

T.-D
262

1

FACULTAD DE DERECHO

Y

C I E N C I A S P O L I T I C A S

" TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE -
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS -
POLITICAS ".

TITULADA :

"RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRAC-
TUAL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS".

SCIB
00018741

Presentada por :

FELIX RICARDO COSSIO LOZANO

Cartagena, Abril de 1.979

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLITICAS

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LOS CONCEPTOS EMITIDOS EN ESTA TESIS, TALES CONCEPTOS SON CONSIDERADOS PROPIOS DE SUS AUTORES.

(Artículo 83 del Reglamento).

A MIS PADRES Y HERMANOS

A ALMA

A HEBERT

AL ESFUERZO.

INTRODUCCION

Esta breve obra, persigue más que todo, darle una mayor imagen de equidad y justicia al articulado referente a la responsabilidad extrac contractual, mediante interpretaciones que persiguen tal fin, sin hacer uso de interpretaciones tortuosas.

Por la razón misma de lo antiguas de las teorías referentes a la responsabilidad extrac contractual, tenemos que hacer uso de ellas, pero, persiguiendo ante todo amoldarla a las modernas exigencias.

Entre otras cosas, no deje de poner sobre relieve, ciertas situaciones que el articulado de la responsabilidad delictual no presenta y, que modernas legislaciones han acogido, como son las de establecer el resarcimiento de los daños causados en ciertos casos de estado de necesidad, o el de colocar a los menores y dementes en solidaridad con las personas bajo cuyo cuidado están, para que respondan con sus bienes, si los tienen, al lado de sus cuidadores. Es clara el sentido de justicia que informa este criterio, que por demás, no es una imnovación. En ciertos casos igualmente, con el inmenso respeto que me merece, disiento de criterios de la corte, pero deje claro, que es una aprecia-

ción mía, y que el criterio de la Corte, es el que está cargado de autoridad, como es lógico, pero con razones, que deje consignadas, para que se juzguen aceptándolas a rebatiéndolas.

No está por demás decir, que la guía de los autores nacionales y extranjeros ha sido de un gran valor, bien para darle forma a los temas a tratar, sino por el aporte de ideas que muestran que aún hay mucho por hacer o decir en este campo de la responsabilidad.

Quiero recordar, que al tocar un tema relativamente nuevo como es la contaminación, me fundamente principalmente, en una jurisprudencia de la Corte, por ser lo único autorizado que se conoce en estos momentos al respecto, y a la vez expone mi criterio al respecto, que no difiere del de la Corte salvo por algunos aspectos doctrinales.

Espero solamente que este trabajo merezca alguna consideración de los lectores.

CAPITULO I

GENERALIDADES

CONCEPTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la responsabilidad así: "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia del delito, de una culpa o de otra causa legal. 2. Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado...".

Igual definición nos presenta Hernando Calleja en su diccionario político-social.

Entendemos en nuestro derecho civil, la responsabilidad, como toda obligación de hacer efectiva la reparación por los perjuicios causados a otra persona por incumplimiento de un acto o contrato, o por

la realización de un hecho que constituye un ilícito, o que no constituyendolo, es imputable a título de culpa, ya sea que tales hechos se causen en forma directa o por personas a cargo, o por objetos o animales, siempre que se encuentren bajo el cuidado del obligado; de la misma manera, quien estando obligado por la ley a determinado acto, incumpla, gererandose en su contra la reaponsabilidad que la misma ley le señale.

Como vemos, podemos hablar de varias clases de responsabilidades: una contractual, una extracontractual y otra proveniente de la ley como la del cutador.

La responsabilidad civil implica, a consecuencia del daño producido, la regulación jurídica de la situación que busca refrenar o reprimir dicho daño, cargando el peso del mismo a sujetos distinto del perjudicado, independiente de la voluntad de tal sujeto, ya sea que cause el daño en forma directa e indirecta, o quien incumpla un contrato, o las obligaciones que la ley impone.

