determinación del fenómeno causal no es sino el resultado de un proceso de generalización que da relevancia a una de las condiciones del caso concreto.

Esta teoría ha sido fuertemente criticada porque la noción de previsibilidad está en su propia base. Ello porque toda tesis de causalidad adecuada implica un previo juicio de posibilidad, o mejor, de probabilidad en su caso, respecto a la ocurrencia de un hecho similar dada la existencia de una de las causas, y este juicio debe realizarse de modo arbitrario, sin que la teoría de la causalidad adecuada nos proporcione un criterio cierto, por lo cual se evidencia que dicho resultado, el del juicio, no va a depender de ningún

²⁹ PEIRANO, op. cit., p. 418.

que viene a interrumpir el curso necesario o regular de los acontecimientos los denominamos causa. Esta teoría presenta la dificultad de encarar la culpabilidad en vista de las acciones humanas especialmente las intencionales, confundiéndose la culpabilidad con las cuestiones de causalidad. A pesar de no haber sido acogida tiene el mérito de haber introducido un elemento fundamental para la causa, cual es que el agente no debe responder de todas las consecuencias que dé su acción interruptiva de los acontecimientos, sino de las consecuencias regulares de su acción, es una acción embrionaria de la causalidad adecuada.

51534

4.3.5.4 Teoría de la Causalidad Adecuada

Parte de la noción de que todos los antecedentes de un hecho deben ser considerados como necesarios para la producción de ese hecho y por tanto no debe hacerse distinción entre ellas, ya sea basándose en la causa más próxima, ya sea dándole una especial potencia o cualquier otra consideración. En este sentido la teoría de la conditio sine qua non es inatacable.

Ahora bien, dice la teoría de la causalidad adecuada que a pesar de todo hay que buscar una condición que sea la calidad de causa y por tanto atribuirle la producción del delito. Hay aquí una contra



dato objetivo sino sólo de la apreciación de quien examina la causalidad adecuada, lo que resulta a todas luces inadmisibile.

Toda esta tesis peca por confundir los conceptos de causalidad y culpabilidad en razón de que al determinar si una condición es causa adecuada hay que referirla al mayor o menor grado de previsibilidad del resultado que deviene en un quid psicológico, la misma previsibilidad, hecho que debe ser rechazado.

En la práctica se ha admitido su aplicación porque produce soluciones que pueden aceptarse sin repugnar a la justicia. Ello se debe a que el juez goza de mayor elasticidad al analizar cada especie concreta.

4.3.5.5 Teoría de la Causa Eficiente

La tesis de la causa eficiente parte de la noción tradicional de causa en el sentido que sólo debe considerarse causa, aquella por su propia acción es productora de un efecto dado. Es, según los filósofos, la causa propiamente dicha, el id a quo aliquid fit. Responde a la pregunta por quién es hecho el daño.

La condición, así, no produce el efecto, sino que simplemente permite a la causa eficiente producirlo.

En síntesis, ésta teoría rechaza cualquier tipo de doctrina y sólo se remite al concepto de causa impuesto por la filosofía clásica y por el uso habitual de las palabras permitiendo la realización de la noción popular de justicia.

5. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Las eximentes de responsabilidad tienen la cualidad de destruir el vínculo o nexo causal ya que al presentarse colocan al perjudicado en la posición de asumir todo el perjuicio o bien concurrir con el agente subsistiendo la obligación de reparar pero disminuida.

Se dice que falta el vínculo de causalidad cuando el perjuicio es producido por una causa extraña, es decir, un acontecimiento ajeno al demandado. Dicho acontecimiento puede provenir de la víctima o provenir de un hecho que no pueda atribuirse a nadie como el viento o el rayo, fuerza mayor o caso fortuito, otambién puede provenir de un tercero que no es ni la víctima ni el demandado.

5.1 EL HECHO DE LA VICTIMA

Esta causal suele invocarse ante los estradosjudiciales como forma del demandado para exonerarse de responsabilidad por lo cual debe señalarse los requisitos que debe llenar tal hecho para conver

tirse en eximente, ya que no todo actuar puede producir tal resultado.

La dificultad se presenta cuando hay concurrencia de culpa entre víctima y ofensor porque si sólo media culpa del ofensor a éste corresponde totalmente la obligación de responder y si por lo contrario, el daño proviene de la culpa de la víctima, éste debe asumirla por completo. En ello no hay dificultad alguna.

Con respecto al hecho de la víctima se exige que sea extraño y no imputable al ofensor, porque de ser lo contrario se diría que el acto de la víctima es consecuencia de el actuar del ofensor y éste sería responsable. Pero además, se requiere que haya causalidad entre el acto de la víctima y el perjuicio. No importa la intervención de la víctima, aún culpable, si de ella no se ha derivado el perjuicio.

También se requiere que el hecho de la víctima sea ilícito y culpable. No puede ser ese hecho lícito porque tanto en el campo jurídico como práctico conduciría siempre a la exoneración del ofensor. Además, repugnaría a elementales principios de justicia que quien actúa de acuerdo a derecho observando las normas del debe ser, asuma sobre sí la responsabilidad.

El automovilista, por ejemplo, no puede arguir para exonerarse de culpa que la víctima estaba a su paso sino que sólo le será dable de mostrar que estaba allí en forma ilícita y culpable. Estos dos últimos términos se entenderán en la forma como en el desarrollo de este trabajo han sido definidos.

Esto se contempla en el Artículo 2357 cuando señala que si hay participación de la víctima y del demandado, la responsabilidad se atenua y cada uno recibirá la consecuencia en proporción a su participación en el daño.

También la Corte ha sentado su posición al respecto así:

El principio en que se basa la culpabilidad de la víctima está expresado en esta fórmula: violenti non fit iniuria, respecto al cual observa Lalou que si la víctima por consentimiento ha aceptado un riesgo, no puede luego quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación. Por eso el Artículo 2357 del Código Civil a tono con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, se refiere no sólo a quien voluntariamente acepta un riesgo, sino a quien se expuso a él imprudentemente. Ahora bien, el conocimiento o ávido del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o no la culpa de la víctima y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla general sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta, y, por lo tanto, una solución diversa.³⁰

³⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo V. Casación, 1935. num. 1907. p. 305.

5.2 EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

Aquí el nexa causal ha sido roto por lo que se ha denominado caso fortuito o fuerza mayor.

Es evidente que si el caso fortuito es la causa directa y exclusiva del perjuicio, no habrá lugar a plantear el problema de responsabilidad. Pero puede ocurrir que el daño provenga de la conjunción de un hecho del ofensor y de la fuerza mayor o caso fortuito, o también puede darse el caso que el ofensor actúe compelido por una fuerza externa invencible, fuerza mayor o caso fortuito. En estos casos debe averiguarse sobre cómo esos fenómenos inciden en la relación causal.

El legislador colombiano, siguiendo al francés, no hace distinción entre caso fortuito y fuerza mayor y así lo define en el Artículo 10. de la Ley 95 de 1890: Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigo, etc.

En cuanto a su prueba, el caso fortuito corresponde probarlo al que no lo ha alegado, o sea, quien alega que no está obligado a indemnizar porque el daño fué causado por caso fortuito, debe pro

bar la excepción que propone. Razón: se presume la culpa y la responsabilidad.

Ha sido doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia exigir que para que el imprevisto implique resultados exonerarios además de sus caracteres propios debe carecer de nexos con la actitud asumida por el demandado, en el sentido que no lo haya provocado o se haya expuesto imprudentemente a él. Se requiere además ausencia de culpa del demandado.

Presentadas todas las condiciones enunciadas en un fenómeno concreto, adquiere la calidad de caso fortuito y por tanto se hace elemento.

5.3 EL HECHO DE UN TERCERO

El hecho de un tercero también puede destruir el nexo causal entre el daño y la acción del presunto ofensor. Claro que hay de antemano señalar a qué título el hecho de un tercero tiene la virtud de exonerar de responsabilidad. Algunos autores incluyen el hecho de un tercero como circunstancia constitutiva de fuerza mayor. Otros afirman que se trata de una causa independiente. Por tener esta intervención características propias que lo identifican como elemento autónomo, nos acogemos a esta última posición.

Luego, esas circunstancias son las siguientes: Causalidad. Antes que nada el hecho del tercero debe concurrir a la producción del daño; es decir, debe existir la relación causal entre ellos. Se exige que sea un verdadero tercero, o sea, que el autor del perjuicio no sea el demandado o alguien llamado a responder civilmente en razón de la autoridad que ejerce sobre ella. Además se dice que debe estar individualizado, es decir, que se refiere a una persona concreta, que no haya lugar a confundir el hecho del tercero con el hecho de la fatalidad.

No provocado. Al igual que las otras causas de exoneración, en ésta se exige que provenga exclusivamente del tercero, o sea, que no surja como consecuencia de una acción del ofensor, por su dolo o culpa.

En este último caso, el demandado contribuye al hecho del tercero no sólo cuando lo provoca o tolera sino cuando no lo previene o evita, pudiendo, es decir, cuando este hecho se debió a omisión de medidas que de haberse adoptado, lo habrían impedido.

Finalmente, sobre el tercer requisito se presentan dudas entre la doctrina. Tal requisito es que sea ilícito. Si el hecho del tercero constituye la única causa del evento dañoso se requiere que sea

en sí mismo ilícito, ya que su sola presencia basta para destruir la responsabilidad a cargo del presunto ofensor al eliminar el nexo causal que es uno de los supuestos de ésta. En cambio, si el hecho del tercero ha concurrido con el hecho del ofensor, este último sólo puede prevalerse de aquel como causa de exoneración a condición de que sea ilícito, puesto que si fuera lícito, el tercero no tendría obligación de reparar el daño causado por su hecho.

Para concluir debemos señalar los efectos que se dan en el campo de la responsabilidad. Se dice que el hecho de un tercero no debe concurrir con una culpa del demandado, porque en tal caso la responsabilidad se podrá atenuar pero continúa. Se dice que el elemento extraño para que libere ha de ser la causa única y que cuando corre pareja con una culpa del demandado no sólo no exonera sino que carece de efectos atenuantes. Nos parece demasiada restricción en este criterio. Y así como cuando la culpa del demandado concurre con una culpa de la víctima, la responsabilidad se disminuye conforme al Artículo 2357 del Código Civil por tanto cuando se dá la intervención de un tercero, debe admitirse la posibilidad de reducción.

6. LAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD

Entendemos por fuentes aquellas circunstancias o hechos que por su propia naturaleza hacen surgir la responsabilidad extracontractual, es decir, sus causas eficientes.

Nuestro derecho, siguiendo a los otros sistemas del derecho comparado, señala los hechos o fuentes que dan origen a la responsabilidad y a su vez los reglamenta de un modo particular que influye en la configuración misma de la responsabilidad.

Así se dirá que hay tantas modalidades de responsabilidad cuantos hechos le den origen a la misma. Es por ello que generalmente se habla de responsabilidad por hecho propio, responsabilidad por hecho de las cosas, etc.

Si observamos nuestro Código Civil, encontramos que el título 34 del Libro IV al consagrar las normas de responsabilidad las divide en tres grupos: el primero, constituido por los Artículos 2341

a 2345, reguladores de la responsabilidad del hecho personal, responsabilidad directa; el segundo, constituido por los Artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, reglamentando la responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra; y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2352, 2354 y 2355, los cuales se refieren a la responsabilidad por el hecho de cosas inanimadas y animadas. Las situaciones que contempla cada uno de los tres grupos son distintas, y por tanto no es posible resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer grupo.

6.1 EL HECHO PROPIO

El Artículo 2342 del Código Civil consagra un régimen de responsabilidad ordinaria y personal de quien con sus actividades ocasione un daño en un bien jurídico de otro, dice así ese artículo: " el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Doctrinalmente ha sido aceptado que del Artículo 2341 a 2345 del Código Civil se encuentran los principios generales de la respon

sabilidad delictual del hecho personal que en nuestro medio se denomina como responsabilidad directa.

En cuanto al régimen probatorio se señala que el Artículo 2341 establece una carga probatoria que recae sobre la víctima. Este sistema tradicional ha encontrado opositores como el procurador Leclercq que obligaba por la consideración objetiva de la culpa. En nuestro medio el doctor Fernando Hinestroza señala que debe extenderse la presunción de culpa a todo el régimen de responsabilidad ordinaria. El perjuicio, es pues, uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil y sin su comprobación no nace a la vida jurídica la obligación de reparar. Y es al demandante a quien corresponde demostrar la existencia del daño, para así poder imponer al demandado el deber de indemnizar.

Para los casos ordinarios de responsabilidad por el acto propio del demandado, la doctrina tradicional e imperante exige de la víctima demostración del error de conducta en que incurrió aquel. Por nuestra parte, se estima que el solo daño es hecho lo suficientemente grave y diciente como para suponer la necesidad indemnizatoria, dejando a salvo el derecho del acusado a probar que su comportamiento fué irreprochable, ausencia de culpa, y, por lo mismo, a obtener la absolución.³¹

En estos términos el doctor Hinestroza aboga por una mayor objetivación de la responsabilidad.

³¹HINESTROZA, Derecho Civil. op. cit., pp 619, 620.

El Artículo 2342 indica quiénes pueden solicitar la reparación prevista en el Artículo 2341 y el 2343 quién es obligado a indemnizar. Este último dice: "es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos".

Pero qué se entiende por hecho propio? Es aquel que es referido directamente a la persona del ofensor, es decir, que él intervenga directamente en la realización del daño. Si es otra persona o una cosa que lo causa no estaríamos presentes en esta modalidad de responsabilidad y no podría aplicarse por ende el régimen para la responsabilidad directa.

"El hecho propio es el imputable a la energía humana. Es el que causa en forma directa el hombre mediante el empleo de su energía muscular o síquica".³²

Entonces, son hechos personales los que se causan por el despliegue de los músculos, fuerza física en general; los causados por armas accionadas directamente por el hombre, o por exteriorización de ideas, calumnia, etc.

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable a esta responsabilidad que tiene su fuente en el hecho propio, consiste en que la

³² VALENCIA, op. cit., p. 226.

víctima, o sea, el que invoca a su favor el surgimiento de la obligación, debe probar los elementos que forman la responsabilidad, a saber: culpa, daño, nexo causal. En este caso se exige demostrar la culpa ya que no se presume.

6.2 EL HECHO AJENO

6.2.1 Concepto

Esta fuente corresponde a lo que comúnmente se denomina responsabilidad indirecta. En principio, es de advertir que el hombre sólo responde de sus actos y por tanto de los perjuicios que ocasiona con ellos y para que responda por la actividad de otro se requiere de una razón jurídica específica. Esa razón puede provenir del contrato o del mandato expreso de la ley, es a esta última a la que nos referiremos aquí.

6.2.2 Fundamento

Esta responsabilidad es de naturaleza restrictiva y así lo ha entendido los distintos autores, entre ellos los Muzed, significando con ello que las personas enunciadas en el Artículo 1384 del Código Civil francés son aquellas por las que se es responsable y no han sido establecidas por vía de ejemplo, pudiéndose ampliar su radio

de acción. Si se permitiera la interpretación extensiva se presentarían inconvenientes al determinar el régimen a aplicar.

El doctor Mario Montoya Gómez³³ acoge la teoría de la culpa in vigilando cuando señala que se responde del hecho ilícito que otra persona ha cometido, ya que respecto a ésta estaba el responsable obligado a vigilar. Hay una omisión injusta del deber de vigilancia.

En este sentido sigue la tradición jurídica francesa que acoge la culpa in vigilando e in eligendo del derecho romano: se es responsable por no haber elegido bien a la persona de cuyo hecho se responde o por no haberla vigilado convenientemente a fin de que no incurriera en la culpa dañosa.

Para el doctor Hiestroza en este caso de responsabilidad lo que hay es una asunción de riesgos, no culpa in vigilando, según él: "a quienes por ley o de hecho tienen autoridad, control y dirección sobre otras personas, la ley les impone correr con el riesgo de las actividades de sus subordinados"³⁴.

Así está preceptuado esta responsabilidad por hecho ajeno en el

³⁴ HINESTROZA, Conferencias de Obligaciones. op. cit., p. 375.

Código Civil Colombiano: Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Ya aclarado el fundamento de esta clase de responsabilidad es preciso señalar dos elementos para que proceda la responsabilidad por hecho ajeno: existencia de un hecho ilícito por el cual se deba responder, y necesidad de un lazo de dependencia entre quien comete el daño y el civilmente responsable. La dependencia se entenderá en su sentido natural y obvio, siendo entonces, un concepto que implica por una parte, en una persona una noción de autoridad y por otro supone un deber obediencia respecto de esa persona.

Finalmente, esta responsabilidad por hecho de otro, tiene una característica fundamental, en lo que hace a la prueba: la responsabilidad que pesa sobre padres, tutores, directores de colegios, por los hechos de los menores bajo su guarda, es una presunción juris tantum es decir, que admite prueba en contrario para lo cual esas personas deberán demostrar que "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho".³⁵

³⁵ Ibid., p. 375.

6.2.3 Casos Específicos

Partiendo de la base de que se es responsable del hecho de las personas que están bajo nuestro cuidado, el Código trae los casos en que se dá la responsabilidad por hecho ajeno, así:

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

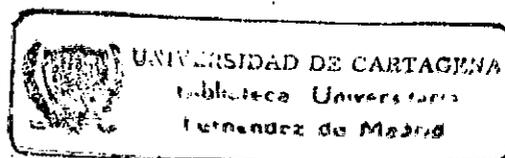
Tal como lo ha señalado el doctor Hinestroza, no debe hacerse una enumeración taxativa de los casos en los cuales se presenta este tipo de responsabilidad, sino que es dable señalar los casos más frecuentes y por ello a grosso modo señalaremos las hipótesis concretas que trae el Artículo 2347.

Responsabilidad de los padres. Según aceptación general de la doctrina el fundamento de esta norma se encuentra en que la potestad paterna impone a los padres obligación no sólo con respecto a los hijos, sino también con respecto a terceros, de tal manera que deben impedirles que causen daño, por lo que deben darle una buena

educación y vigilarlos constantemente. Se presume así la culpa en la vigilancia debida. El padre es responsable del daño causado por un hijo menor de edad, aunque no haya habido delito o intención dolosa por parte del menor.

En lo tocante a las disposiciones civiles, en nuestro medio creemos que el Código Civil impone una presunción de derecho cuando dice que "los padres siempre serán responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir". O sea que conocido que el daño producido por el menor proviene de la mala educación recibida, no podrán exonerarse los padres de su obligación.

Responsabilidad del tutor o curador. También lo contempla el Artículo 2347 según el cual, el tutor o curador responde por la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia o cuidado. Ello se debe a que el tutor ejerce sobre el menor que se le confía, una verdadera potestad. Para hacer efectiva es importante que la persona se halle bajo el cuidado del tutor o curador, para lo cual el Artículo 88 del Código Civil dá al pupilo el domicilio de su tutor o curador. Aquí también se presenta una presunción de culpa.



Directores de colegios y maestros artesanos. El fundamento de esta responsabilidad es semejante a la de los padres, ya que el deber de los maestros y artesanos es una emanación directa de la responsabilidad de los padres hacia sus hijos.

En lo que se refiere a colegio, este término ha de entenderse como establecimiento de enseñanza. Director de colegio es quien dirige ese establecimiento de enseñanza, cualquiera que sea su clase y tipo y sólo referida al director, no a profesores, inspectores, maestros, etc. Tampoco cabe para rectores de universidad o de cano de facultad, ya que no son propiamente directores de colegios.