De esta manera, se patentiza siempre una relación entre dos sujetos, el responsable del daño causado y el perjudicado. Es una cuestión de hecho que la ley ha tenido a bien reprimir para evitar el menoscabo de los derechos de la persona perjudicada, y como bien no puede regresar las cosas a como eran antes, ya que el hecho como productor de consecuencias ha mutado al presente, busca resarcirl los perjui -

cios al lesionado de la única forma posible, o sea, económicamente. Esta reparación es lo que equilibra la situación anómala producida. Decimos, el responsable del daño causado, por cuanto no siempre el que lo causa es el obligado a responder, ya que bien puede ser un tercero ajeno al hecho dañoso, como el caso de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, y hasta se responde por el daño o perjuicio que puedan causar las cosas o los animales, y que se caen por culpa de aquel a cuyo cuidado debían estar los animales o bajo cuya guarda debían estar las cosas causantes del quebranto. También en el caso de la responsabilidad contractual, el fiador. Pero, para responder, en términos generales por un hecho, es necesario que éste se ocasione por dolo o culpa, elemento subjetivo, que consagra nuestro Código Civil. En ciertos casos, la ley carga dicha prueba, es decir, la del daño causado y la responsabilidad de una determinada persona por culpa a quien alega la responsabilidad pero en otros casos a quien comete el hecho.

Pero, ¿debe colegirse que las actuaciones exentas de tales elementos (dolo o culpa) no conllevan responsabilidad civil?. Existen en la actualidad, tendencias doctrinales que permiten el redarcimiento ante la existencia del daño, sin detenerse a examinar cuestiones de índole subjetiva del causante; su base es la necesidad económica de indemnizar el daño que se inflige a causa de la agitación del mundo comercial

que vive el mundo actual, que eleva en mayor grado la urgencia de ejecutar actos que no dañen a terceros, caso este que debe ser reparado en el evento de presentarse, por el sólo hecho de suceder, sin interesar el fondo subjetivo que rodeó la comisión del hecho.

Nuestro Código Civil se acogió al criterio subjetivista. Pero igualmente contempla el caso de la responsabilidad presunta en el Artículo 2.356.

Los tres tipos de responsabilidad que dijimos atrás (contractual, extracontractual y por la ley), tienen fronteras que las diferencian, por lo que no es dable confundirlas; dicen Planiol y Ripert: ". . . existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrida por ella, esa obligación de repararlo puede sufrir de varias fuentes: Existe una responsabilidad contractual, una por el hecho de la ley y otra extracontractual. La primera sólo puede provenir por el incumplimiento de un contrato; la segunda por el incumplimiento de un mandato de la ley, como sería el caso de obligaciones de dar alimentos a determinadas personas y la tercera, a los hechos u omisiones que por culpa o dolo de quien los comet e o sucede, causan un perjuicio a un tercero".

En la vida diaria se ve claramente la mayor cantidad de casos de responsabilidad por hechos culposos o dolosos, lo que obedece, lógicamente a la complicación cada vez mayor de las formas de relación social,

el aumento de la tecnología, la técnica, y con ello, las fábricas, máquinas de todo género, etc, que crean un desequilibrio en cuanto a que plantean situaciones de peligro para las personas, que se puede traducir, en caso de ocurrir un accidente en un detrimento para terceros, hecho éste que es lo que más sucede. Si las calles de la ciudad están atestadas de vehículos automotores, si las fábricas pululan por doquier con su consiguiente peligro de explosiones, incendios y demás siniestros, entre los que podemos contar la contaminación, si sobrevuelan en nuestras cabezas aviones y máquinas de toda clase en el espacio exterior orbitan satélites artificiales en permanente peligro de precipitarse a tierra, si las prácticas militares con sus innumerables experimentos y armas de gran variedad, si la inseguridad reinante en las ciudades por razón del aumento delincuen- cial, obliga a las personas a proveerse de múltiples medios de defen- sa, tales como, perros, los que a su vez, por negligencia de su due- ño, pueden causar en forma injustificada daños a terceros, si todo ésto y mucho más llenan nuestras vidas hoy, necesariamente los daños que se ocasionen serán mayormente en forma culposa. Sin embargo, has- ta esta noción de culpa nos puede presentar en ciertos aspectos, co- mo un poco fuera de época, superada por nuevas situaciones sociales, cada vez más complejas, multiplicando las posibilidades de riesgo y creando mayores dificultades para llevar la prueba de la culpa, que corresponde a quien la alega por regla general. Si embargo, la noción