El director de colegios y escuelas sólo podrá desvirtuar la presunción de culpa que pesa sobre él, demostrando que pese a sus indicaciones y órdenes, los actos lesivos se cometieron sin que pudieran evitarlos.

También el Código habla de artesanos entendiéndose por tal la persona que ejercita un arte u oficio meramente mecánico. La responsabilidad de los artesanos se basa en una presunta falta de vigilancia y por tanto sólo responde del daño que ocurre en el tiempo que el aprendiz está bajo su vigilancia, o sea, durante las horas de trabajo.

De allí que la ley habla de mientras estén bajo su cuidado. El arte sano puede probar que no pudo impedir el hecho perjudicial. Se responde por alumnos y aprendices.

Responsabilidad de los empresarios. Es el caso de responsabilidad por hecho ajeno que mayor dificultad presenta en el derecho comparado, por el rigorismo que se dá en los códigos al impedir a los dueños de empresa descargar su obligación demostrando la prueba de su diligencia. La culpa en este caso es in contraendo, es decir, en la mala elección de quienes trabajan a órdenes del empresario.

Los empresarios de vías férreas, en atención a la elección y selección que les compete del personal de la empresa, responden por los hechos u omisiones de sus dependientes, sin perjuicio de repetir contra éstos por los excesos que cometan; los exonera de esa responsabilidad la fuerza mayor o el caso fortuito.

Por ser bastante explícita la exposición del doctor Fernando Hines troza sobre el tema, la reseñamos a continuación:

El patrono está jurídicamente obligado a reparar los perjuicios causados por sus trabajadores cuando quiera que el acto se cometió en razón de la tarea encomendada y cuando las funciones que desempeñaban fueron ocasión propicia para la culpa, un agente cobrador de una empresa va a la casa de uno de los clientes a reclamar el pago de

una cuenta. Se trataba una discusión entre el empleado y el cliente, que degenera en riña, dentro de la cual el cobrador hiere al dueño de la casa. Con el criterio amplio, la firma a cuyo servicio trabajo el cobrador será responsable, dado que el acto indebido se presentó con ocasión del desempeño del cargo. El criterio restringido enseña que la responsabilidad del patrono solamente se presenta cuando la falta ha sido cometida directamente en el ejercicio del mandato hecho al empleado y cuando el comportamiento del trabajador ha sido adecuado a la naturaleza del cargo.³⁶

Tal como ocurre con los otros casos aquí también hay una presunción de culpa que el empleador o empresario puede destruir de mostrando que haciendo caso omiso a su autoridad realizó actos expresamente prohibidos o también que el daño no ocurrió con ocasión del trabajo, sino fuera de él.

De la lectura del Artículo en comento se observan dos requisitos en este caso: por un lado que el daño sea cometido por el dependiente en el servicio de los ramos que correspondan y, que haya una relación de dependencia entre el autor del daño y el empresario, siendo el último fundamental para la configuración de este tipo de responsabilidad.

En nuestro Código se habla de subordinación no sólo para comprobar la responsabilidad del empresario, sino de ciertas personas morales que tienen un interés diferente.

³⁶ Ibid., p. 271.

6.3 EL HECHO DE LAS COSAS

6.3.1 Introducción

También forma parte de las llamadas responsabilidades complejas. El hecho de las cosas es un término que ha recibido críticas por muchos autores no obstante su utilización constante en los códigos contemporáneos. Se designa con este término los daños que se causan cuando no se producen por la acción directa o inmediata del hombre, sino de un objeto cualquiera del mundo exterior.

6.3.2 El Derecho Moderno

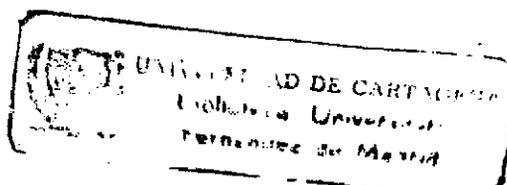
A diferencia de lo ocurrido en el derecho romano que no conoció una responsabilidad por hecho de las cosas en el sentido que hoy le atribuímos, en el derecho moderno aparece un concepto definitivamente adquirido. El corto pasaje del inciso 1º. del Artículo 1384 del Código Civil Francés ha sido acogida como piedra fundamental en el sistema del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos. Pero se dice que tal frase, hecho de las cosas, contenida en ese artículo no tienen un alcance general como erradamente se cree, es sólo el anuncio de las disposiciones del Código Civil francés, pero no buscaba establecer un principio general de responsabilidad por hecho de las cosas. Sin embargo la jurisprudencia se

apoyó en él para ensanchar la noción de responsabilidad civil y así adaptarla a las condiciones de vida moderna que de otra forma habría dejado por fuera a personas que caían víctimas del mecanismo industrial y científico.

La primera vez que la jurisprudencia se sirvió de este artículo fué en el año de 1896 y fué, precisamente, sobre un accidente de trabajo. Esta idea, ampliada por la jurisprudencia, fué prontamente acogida por el legislador francés que legalizó tal solución al dictar la ley de accidentes de trabajo de 1898. Ha sido tan fuertemente defendida por los más grandes juristas que ha adquirido carta de naturaleza, aunque desborda una correcta interpretación del Código Civil francés, construyendo una importante zona del sistema de la responsabilidad extracontractual.

6.3.3 Fundamento

Existen dos grandes sistemas relativos a este tema, el francés y el belga; pero es el primero de ellos el que por su mayor afinamiento ha sido acogido por otros códigos modernos, es por ello que nos referiremos básicamente a él al tratar este aspecto de la responsabilidad por hechos ajenos.



Los partidarios de la teoría de la culpa señalan que en estos casos se ha supuesto siempre la necesidad de que exista culpa, pero con la modalidad específica que esta culpa en vez de requerir ser expresamente probada por el que intenta hacer funcionar en su favor la reparación, se presume salvo demostración en contrario. A pesar de su inicial auge debe considerarse una teoría superada en la actualidad.

Surge en su lugar la teoría del riesgo viendo en el hecho de las cosas el término propio para su desarrollo. Dicen los autores partidarios de esta teoría que la culpa no es elemento necesario o indispensable de esta responsabilidad puesto que ella puede existir sin que dicha culpa llegue a configurarse.

6.3.4 Nuestro Derecho

Entre nosotros, la responsabilidad por el hecho de las cosas surge como consecuencia de la teoría del riesgo; trae una presunción de derecho que no admite ser desvirtuada. Así el Artículo 2355 del Código Civil preceptúa:

El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos

que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola....

Se observa que se trata de una responsabilidad objetiva por cuanto no tiene en cuenta la noción de culpa y además señala una imputación para todas las personas que habitan el edificio.

No sobra advertir que es necesario para configurar este tipo de responsabilidad, que la cosa que se cae del edificio sea parte integrante de él, ya que si interviene la energía humana para su impulsión, nos encontramos frente a un hecho propio y no ante un hecho de las cosas.

La responsabilidad que se origina en el hecho de las cosas se funda en los presuntos descuidos e imprevisión con que su propietario o poseedor las guarda o conserva.

El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. No habrá responsabilidad si la ruina acaeciera por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto. Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, o prorrata de sus cuotas de dominio. C.C., Art. 2350.

“Si el dano causado por la ruina de un edificio proviene de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla tercera del Artículo 2060”. C.C. Artículo 2351.

Si el edificio parece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de construcción, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final. Código Civil, Artículo 2060, regla 3a.

Estas fueron las primeras aplicaciones que sobre daños de las cosas se estableció desde el derecho romano, quienes trataron de prevenirlo concediéndoles a los vecinos especiales acciones para prevenirlos de todo daño que pudiera presentarse por la ruina de un edificio.

Siguiendo esta corriente el Código Civil otorga acciones posesorias, Artículos 988 y 992, a fin de evitar cualquier clase de perjuicio a los vecinos.

Por edificio se entiende toda aquella construcción adherida al suelo como casas de habitación, construcciones destinadas a teatros, muros, postes de teléfonos, etc.

Aquí también hay una presunción de derecho que obliga al demandado a buscar la causa exacta del daño y que no le es imputable.

En este orden de ideas, el propietario para exonerarse debe probar, por una parte, o que la ruina se produjo por una fuerza mayor o caso fortuito que habría igualmente derribado la construcción aunque ésta se encontraba en óptimas condiciones; por otra parte, demostrando que el daño se produjo por una causa diferente a la omisión de las debidas reparaciones y que esa causa extraña no le es imputable a él, a su culpa. Sólo así podrá demostrar que su conducta se ajusta a la de un buen padre de familia. Es decir, se le exige al dueño del edificio una prueba concreta.

Ahora en lo que respecta a la expresión -cuidado de un buen padre de familia-, ha de entenderse como el cuidado normal y ordinario, al mínimo de diligencia que una persona debe emplear a fin de no causar perjuicios a las otras personas.

Pero al considerar la figura del buen padre de familia hay que tener en cuenta que este concepto no es uniforme, por cuanto varía en relación con las condiciones del ambiente histórico, geográfico y cultural, así también a ese padre se le puede exigir una mayor o menor diligencia en razón de la actividad que se trate.

La víctima en estos casos siempre debe dirigirse al dueño del edificio, el cual será tenido como responsable, conforme a la explicación antes hecha. Luego, si el dueño considera que el daño ha provenido de un vicio de la obra o del terreno, entonces demandará al constructor para que le pague la suma que le ha correspondido pagar a título de indemnización.

Ello también se aplica a los casos de comunidad, tal como lo dijimos antes.

Finalmente, señalaremos que los Artículos 2359 y 2360 del Código Civil consagran las acciones preventivas a quienes se sientan amenazados por la ruina de un edificio, acciones que se le otorgan a todo el mundo, o a un sujeto determinado cuando éste es el único que podría sufrir con el perjuicio producido por la ruina del edificio.