de culpa sigue siendo necesaria si queremos hablar en un sentido de justicia, refiriéndome a aquellos casos en que la actividad de por sí no represente un peligro en potencia que ponga en un estado de inferioridad a los demás; de tal manera si un perro muerde a una persona, ésta deberá demostrar que no se debió al hecho propio sino a la culpa de su dueño; pero hay ciertos casos que nuestra ley ha tenido bien ayudar a la víctima en su búsqueda de resarcimiento que son a aquellos perjuicios que se causan en el ejercicio de actividades peligrosas en que se presume la responsabilidad del que la ejere. De tal forma, sólo le correspondería al lesionado por el hecho demostrar el daño causado y la relación de causalidad existente entre el accionar del inculpaado y el daño causado.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 2.341 el principio sobre el que descansa la responsabilidad civil extracontractual, el cual dice: "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 por la culpa o el delito cometido". Además de esta norma, el Código Civil establece en el artículo 2.356 una presunción de responsabilidad (nuestra Corte considera que es una presunción de culpa al respecto ver el aparte sobre "presunción de culpa"), que persigue sin duda, amoldarse a las nuevas situaciones sociales, y crear una mejor imagen de justicia; dice el citado artículo: "por regla general todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra perso-

na, debe ser reárada por ésta. . . ".

La responsabilidad civil, como hemos visto, sobreviene a una mutación del mundo exterior, es decir, a hechos o actos que han producido un determinado daño. No se incluye solamente la parte volitiva de las personas, los pensamientos, las meras intenciones que no trasciendan del campo espiritual o mental. Tales pensamientos se plantean un proceder contrario a derecho, no llegan a ser reprimidos jurídicamente por lo que no originan responsabilidad, y es porque no se han concretado en un hecho exterior, percible y que tampoco ha producido daño. La sola volición de querer delictivos no transgrede las leyes del derecho, aunque si puede transgredir las leyes de la moral o constituirse algo interesante para psicólogos o psiquiatras.

Segun Ripart, la distinción no está tan precisada, y la responsabilidad civil, no es sino la organización técnica de la responsabilidad moral. La responsabilidad civil no sería, según él, sino la expresión y sanción de un deber moral no debiendo perderse de vista el que la noción misma de reparación es una de las ideas morales más viejas de la humanidad.

Decíamos, que la existencia del perjuicio era necesaria para fundamentar una responsabilidad jurídica, este perjuicio bien puede ir contra un particular estructurando un daño privado o bien conformarse como una ofensa a la sociedad. Nace así de la responsabilidad dos

grandes divisiones como son la responsabilidad civil y la penal.

CAPITULO II

CLASES DE RESPONSABILIDAD

1. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

Para que se estructure la responsabilidad civil, es siempre necesario la existencia de un perjuicio, adiferencia de la penal, en la que muchas veces no hay un perjuicio a persona determinada, o - que por lo menos es muy difícil lograr su determinación, como aquellos delitos que se quedan en su etapa preparatoria o en la mera - tentativa, como la alteración de monedas o la falsificación de billetes. Igualmente, las contravenciones reprimidas en concepto de comportamientos ofensivos a la sociedad, como un escándalo en la - vía pública. Sin embargo, es más común el hecho de que a la responsabilidad penal coexista a la responsabilidad civil del perjuicio cometido. Nacen de diversos fundamentos; la ley penal responsabiliza a la persona autora del acto, por ser éste prohibido por una -

norma que busca la protección de la sociedad, y por ello, por ser de orden público no es renunciable la acción. La acción penal que corresponda perseguirá imponer penas privativas de la libertad o medidas de seguridad para salvaguardar los intereses de la sociedad del proceder del delincuente.

La responsabilidad civil busca el resarcimiento económico a la persona por los perjuicios causados.

La acción civil que tiene el ofendido para reclamar la indemnización por los perjuicios causados es renunciable, por lo que solamente están en juego los intereses particulares. La responsabilidad se estructura en el ánimo de la persona y en este aspecto se aproxima a la responsabilidad moral, aunque no sea muy conveniente aproximarnos demasiado en esta clase de vinculaciones como dicen los hermanos Mazeaud (Ob. cit. t. 6-8).