6.4 DAÑO CAUSADO POR ANIMALES

Viene dado desde el derecho romano que clasificó como cuasidelito el hecho lesivo causado por un animal sin culpa de su dueño y con cedía acción contra éste.

El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno, salva su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal que el dueño, con mediano cuidado o prudencias, debió conocer o prever, y de que no le dió conocimiento. Art. 2353 C.C.

La base para el surgimiento de esta responsabilidad estriba en la omisión de la vigilancia y cuidado que de los animales domésticos debe tener su dueño o poseedor, y es por ello por lo que la ley ha establecido la presunción de culpa en el dueño o poseedor. Sin embargo el dueño podrá desvirtuar la presunción alegando que fué imposible evitar el daño o que la víctima se expuso imprudentemente a él.

Del texto legal se desprende que la obligación de indemnizar opera tanto cuando el animal está bajo su cuidado y vigilancia como cuando se suelta o extravía, aunque en este último caso se le permita demostrar que dicho extravío no puede imputarse a culpa suya.

El daño de que se trata aquí es el causado por el animal doméstico y, especialmente, aquel de que se sirve el hombre. Ello se observa en el Artículo 2354 cuando habla de daños causados por anima

les ~de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio.

Es importante sí destacar que los daños deben provenir del mismo animal, tal como señala el Artículo 2353. En otras palabras, debe ser el resultado de las circunstancias de ser animal un ser vivo que obra a impulso propio. Así, si el animal se encuentra bajo el imperio de la voluntad humana Vgr. el caballo guiado por su jinete y se causa el daño, éste ya no se puede decir, jurídicamente, que lo causa el animal, puesto que realmente proviene del actuar del hombre y en tal caso estaríamos frente a una responsabilidad por hecho propio y no ante una responsabilidad proveniente de un hecho del animal.

En el ejemplo planteado, si el daño proviene del jinete, éste causa el daño, se aplica el Artículo 2341; si el daño lo causa el animal, como cuando el jinete no ha querido causar el daño, se aplica el Artículo 2353.

~El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fué posible evitar el daño, no será oído~. C.C. Art. 2354.

Mientras que en el Artículo 2353 es al dueño o quien se sirve de un animal ajeno a quien corresponde responder de los daños que éste cause, en el artículo transcrito basta con que se tenga, sin importar a qué título. Se instituye también una presunción de culpa a favor de la víctima, que puede ser desvirtuada demostrando, o que ha puesto toda la diligencia y cuidado para evitar el daño, o que no pudo preveerlo o impedirlo; o finalmente, demostrar que no hay vínculo causal entre el daño y la acción del animal.

Algunos autores, en forma reiterada y con fundamento, sostienen que el dueño, o el que se sirve del animal sólo puede demostrar que no incurrieron en culpa por el extravío del animal, probando la fuerza mayor o la causa extraña. Otros por el contrario, formando un grupo minoritario, ya señalan que basta con la prueba de ausencia de culpa porque según la exigencia del Artículo 2353, el daño causado por el animal no puede imputarse a culpa del dueño o de lo dependiente que tiene bajo su guarda el animal. Pero cuando se trata del Artículo 2354, se consagra una presunción de derecho jure et de jure, pues dicho artículo dice: "... y si alegare que no le fué posible evitar el daño, no será oída", lo cual sólo se podrá desvirtuar que tuvo como causa una fuerza extraña y no la acción del animal.

El Artículo 2354, es al decir de los autores nacionales, el único texto legal que en nuestro derecho civil consagra la teoría del riesgo, pues no de otra forma puede entenderse el tener un animal fiero del que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio. Tal como lo afirmamos adelante, esta disposición hace responsable al tenedor; ni siquiera el guardián jurídico, porque él responde al principio de que la persona que creó el riesgo debe cargar con los resultados.

Traemos a colación el concepto autorizado del doctor A. Pérez Vives:

... Por lo tanto, el dependiente encargado del cuidado del animal o del predio, y los subalternos del tenedor, no pueden considerarse responsables de acuerdo al Artículo 2354, porque ellos no son, propiamente hablando, tenedores del animal. Pero sí lo son: el arrendatario que consiente en la permanencia del animal en el predio arrendado, salvo que no supiera de su existencia; el usufructuario, el habitador, el colono.³⁷

El artículo en estudio nos permite concluir que la presunción de derecho opera siempre que se trate de un animal fiero del cual no se reporte servicio o utilidad para el dueño o tenedor, y sólo le

³⁷ PEREZ VIVES, Alvaro. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, 1953, 1954. p. 397.

será dable para destruir esta presunción que el daño se produjo por la fuerza mayor, elemento extraño, o la culpa de la víctima.

No sobra advertir que este artículo no se aplica a aquellos animales fieros que sean de utilidad para el servicio o guarda de predio, sería el caso de los perros bravos.

6.5 RESPONSABILIDAD POR EJECUCION DE ACTIVIDADES PELI GROSAS

6.5.1 Concepto

Se halla consagrada en nuestro derecho en el Artículo 2356, que dice:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

El Código mira la potencialidad nociva de todas esas actividades que hace quien las ejerza se aproxime más peligrosamente al campo del patrimonio de los demás asociados.

Consagra también esta disposición una presunción de culpa jure et de jure a cargo del que realiza la actividad peligrosa y en favor de quien sufrió daño. Debe mirarse este tipo de responsabilidad de forma extensiva, porque dichas actividades han sido meramente enunciadas a vía de ejemplo.

Durante largo tiempo fué considerado este precepto como una aplicación o repetición de las normas contenidas en el Artículo 2341. Pero a medida que el desarrollo doctrinario fué perfeccionándose y la jurisprudencia trató de abrir nuevos derroteros a la responsabilidad, vino a desprenderse de este enfoque y a convertirse en la fuente de presunciones de responsabilidad por el desempeño de actividades peligrosas. En la primera parte del artículo se reitera

la obligación indemnizatoria a quien causa un daño por su delito o culpa. Pero luego la ley va presentando ejemplos de actividades caracterizadas por su peligrosidad. Esa peligrosidad puede provenir de un actuar imprudente, de la propia naturaleza de ella que llevan a quienes la realizan a tener mayor cuidado que de ordinario.

En este orden de ideas, se podrá decir que una actividad tiene la calidad de peligrosa, si es de aquellas que se distinguen por el riesgo que implican, en tal caso existe presunción de autoría y culpabilidad. Quien crea el peligro asume los riesgos. Quien se beneficia moral o económicamente con una actividad de natural peligrosidad está cobijado por una presunción en su contra.

Hemos de advertir que se trata de una presunción de culpa y autoría y no de responsabilidad como erradamente se cree, porque la responsabilidad es la obligación y como tal no se presupone.

Al tratarse de una presunción de derecho el agente sólo puede exonerarse demostrando que no hay vínculo de causalidad.

Este resultado puede obtenerse igualmente si se abandona el sistema de las presunciones y se acoge la idea del riesgo, porque

en tal caso deja intacta la presunción de autoría, que sólo se destruye con el elemento extraño. El Artículo 2356 exige solamente que el daño pueda imputarse. Es ésta su única exigencia como base de la obligación que impone.

La Corte Suprema de Justicia, expresó lo siguiente:

Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa, en forma que, junto con sus indecibles favores, ha traído también extraordinarios peligros. La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ella y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades.³⁸

Pero para fortuna del juzgador colombiano poseemos disposiciones previsivas que su interpretación permiten atender al equilibrio que podría presentarse al momento de resolver un caso referido a una actividad peligrosa.

Por otra parte, se entiende por actividades peligrosas aquellas

³⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XVIII. Casación Civil, Marzo 14, 1938. num. 1934 p. 215.

en que el hombre usa las cosas o energías para desarrollar su trabajo o industria.

Según la jurisprudencia, son actividades peligrosas: la explotación de los ferrocarriles; las empresas de automotores; las empresas de energía eléctrica; la utilización de aviones; las construcciones de electores, etc.

Para que surja esta obligación de indemnizar contemplada en el Artículo 2356, es menester que el daño tenga su origen en el ejercicio de la actividad peligrosa o en la omisión de los cuidados que le son inherentes. Es decir, le debe ser imputable a quien realiza la actividad.

6.5.2 Presunciones

Al determinar la naturaleza de la presunción que opera en esta clase de responsabilidad es necesario señalar la diferencia que hay entre presunción de responsabilidad y presunción de culpabilidad.

En el primer caso, la víctima no tiene que demostrar la culpa con que actuó el agente, sino el daño únicamente. El demandado a su vez, sólo se libera de responsabilidad acreditando que hubo fuerza

mayor o caso fortuito, o intervención de un elemento extraño no imputable al demandante o que la víctima se haya causado intencionalmente el daño.

La segunda, tradicionalmente admite prueba en contrario, no se aplica sino a los casos de responsabilidad indirecta. Permite de mostrar buen comportamiento, diligencia, etc. La diferencia entre presunciones radica en que en la de la culpa se puede ésta desvirtuar destruyendo el vínculo de causalidad; la de responsabilidad solo admite demostración de que el sindicado no es autor del daño. En las actividades peligrosas la presunción no es sólo legal, sino de derecho y por tanto no admite prueba en contrario, presunción de responsabilidad.

De lo expuesto se infiere que la responsabilidad del Artículo 2356 es objetiva o por riesgo, pues no se examina si ha existido o no culpa en el agente, y tan sólo se le permite acreditar que no se causó el daño; o que el daño no le es imputable, o que no existe el nexo causal.

6.5.3 Legislaciones extranjeras sobre la materia

Francia.³⁹ La base del régimen de su responsabilidad es la presunción de culpa. No es fácil encontrar en las disposiciones del Código Civil algún vestigio de este tipo de responsabilidad. Lo que ha obligado a la jurisprudencia a construirlo basado en el precepto 1384.

Portugal.⁴⁰ Desconoce la responsabilidad por riesgo.

Italia.⁴¹ Por su parte ha consagrado la más moderna de las regulaciones de la responsabilidad por riesgo. Comprende la responsabilidad clásica por los daños de incapaces, menores, etc. También el daño causado en el uso y circulación de vehículos automotores.

Alemania.⁴² Los autores del BCG no tuvieron una idea clara acerca de la naturaleza de la responsabilidad por riesgo. Ha sido

³⁹ REZZONICO, Luis M. Manual de Derecho Comparado. Editorial Roque De Palma. Buenos Aires, 1990. p. 420.

⁴⁰ Ibid., p. 420.

⁴¹ Ibid., p. 510.

⁴² Ibid., p. 525.

construida jurisprudencialmente. Contempla casos de responsabilidad así: Para el poseedor de animales. Daños causados por la caza. También da lugar a este tipo de responsabilidad la utilización, o mejor, propiedad de aeronaves, todo ello sin desconocer la responsabilidad por daños al usar automotores, esto está regulado por la Ley de Tráfico Interurbano del año de 1952.

La responsabilidad del poseedor de un vehículo automotor por los daños causados mientras es utilizado, es una responsabilidad por riesgo, la cual se deriva de la posesión o utilización del vehículo, sin entrar a calificar la culpa de las personas que conducen.

Para que se dé la responsabilidad para el uso de vehículo se exige:

- Concurrencia de requisitos generales de la responsabilidad por imprudencia.
- La responsabilidad afecta al tenedor o poseedor del vehículo.
- La responsabilidad debe derivarse del uso o explotación del vehículo.

La responsabilidad abarca todos los riesgos procedentes de aquella utilización o explotación, con la única salvedad de los producidos por fuerza mayor.



7. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL TRANSPORTE Y LOS SEGUROS OBLIGATORIOS

Tema de fundamental importancia en este momento cuando la Ley 33 de 1986, publicada en el Diario Oficial de febrero 6 de este mismo año, estableció en su artículo 115 el seguro obligatorio como requisito para la circulación de cualquier vehículo en el territorio nacional.

Esa obligación no es nueva en nuestra legislación, pues ya el artículo 96 del Decreto 1344 de agosto de 1970, Código Nacional de Tránsito Terrestre, lo había establecido así: "La vigencia de un seguro que cubra la responsabilidad civil por daños a terceros ocasionados por él, es requisito indispensable para la concesión y la conservación de la licencia de tránsito. El gobierno reglamentará la naturaleza, cuantía y prestación del seguro y la vigencia de esta disposición."

En julio 7 de 1973, mediante Decreto 1285, el ejecutivo nacional procedió a reglamentar el artículo 96 del Decreto 1344 de 1970 y

entre otras cosas dispuso lo siguiente: "Artículo 3o. Los propietarios de vehículos automotores terrestres o quienes tengan su posesión, tomarán un seguro que cubra la responsabilidad civil extracontractual por daños a terceros".

Otras disposiciones del mismo decreto permitieron establecer la obligatoriedad para el transportador de tener asegurados no sólo a sus pasajeros, sino también a cubrirse con una póliza por daños ocasionados a transeúntes o peatones. Estableció los daños indemnizables y demás requisitos para hacer efectivos esos seguros. Por eso, en su artículo séptimo, dispuso: " Tanto en el seguro de accidentes personales de pasajeros como en el de responsabilidad civil extracontractual, el pago del siniestro se hará sin investigación de culpabilidad, con la sola demostración del accidente y de sus consecuencias. Al efecto bastará la certificación expedida por las autoridades de tránsito o de policía competentes, sobre la ocurrencia del siniestro y la de los médicos legistas del seguro social, de las cajas oficiales de previsión, de los médicos de los puestos de salud, de las clínicas u hospitales oficiales, sobre las lesiones personales. En los daños a cosas se procederá el ajuste respectivo. Con todo, el asegurador tendrá la facultad de repetir contra el responsable del hecho en caso de probarse Culpa Grave o Dolo".

El artículo 11 dispone: "El amparo de los seguros de accidente de pasajeros y de responsabilidad civil extracontractual operará sin tener en cuenta la persona que conduce el vehículo".

Artículo 12: "Los seguros de accidentes de pasajeros y de responsabilidad civil extracontractual, en cuanto a sus riesgos y montos no exoneran a las empresas de transportes ni a los conductores de vehículos de las responsabilidades penales y civiles en que incurran. Las empresas y los propietarios de vehículos o quienes tengan su administración pueden tomar seguros y montos adicionales a los establecidos."

Pero, en su artículo 16, dispuso: "El Instituto Nacional del Transporte determinará los sistemas y la oportunidad para implantar los seguros reglamentados en este decreto, en la extensión y medida que se estimen adecuados, una vez establecidas las condiciones de las pólizas y las tarifas respectivas."

La resolución del INTRA que diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 1285 de 1973 nunca se expidió, por eso el seguro obligatorio no ha podido aplicarse, pero obviamente, está vigente.

Como el artículo 96 del Decreto 1344 de 1970 y el Decreto Reglamentario 1285 no han sido derogados ni implícita ni explícitamente se deduce que están vigentes. Por lo tanto consideramos que no era necesario lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 33 de 1986 que modificó y adicionó el Decreto 1344 de 1970, es decir, el Código Nacional de Tránsito Terrestre.

La norma comentada dice: " Adiciónase el título IV del Decreto - Ley 1344 de 1970 con un nuevo capítulo que se denominará: Seguros de Responsabilidad y el cual estará integrado por los artículos 259 a 262 y constituirá el capítulo décimo del Código Nacional de Tránsito".

Como el artículo 122 de la citada ley dispone: " La presente Ley rige a partir de la fecha de su expedición y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias", entendemos que el Decreto 1344 de 1970 y su reglamentario 1285 de 1970 continúan vigentes en cuanto hace a los seguros de los vehículos y sólo han sido derogados en aquellos aspectos que específicamente contempla la nueva ley. Por lo tanto estimamos que el análisis del problema de los seguros en los vehículos automotores, tanto de servicio particular como público, debe hacerse teniendo en cuenta las tres disposiciones que mencionamos. En lo que no se oponen a la Ley nueva se complementan.

128

Y decimos esto porque el Decreto 1285 de 1973 es mucho más amplio, claro y completo en relación con los seguros. La Ley nueva no agota ni aclara muchas situaciones que estaban contempladas en las otras disposiciones y por lo tanto, no puede existir derogatoria implícita porque la nueva ley no regula íntegramente la materia.

En síntesis, el estudio del Seguro Obligatorio en el caso de los vehículos automotores exige un análisis integrado de varias disposiciones, incluyendo, obviamente, algunos aspectos del Código de Comercio; son ellos: Decreto 1344 de 1970, Decreto Reglamentario 1285 de 1973 y Ley 33 de 1986.

Por eso analizaremos cada norma de la ley nueva con la integración que mencionamos:

Artículos 259: "El seguro por daños a las personas causados en accidentes de tránsito será obligatorio y el perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador".

Y cuál es el seguro por daños a las personas? El que menciona con el nombre de daños el Código de Comercio, que lo regula a través de sus artículos 1083 y siguientes? o serán, más bien, los

que el Código de Comercio denomina como "seguro de responsabilidad", ya sea contractual o extracontractual, que regula en sus artículos 1127 y siguientes?

Entendemos que el seguro es el de responsabilidad y que hubo un error en los redactores de la norma. Pero creemos que esta dificultad se obvia si nos referimos a lo dispuesto por el Decreto 1285 de 1973 que los divide en seguros en beneficio de los pasajeros, (responsabilidad contractual) y en beneficio de terceros, es decir, de peatones y transeúntes (responsabilidad extracontractual). Por lo tanto, el seguro obligatorio debe cubrir la responsabilidad contractual y extracontractual cuando se trate de vehículos de transporte público o privado dedicados a dicha actividad. Debe incluirse en la póliza, el riesgo por daños que se ocasionen a otros vehículos o a otros bienes, es decir, a las cosas.

Los riesgos mínimos que las pólizas deben incluir se encuentran señalados en el artículo 2o. del Decreto 1285 que reza así: "El seguro de que trata el artículo anterior se tomará por los riesgos mínimos siguientes:

1. Muerte
2. Incapacidad total o permanente.

3. Desmembraciones.

- a. Por pérdida de ambas manos o ambos pies, de una mano o de un pie, causados por amputación traumática o quirúrgica.
- b. Por ceguera irreparable de ambos ojos.
- c. Por pérdida de una mano o de un pie, causadas por amputación traumática o quirúrgica junto con la ceguera irreparable de un ojo.
- d. Por pérdida de una mano o de un pie, causadas por amputación traumática o quirúrgica.
- e. Por ceguera irreparable de un ojo.
- f. Por pérdida del dedo pulgar de cualesquiera de las dos manos, causada por amputación traumática o quirúrgica, siempre que comprenda la totalidad de las dos falanges.
- g. Por pérdida del dedo índice de cualesquiera de las dos manos, causado por amputación traumática o quirúrgica, siempre que comprenda la totalidad de las tres falanges.

4. Incapacidad total temporal.
5. Incapacidad parcial permanente.
6. Incapacidad parcial temporal.
7. Gastos médicos, clínicos, quirúrgicos y de drogas".

El artículo atrás citado se complementa con el octavo: " En caso de muerte serán beneficiarios las personas designadas en el artículo 1142 del Código de Comercio", disposición que dice al respecto: " Cuando no se designe beneficiario, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad.

Igual regla se aplicará en el evento de que se designe genéricamente como beneficiarios a los herederos del asegurado".

Con el noveno: " El pago del seguro se hará directamente a los perjudicados o a sus beneficiarios " es decir, que no se paga al asegurador, propietario o empresa.

Una innovación importante, con implicaciones muy notorias, en el campo de la responsabilidad civil contractual o extracontractual proveniente de los accidentes con vehículos automotores, es lo

Es incuestionablemente, un paso positivo de la nueva Ley.