Se diferencian en que el pensamiento no ofende a la sociedad, mientras que su exteriorización sí, que es lo que reprime la ley penal. Pero no sólo queda allí, sino que hay comportamientos que sin ser intencionales igualmente atacan los intereses sociales, y es así como se sanciona la imprudencia y la imprevisión.

El sujeto pasivo del delito será la sociedad representada por el estado y el sujeto pasivo del perjuicio causado será el directamente lesionado. El primero, del derecho penal y el segundo caso del dere

cho civil. La justicia penal procederá por lo regular de oficio, a diferencia de la civil, en que es menester la iniciación por parte del perjudicado.

Esta acción no se extingue con su muerte, sino que en términos generales pasa a sus herederos; la acción penal se extingue ante la muerte del responsable.

El derecho penal parte de la premisa de que el individuo es inocente y por ello hay que demostrarle su culpabilidad; el derecho civil toma la existencia del perjuicio y sólo se puede hablar de absolución, ante la presencia de una eximente de responsabilidad como dice Fernando Hinestrosa, "Por ilicitud en el aspecto subjetivo". (derecho civil, obligaciones, . p. 281).

Es imperioso para que se haga responsable penalmente a una persona que se le demuestre su actuar doloso o culposo, a diferencia del campo civil, en que si bien la existencia del dolo o la culpa son necesarios para responsabilizar pecuniariamente a alguien, también existen casos en que su demostración no es necesaria como el caso de las actividades peligrosas.

Decíamos que puede existir responsabilidad penal sin que conlleve una civil; de la misma manera, la existencia de un daño y la consiguiente responsabilidad civil pueden estructurarse sin la presencia de una amoldación

cia de una amoldación a una conducta delictiva.

Es dable que una persona causa un daño sin que tal cosa esté estable da como delito, por lo que es perseguible solamente en la via civil para el resarcimiento del perjuicio causado.

Nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia dijo: ". . . Si, por regla general, todo delito determina indemnización, el sólo hecho de no hallarse delictuoso un acto no autoriza para decir "a priori", que no halla lugar a indemnización, puesto que no es necesario a esta un delito como causa única, y perfectamente puede haber indemnización, aún sin pensarse en el delito, tan sólo porque haya causa civil."

(Cas. Marzo 14 de 1.938. G.J.XLVI num. 1.933.)

De tal manera que no existe contacto parecido, entre la acción penal y la civil salvo el caso de poderse originar en un mismo hecho.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad civil es contractual cuando proviene de no haberse cumplido la obligación emanada de un contrato, o de haberse cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento. Así lo establece el artículo 1.613 del Código Civil cuando dice: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento". La responsabilidad

civil extracontractual, proviene como dice el artículo 2.341 idem de un delito o culpa cometida.

Nuestro Código Civil ha separado la responsabilidad contractual de la extracontractual; tratando la primera en el Libro IV Título 12 y la segunda en el título XXIV del mismo libro.

Esta división fué presentada en el Código Francés, así como en el italiano de 1.942, uno de los más reciente, continuando la tradición que traía su anterior código de 1.865. Este esquema es el generalmente aceptado. Sin embargo hay quienes propugnan por la existencia de una sola responsabilidad, tal el caso de los pandectistas alemanes; se citan entre otros Brinz, Derburg, Windscheid, Arntz. Estos constituyeron la teoría general del resarcimiento, de daños, que tenían un carácter especial. De esta manera el Código civil alemán acogió tal principio y estableció un conjunto de normas relativas a la responsabilidad en forma general y posteriormente varias de carácter especial relativas unas a la responsabilidad del deudor por su incumplimiento y otras a las responsabilidad contractual.

DOCTRINA QUE ESTABLECE QUE LA OBLIGACION NACIDA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ES DELICTUAL.