El artículo 116 de la ley establece: " El artículo 260 del Decreto-Ley de 1970 será el siguiente: artículo 260. Las compañías de seguros establecidas en el país y que tenga autorización para operar en el ramo de automóviles, están obligadas a otorgar el seguro establecido en el artículo anterior".

La norma no establece los mecanismos que se pueden utilizar para imponer esa obligación a las compañías aseguradoras. Como éstas alegan que las implicaciones económicas de ese seguro son notoriamente desfavorables para ellas, se van a presentar graves dificultades para que entren a operar; por lo pronto el seguro seguirá siendo voluntario para los transportadores y propietarios de vehículos particulares y públicos e inclusive oficiales, mientras se implantan los mecanismos adecuados para imponer su obligatoriedad. Pueda ser que este obstáculo sea rápidamente superado y no sea el motivo para que nunca entre a regir el seguro obligatorio, que como sabemos, está vigente hace varios años, pero no se ha podido implantar.

No se han establecido hasta ahora, fuera de lo que menciona el Decreto 1285 de 1973, ningún mecanismo o procedimiento para hacer efectivo el seguro. Por eso creemos que continúa vigente en esos

dispuesto en la segunda parte del artículo 115 de la Ley 33 de 1986 que estamos comentando: " El perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador". Este tema lo habíamos abordado en el capítulo relacionado con el procedimiento a seguir e indicamos que procesalmente podría vincularse a la compañía de seguros a través de un llamamiento en garantía que calificamos de activa. Pues bien: La clara disposición del artículo 115 deroga, para los efectos de accidentes de tránsito, lo que expresamente contempla el artículo 1113 del Código de Comercio: " El seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. El damnificado carece en tal virtud de acción directa contra el asegurador". Por lo tanto, en los casos de tránsito, el perjudicado puede demandar directamente a la compañía aseguradora. No es aplicable lo dispuesto por el artículo 1113 del Código de Comercio. Y puede demandarla independiente o conjuntamente con el dueño del vehículo o la empresa transportadora.

Esta acción directa contra la compañía aseguradora no modifica el derecho procesal del perjudicado de demandar solidariamente a las demás personas que asumen responsabilidad civil, como podrían ser el conductor, el dueño y la empresa transportadora. Estos no exoneran de las responsabilidades penales o civiles que nazcan para ellos por los mismos hechos.

aspectos, aquel en toda su integridad. Consideramos que las gestiones para el pago deben adelantarse ante las autoridades del tránsito, donde se tramitan los procesos correspondientes por daños. Cuando se trate de procesos penales por lesiones u homicidios las gestiones relacionadas con los seguros deben adelantarse ante los funcionarios de instrucción, ya sean los jueces penales municipales o jueces de instrucción criminal, quienes deben resolver las situaciones planteadas con el seguro obligatorio dentro del correspondiente proceso penal.

Si no hay pago del seguro ante estos funcionarios, ya los perjudicados con los hechos dañosos, podrán acudir ante los funcionarios judiciales, a intentar los procesos civiles correspondientes. Si se trata de procesos por daños o perjuicios ocasionados a las personas, animales, vehículos o cosas con una cuantía inferior a veinticuatro mil pesos (mínima cuantía) o inferior a trescientos sesenta mil pesos y mayor de veinticuatro mil (menor cuantía), la competencia radica en el juez civil municipal, el cual, a través de un proceso verbal, que regulan los artículos 442 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, decidirá al respecto.

Pero si los daños y perjuicios tienen un valor superior a los trescientos sesenta mil pesos, la competencia ~~se~~ radica en el juez civil

del circuito y a través de un juicio civil ordinario indemnizatorio que regulan los artículos 398 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En ambos casos se podrá solicitar la inscripción de la demanda en el fólder del correspondiente vehículo, tal como lo autoriza el ordinal 6o. del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.

Creemos que deben establecerse procedimientos expeditos y rápidos para que las compañías aseguradoras atiendan el pago de los correspondientes seguros. Porque hoy, en la práctica, las compañías aseguradoras se burlan de los perjudicados, pues en la mayoría de las pólizas de seguros aparece una cláusula que, más o menos, expresa lo siguiente: "La compañía aseguradora no estará obligada al pago de esta indemnización (o este riesgo lo llaman ellas) sino previa sentencia condenatoria de funcionario competente". Y esta cláusula es inexistente, no debe tener validez de ninguna clase porque el artículo 1055 del Código de Comercio en forma clara y contundente, establece: "Actos no Asegurables. El Dolo, la Culpa Grave y los actos meramente potestativos del tomador asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario, no producirá efecto alguno. Tampoco la producirá...."

Como sabemos que para que un juez civil dicte sentencia condenatoria es necesario probar el dolo o la culpa del responsable (en el campo de la responsabilidad extracontractual no existe culpa grave, leve o levísima, pues cualquier culpa compromete al causante), con la mencionada cláusula se está asegurando la culpa del causante y por lo tanto esa cláusula no debe tener efecto alguno.

Por eso hoy, con las pólizas de responsabilidad vigentes, no existe mayor beneficio para el perjudicado pues, con fundamento en la cláusula que comentamos se le obliga acudir a un proceso ordinario para poder obtener la sentencia que la póliza exige. Consideramos que se deben establecer mecanismos ágiles para que el seguro sea pagado rápidamente y un funcionario administrativo pueda obligar al pago cuando de las circunstancias establecidas en la investigación del caso ocurrido, se llegue a la conclusión de que el seguro se debe.

El artículo 107 del nuevo estatuto establece: "Las partes involucradas en un accidente de tránsito podrán transigir las indemnizaciones por daños. El acta firmada por las partes prestará mérito ejecutivo".

Se pretende agilizar así el arreglo amigable que pueda hacerse en el lugar de los hechos. Creemos que es necesaria la interven

ción de un funcionario público, como podría ser el agente de tránsito o acudir los interesados ante un funcionario de tránsito o ante un juez o ante un notario o el alcalde del lugar, que dé certeza sobre la autenticidad de las firmas que allí se colocan.

Se le dá carácter de documento ejecutivo a las actas de transacción que se firman en los casos del tránsito.

El artículo 117 de la nueva ley dice: " El artículo 261 del Decreto Ley 1344 de 1970 será el siguiente: En la responsabilidad por el hecho ajeno cometido en ejercicio de actividades peligrosas, el demandado sólo se libera mediante la prueba de una causa extraña. No están exonerados de esta responsabilidad las personas de derecho público o privado".

La redacción de la norma es notoriamente diferente. La persona que la redactó no parece ser experta en la materia. No tenía esa norma porque referirse a todas las actividades peligrosas. Debía concretarse en el aspecto que la ley pretende regular como es la actividad del transporte, pues existen muchas otras actividades peligrosas que no sabemos, al tenor de esa disposición, si quedan o no incluidas en ella como sería el manejo y explotación de la energía eléctrica, de las minas, de la construcción, etc.

Se refiere al concepto "hecho ajeno" pretendiendo asimilarlo a aquellos que originan responsabilidad para los "terceros civilmente responsables" que regula el artículo 2347 del Código Civil. Si es así, el tercero civilmente responsable sólo se libera de responsabilidad civil por una causa extraña. Pero sobraba esa norma, pues así se han venido entendiendo y aplicando por los jueces civiles desde hace ya mucho tiempo.

Lo que sí es una innovación, es la última parte: "No están exonerados de esta responsabilidad las personas de derecho público o privado". Qué querría decir el legislador? Se referiría a las personas jurídicas o a toda clase de personas? Las personas naturales no son de derecho privado? Y qué se entenderá por "no están exoneradas de esta responsabilidad"? Ni por causas extrañas se podrán liberar esas personas de derecho público o privado? Cree mos que esa norma exige una mejor redacción para descubrir qué pretendió el legislador regulador.

Los conceptos "responsabilidad por el hecho ajeno" y "responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas" son diferentes. En el primero el demandado debe responder por los hechos dañosos que cometen personas que están bajo su dependencia. En el segundo el demandado responde de los hechos que se cometan

con cosas que estén dedicadas al ejercicio de actividades peligrosas" no importa quién las tenga, es decir, ya sea personalmente el demandado, un dependiente o un tercero. En esa norma que estamos comentando, su utilización no es muy ortodoxa y deja serias dudas sobre las situaciones que pretendió regular.

El artículo 118 de la ley comentada establece: "El artículo 262 del Decreto-Ley 1344 de 1970 será el siguiente: artículo 262. Las acciones a que se refiere el artículo precedente prescribe en cinco años a partir de la ocurrencia del hecho y se interrumpe con la presentación de la demanda".

Ahora resulta que esta ley modifica los términos de prescripción que contemplan el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. Deben entenderse como acciones a que se refiere el artículo precedente, las referidas a "hechos de terceros", cuya prescripción regula el artículo 2358, inciso segundo, fijándola en tres años contados a partir de la presentación del acto y la referida a "actividades peligrosas" que según la tendencia jurisprudencial vigente era la ordinaria de veinte años. Ahora, por la pésima redacción de la norma ambas acciones prescriben en cinco años y lo más grave es que, como el artículo anterior no se concreta sólo a las actividades del tránsito, queda la duda de si las acciones civiles

por " hechos a terceros " o " por actividades peligrosas " en otras actividades distintas al transporte, quedan o no con la misma prescripción".

Nosotros creemos que no abarca a otras actividades pero su redacción dará pie para que se intente aplicar en las otras actividades peligrosas distintas al transporte.

De acuerdo con el artículo 120 de la ley, se aplicarán en forma subsidiaria a los procedimientos enunciados en la ley las normas de los códigos Penal, de Procedimiento Penal, de Policía y de Procedimiento Civil, en cuanto no fueren incompatibles.

Nos queda el concepto de que estas normas fueron dictadas con la intención de favorecer a los perjudicados en los accidentes de tránsito pero que ni la redacción ni los mecanismos señalados van a cumplir, en la práctica, ese cometido. El tiempo dirá si fué efectiva o nó, pero tenemos serias dudas en cuanto a su aplicación práctica.

CONCLUSIONES

Al recorrer los distintos aspectos que conforman la responsabilidad extracontractual se observa que, a pesar de el tiempo transcurrido desde que esas disposiciones fueron hechas, no han perdido actualidad, sino que por el contrario se encuentran establecidas con gran solidez, son verdaderas rocas, como se afirma sobre los preceptos del Código Civil Francés.

Así vemos que el principio establecido en el Artículo 2341 deja claro, cuál debe ser el camino a seguir frente a una lesión de nuestros derechos. Su vigencia es incuestionable, de allí que sobre él se ha levantado todo un sistema de responsabilidad que comprende aspectos de trascendencia, tales como las presunciones de riesgo o de culpa y las distintas modalidades de responsabilidad, hecho propio, hecho de las cosas, hecho de los animales, etc.

Es indispensable detenernos en la teoría de la culpa. La culpa, fundamento clásico de la responsabilidad, ha sufrido crítica de

los más grandes juristas contemporáneos, sin embargo, ha permanecido inmovible, adaptándose a los cambiantes sucesos de la vida moderna, hasta el punto que los códigos actuales no la han desechado sino que por el contrario la han acogido con el beneplácito de la jurisprudencia.

Y es que la culpa lleva dentro de sí los gérmenes de una verdadera justicia, de allí que no basta que un sujeto de derecho sufra un daño injusto en su patrimonio para que inmediatamente surja la obligación de repararlo, se requiere que tal hecho provenga de un acto doloso o culpable. Esto ha sido posible con el afinamiento de las doctrinas civilistas, lo cual se demuestra al repasar la historia de la responsabilidad y observar que para las primitivas organizaciones de hombres bastaba la causación del daño para que ipso facto naciera la obligación indemnizatoria; ello daba lugar a resultados nefastos que repugnaban a la luz de elementales principios de justicia. Afortunadamente tal hecho se ha superado hasta presentar un enfoque más humano y real de las condiciones que originan la necesidad de reparar. Nos viene a la memoria, la pintoresca forma como Josserand describió esta responsabilidad, dijo que era un pecado jurídico, con lo cual quiso significar que la causa de responder es la culpa moral, teleológica; el pecado -consciente y deliberado- de injusticia. Así creemos que la culpa debe

existir como fundamento de la responsabilidad porque de otra forma la acción no es perfectamente humana o al menos, no lo es tanto que injusta. Es decir, el hombre debe responder de las acciones verdaderas y humanas, así como de sus consecuencias.

Por otra parte, acogemos las consideraciones de teólogos y canonistas en el sentido de que para toda responsabilidad civil debe existir culpa porque la reparación viene a ser una especie de pena, que se muestra como consecuencia obvia del acto dañoso. Ahora, si ese daño es grave, la reparación será de la misma entidad y por tanto sería inadmisibile que se prescindiera de su carácter humano revestido de conciencia y voluntad. En pocas palabras, aceptamos que la culpa es indispensable para la configuración de la responsabilidad, pues sólo mediando culpa estaremos frente a un acto humano. Así la libertad de acción es la regla, la responsabilidad es la excepción, o sea, cada persona puede hacer suyo los beneficios que el azar o su actividad le procuran, pero también creemos que al desarrollar esas actividades, tales personas deben ejercer la mayor diligencia y cuidado para no afectar el derecho ajeno. Recordemos aquel principio según el cual, el derecho de cada cual termina donde empieza el derecho de los otros. Por tanto si no hay culpa, no hay responsabilidad, y esa culpa se refiere a la falta de actitudes, de habilidad, de diligencia, de prudencia, cuyos resultados pudieron preverse, al menos implícitamente. Consideramos

que aquí reside el núcleo esencial de la culpa y las llamadas presunciones de culpa no desvirtúan tal noción aunque sí atenúan el rigorismo como solía interpretarse que todo evento dañoso es causado por la fatalidad o el azar hasta que se pruebe lo contrario. De lo cual se exigía a la víctima la demostración no sólo de la autoría moral sino que además, debía acreditar su autoría material. Demostrábase entonces, que se trataba de un acto humano dotado de conciencia y voluntad. Pero para mejorar la situación de la víctima se permitió el establecimiento de las presunciones de culpa. En este sentido merece aplauso la construcción jurisprudencial que dió base al legislador para que de acuerdo a la experiencia pudiera adoptar, como principio general, que en ciertos modos de producción de eventos dañosos hacen presumir la existencia de culpa en su agente.

También ofrece importancia el hecho de que el legislador haya dado a algunas la naturaleza de presunción juris tantum y jure et de jure. Tal distinción, consideramos que ha sido establecida en consideración a que en ciertos casos, a pesar de existir el daño, el agente puede descargar su responsabilidad demostrando que actuó como persona diligente o al decir de los clásicos, como un buen padre de familia; mientras que en otros casos, es tal la producción del daño que ante los ojos del derecho le es imposible demostrar

Además, tal como dejamos registrado en su oportunidad, si se aceptara que la responsabilidad puede estar alejada del ofensor y referida únicamente a la víctima, sería partir del resultado y no de las acciones humanas. Esto produciría una consecuencia grave para el bienestar de los asociados y sería la anestesia moral por lo que nadie se preocuparía de actuar bien o mal tratando de producir actos buenos o malos.

A medida que se producían cambios en la vida social hubo necesidad de adoptar la noción de culpa y así evitar el desequilibrio que había entre el derecho positivo y las necesidades urgentes de la vida. Ello se logró mediante las ya mencionadas presunciones y con el afinamiento de la noción misma de culpa, pero lo importante de ello fué que se respetó siempre el concepto básico del mismo. Esto ha permitido que la noción de culpa tenga total vigencia a pesar de los ataques recibidos por quienes son partidarios de la responsabilidad objetiva.

Por otra parte, en lo que respecta a nuestra legislación, ha aceptado este fundamento de responsabilidad civil, tal como ha ocurrido con los Códigos Civiles de Corte Napoleónica.

El Código Civil en las normas sobre responsabilidad civil, consa

gra el concepto de culpa, con la sola excepción del Artículo 2354 que se puede considerar como la única aplicación de la teoría del riesgo. Las mismas presunciones de culpa han servido para eliminar la necesidad de buscar sistemas más favorables a las víctimas como la teoría del riesgo, porque ya no se verán éstas obligadas a aportar pruebas difícilísimas.

Es por ello que en forma reiterada la Corte ha rechazado la teoría del riesgo, al considerarla como extraña en el ámbito de la legislación colombiana. No existe un texto legal que la consagre y más aún, no es posible llegar a ella jurisprudencialmente. En conclusión, creemos que la culpa tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base de la responsabilidad civil.

Con fórmula para contrarrestar la teoría de la culpa surgieron las denominadas teorías objetivas cuyas razones fundamentales para su advenimiento son de carácter material y filosófico. Lo primero se debió al desarrollo que alcanzó la civilización en el siglo XIX. Ante este resultaba demasiado estrecha y de difícil concreción, las normas que señalaban la obligación de reparar. Esta dificultad llevó a los autores a eliminar la idea de culpa. Este fué el trabajo hecho por las teorías de la responsabilidad objetiva. En cuanto al segundo factor, filosófico, se debió en cierta forma a la

declinación del individualismo, hecho que incidió grandemente en el campo del derecho. Esta primera influencia se manifestó en el hecho de haber asignado una disminución al papel de la voluntad en el campo jurídico. Así también se comenzó a atribuir los derechos a la sociedad en detrimento del individuo, así se dijo que todo creador de un riesgo, creaba un peligro para la sociedad y no para el individuo.

Hay en todo este proceso la necesidad de adaptar las teorías materialistas y positivistas al campo del derecho, por ello había que dejar de lado todo aspecto psicológico y todo aquello que pudiera considerarse como supervivencia de las concepciones metafísicas y sólo darle importancia al elemento que es esencial en las relaciones jurídicas, cual es, el aspecto patrimonial.

Dicen los partidarios de tal teoría que con ella se logra en forma justa y equitativa resolver los distintos problemas que se plantean ante la justicia. En desarrollo de dicha idea señalan que en ocasiones, o mejor en la generalidad de los casos, es difícil justificar la culpa de la gente, ya por razones probatorias, como porque tengan una causa propiamente desconocida. Mediante la teoría del riesgo se evita esta situación.

Respecto a estos argumentos, en realidad han perdido buena parte de su fuerza, ya que una disciplina dedicada exclusivamente a regular relaciones entre patrimonios no está destinada a tener larga vida, porque el hecho de señalar que una deuda tiene un valor abstracto, no equivale a pretender que pueda tener existencia independiente de la persona del deudor. Hoy, a pesar de los siglos recorridos por el derecho, la obligación sigue basada en una voluntad individual, aunque esa obligación sea dada por la propia ley. El deudor nunca sufre un empobrecimiento sin que haya mediado su voluntad. Si esto es así, tendríamos que concluir que en materia de responsabilidad extracontractual esa obligación surge por culpa, que equivale a decir por voluntad del agente.

En cuanto al argumento solidarista con que se sustentan las teorías objetivas, tampoco está llamado a tener larga vida. Aceptamos que el aspecto social y la relación del individuo respecto del grupo, se debe tener en cuenta, pero no puede llevarse al hombre a un estado de animal gregario. Creemos que el hombre es el eje central de la sociedad, ella existe por él y en función de él, por ello no es dable hacer oposición entre individuo y sociedad tal como ocurría entre los pensadores del siglo XIX.

Ante los argumentos de equidad y justicia esgrimidos por los autores, defensores de esta tesis, no pueden competir con los

argumentos dados en favor de la teoría de la culpa, ya que es verdaderamente justo que quien realice un hecho que causa daño es obligado a repararlo, pero la equidad exige que para ser considerado responsable debe haber actuado en forma culposa. Qué principio de justicia podría esgrimirse para que quien ha actuado sin negligencia, ni imprudencia, quien se ha comportado como un hombre cuidadoso, pueda ver comprometida su responsabilidad?

A nuestra manera de ver, ninguno, ni siquiera en razón de un provecho que el hombre pueda derivar de su actividad, en este caso, sólo podría venir de un acontecimiento extraño.

No nos es extraño que autores de gran prestancia intelectual como Planiol, consideran que mediante el establecimiento de las doctrinas objetivas en lugar de lograrse un progreso, ellas constituyen un paso atrás.

Tal parece que con dichas teorías nos transportaremos a la época de la Ley Aquilia, en la cual la responsabilidad se sujetaba a la materialidad de los hechos.

En cuanto a las consideraciones prácticas que esgrimen los partidarios de la teoría objetiva para destruir la noción de culpa, en

el sentido de que mediante el mecanismo de la responsabilidad objetiva se facilita la tarea de la aplicación de las normas de responsabilidad, tampoco pueden resistir el menor análisis porque la culpa puede ser -y de hecho es- un importante auxiliar para determinar la causalidad material.

Dejando suficientemente aclarado el aspecto de la culpa, que es la noción que mayor controversia desata entre los doctrinantes, pasaremos a tratar otro aspecto que creemos debe tenerse en cuenta al momento de expedirse el nuevo código que está siendo objeto de estudio por los civilistas colombianos.

Se refiere a la distinción entre delito y cuasidelitos. Tal como ha sido reseñado en su oportunidad, esta distinción no tiene fundamento, ni razón lógica en los modernos sistemas de la responsabilidad civil.

Desde el punto de vista teórico, no hay lugar a distinción porque ambos son hechos ilícitos. Desde el punto de vista práctico los efectos son iguales, o sea, la reparación total del daño causado. De esta manera nos acogemos a lo dispuesto por la doctrina dominante que entiende que los delitos y cuasidelitos deben desaparecer del ámbito del derecho positivo, y debenen su lugar hablarse

de hecho ilícito. Estimamos que en una reforma al Código Civil debe realizarse ello, y mencionar únicamente el hecho ilícito tal como ha ocurrido en otros códigos como el alemán, el Código Civil Italiano, el Federal Suizo de obligaciones, etc.

Ahora bien, esta unificación no va a ser en modo alguno desconocimiento de las distintas modalidades que puedan derivarse del hecho ilícito, sea que se haya cometido con culpa o con dolo.

Las razones dadas en el derecho romano obedecían a unas condiciones particulares de ese derecho, como era que allí sólo existían cuatro delitos, presentándose dificultad para administrar justicia, por lo que el pretor comenzó a conceder acciones basadas en lo que se llamó cuasidelitos, acciones que por su semejanza con el delito se les llamó cuasi ex delitos. Esta razón no se justificaba racionalmente en el derecho moderno, por lo que abogamos por la unión en un concepto amplio: el hecho ilícito.

Esta división no ha sido extraña en nuestro derecho. Para algunos autores la división tendría su base en el elemento del dolo, en tal caso se tipificaría el delito, si sólo hay culpa, cuasidelito. Tampoco ello sería aceptable ya que la culpa y el dolo son modalidades del hecho ilícito.

Nosotros optamos por la tesis unitaria porque consideramos que con ella se hace más clara y expedita su aplicación.

El Código Civil aún persiste en mantener tal distinción señalando una fórmula genérica: los delitos y cuasidelitos son hechos que causan daño castigados con una pena única: indemnizar los perjuicios a proporción al daño. Ante esta formulación genérica, no le vemos fundamento a continuar con esta distinción, si claramente se observa una consecuencia idéntica.

Ahora, otra cosa sucede si es delito penal o delito civil, porque ocurre que el daño que acompaña al delito penal puede tener consecuencias civiles y penales. Pero el daño que no es esencial al delito penal es de la esencia del delito civil. En otras palabras, no siempre coinciden los delitos y contravenciones penales con los delitos y cuasidelitos civiles.

Por su gran actualidad hay disposiciones que presentan gran controversia entre nuestros autores, tal es el caso de la responsabilidad por ejecución de actividades peligrosas.

En primer lugar, se destaca la forma como el legislador señala los casos de actividades peligrosas, sobre las cuales se plantea,

si son de carácter restrictivo o han sido establecidos por vía de ejemplo. En primer término en la época por la cual se dictó el código fueron escogidos como ejemplo de peligrosidad el disparo imprudente de un arma de fuego, la remoción de una acequia, cañería o calle sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, pero hoy tendría que ser muy prolijo el legislador para comprender los casos en que nos encontraríamos frente a una actividad peligrosa. Por ello sería dable establecer un principio general que permitiera comprender las actividades peligrosas a fin de no recurrir a la interpretación extensiva que se dá hoy, por la enunciación que de ellas se hace.

De esta forma también partiendo de dicho principio, se reglamentaría en mejor forma las consecuencias que de ellas se derivan y que ha dado dificultad a la jurisprudencia al momento de interpretarla.

Se ha recurrido en estos casos a la teoría del riesgo hasta el punto que se considera que es en ésta donde se presenta el único texto que la consagra. Sin embargo, nosotros nos atreveríamos a rechazar tal posición porque consideramos que en las actividades peligrosas se exige una mayor capacidad de diligencia y cuidado en quienes la ejercen y si ellas no se cumplen se produce el daño,

es decir, si media la debida diligencia y cuidado que exige la actividad no hay lugar que se produzca el daño, porque si se aceptara lo contrario tendríamos que buscar la causa extraña al que realiza la actividad porque el solo riesgo no puede dar lugar a daño. Si por ejemplo, hay un depósito de sustancias inflamables, el propietario debe observar todas las medidas de seguridad que garanticen que no se va a producir una explosión. La lógica debe señalarnos que ese es el orden que han de seguir los hechos, pero si el propietario no cumple las reglas de seguridad o interviene una fuerza extraña que produce el daño, la explosión, no debe recurrirse a la teoría del riesgo para solucionarlo, sino que por el contrario debe buscarse la verdadera causa estableciendo los elementos de la responsabilidad extracontractual: culpa, daño y relación causal. Si no se dá algunos de estos elementos el propietario se exoneraría de responsabilidad por razones obvias.

Ahora bien, creemos que debe darse en estos casos una presunción de culpa porque se dice que la máquina supera al hombre y por tanto éste debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines, para no perder el control indispensable de ella.

Si tomamos por ejemplo, la conducción de un automóvil vemos que si el conductor observa todas las medidas de tránsito, si mantiene su carro en buen estado, no debería presentarse daño alguno.

Pero si ese conductor maneja en estado de embriaguez o no cumple las señales de tránsito no puede considerarse que fué el riesgo de manejar el que creó el daño sino que hay que referirlo a la conducta del conductor que deviene culposa y por tanto, responsable del perjuicio.

Creemos que la teoría del riesgo ha sido establecida en razón de que hay dificultad para establecer la culpa debido a los perfeccionamientos científicos pero no porque exista un fundamento lógico en ella. Reiteramos el criterio de que aceptar esta teoría sería tanto como regresar a la Ley Aquilia, buscando establecer únicamente la causalidad material. Por otra parte, cuando el código habla de disparar imprudentemente un arma de fuego, o remover las losas de una acequia - sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche-, está consagrando a la culpa como necesaria para dar nacimiento a la responsabilidad extracontractual.

Muy respetuosamente nos permitimos adoptar esta posición sobre las actividades peligrosas, no obstante la aceptación de la teoría contraria por muchos autores nacionales. Fundamentamos nuestra apreciación en lo anteriormente dicho.

Finalmente, nos permitimos concluir que no obstante la crítica persistente que se hace a la teoría de la culpa, ésta tiene plena vigencia y lo estará siempre que el hombre participe en ella, lo contrario sería desnaturalizar el derecho mismo, si él no es más que un regulador de las relaciones de los individuos y son éstos los que le dan su propia existencia y razón de ser. Acaso sería dable un derecho que trate sólo de relaciones entre cosas o fenómenos? Creemos que no, siempre sería necesario referirlo al hombre.

En este orden de ideas, la reparación del daño también ha de referirse a un hombre, pero a un hombre que posee conciencia y voluntad. Desprenderle de estos dos aspectos sería tanto como restarle su condición humana y llevar a la responsabilidad por los caminos del absurdo.

BIBLIOGRAFIA

CUELLAR GUTIERREZ, Humberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Librería Jurídicas Wilches. 1983.

DE PAGE. Traité Du Droit Civil. Editorial Jurídicas. Europa, América, Buenos Aires. 1961. p. 807.

HINESTROZA, Fernando. Derecho Civil Obligaciones. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1963.

_____. Conferencia de Obligaciones. ed. mimeografiada. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1955.

JOSSERAND. Evolutions. Prefacio al libro de Brun Repperts et Domaines. Trad. Alcalá Zamora, Luis. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961. Tomo 2.

MARCADE. Explication Theorique et pratique du code Napoleón. TV. Trad. Deo, M. 2ed. Editorial Reus. Barcelona, 1960.

MARTINEZ RAÚE, Gilberto. La Responsabilidad Extracontractual en Colombia. Biblioteca Jurídica Dike. Edit. Krucigrama. Bogotá, 1986.

MAZEUD, Henry y León. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual. Trad. Tunc, Andrés. 5ed. Ediciones Jurídicas. Europa, América. Buenos Aires, 1961. v. 1, tomo 1.

MONTOYA GOMEZ, Mario. La Responsabilidad Extracontractual. Editorial Temis. Bogotá, 1977.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Comentado. 14ed. actualizada. Editorial Temis. Bogotá, 1980.

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. 2ed.
Editorial Temis, Bogotá, 1979.,

PEREZ VIVES, Alvaro. Teoría General de las Obligaciones. Editor
rial Temis. Bogotá, 1953-1954.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. Edi
torial Temis. Bogotá, 1960.