La similitud que existen entre ambas clases de responsabilidad han llevado a varios autores a establecer que el criterio de apreciación de la culpa debe ser el que la ley establece para ello en los delitos o cuasi delitos como lo ha sostenido Toullier; si la obligación

inicial, nacida "ex contractu", o "ex lege", es extinguida por la pérdida o la imposibilidad de su objeto, la obligación de reparar el perjuicio que entonces nace, no es ya la deuda primitiva, nacida del contrato, cuasicontrato, o ley, sino una obligación que tiene su fuente en los artículos referentes a la responsabilidad extracontractual. En referencia a este tema el maestro Luis Claro Solar, trae una cita del autor Grandmoulin, en la cual éste expresa: "La evidencia para nosotros es que la expresión responsabilidad contractual, es una forma viciosa de lenguaje y que la responsabilidad es necesariamente delictual. (Ob. Cit. T. XI.II.pag. 521).

De esta manera se pierde la realidad de las cosas y se deja sin aplicación las reglas legales que han sido dictadas en consideración a las relaciones jurídicas establecidas por el contrato entre los contratantes: no es dudoso que la relación nacida de la no ejecución del contrato sea lógicamente distinta de la que nace del contrato mismo; pero no se puede olvidar que entre estas dos obligaciones existe una vinculación estrecha: la una que sustituye a la otra; la segunda nace cuando la primera se extingue. No se puede prescindir de esta dependencia al determinar los principios de la responsabilidad contractual, como no ha prescindido el legislador, o como dice el Dr. De la Vega, se presentan dos modos de ejecución de las obligaciones, una directa y otra indirecta cumpliéndose ésta última ante la presencia de la falta del cumplimiento de la primera.

DIFERENCIAS BASICAS ENTRE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD.

No hay diferencias fundamentales entre las dos órdenes de responsabilidades aunque las reglas esenciales concernientes a la responsabilidad contractual se hallan consignado en el título referente al efecto de las obligaciones; y se trate de la responsabilidad extra contractual o culpa aquiliana en el título "de los delitos y las culpas". Fundándose en este hecho, se ha dicho que la culpa contractual supone necesariamente un vínculo jurídico anterior, porque consiste en violar una obligación que la culpa delictual da por sí sola origen al vínculo jurídico sin que exista obligación anterior, lo que significa que la culpa delictual es fuente de obligación y no lo es la culpa contractual. Es cierto que la culpa contractual tiene cabida ordinariamente cuando hay una obligación pre-existente creada por el contrato que entre las partes existe y que esa obligación no es ejecutada o es mal ejecutada por culpa del deudor; y es cierto también que la culpa delictual tiene lugar sin que haya contrato y que en el mismo hecho ilícito que constituye la culpa delictual tiene nacimiento la obligación de indemnizarse el daño causado.

Más éste es sólo un aspecto de la cuestión, porque no significa que la culpa contractual no genere obligación alguna, cuando precisamente nace de ella la obligación de indemnizar al acreedor la falta de cumplimiento total o parcial de la obligación. "Si el contrato es fuente de obligación, dicen los hermanos Mazeaud, la inexecución del contrato o la mala ejecución del contrato, es decir, la responsabilidad

contractual, es pues otra. Cuando un contrato se celebra, nace una primera obligación para cada una de las partes, la de ejecutar la prestación prometida. Cuando esta obligación no es ejecutada o lo es mal, cuando hay inejecución total o parcial del contrato, un nuevo vínculo de derecho se forma: la obligación para el deudor, para el autor del daño, de reparar el perjuicio causado. Y estas dos obligaciones sucesivas son, a lo menos teóricamente, bien distintas la una de la otra, puesto que la primera nace de la voluntad común de las partes, la otra nace fuera de ella: a su pesar el que no ejecuta el contrato se hace deudor de daños y perjuicios; contra su voluntad es obligado a reparar el perjuicio sufrido" (Ob. cit. T. I No. 100 Pag. 103). Esta opinión aparece confirmada en el artículo 1731 del Cod. Civil según el cual "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". La obligación de un cuerpo cierto que se debe, que se extingue por la pérdida de la cosa por culpa del deudor deja de tener objeto si es ya imposible cumplimiento dice el citado artículo que "subsiste", entonces, no queda libre el deudor, por ser el culpable de la pérdida; la obligación contractual del cuerpo cierto no existe ya ni puede cumplirse desde que el cuerpo cierto pereció; de modo que al decir la ley que "subsiste" en caso de pérdida culpable, no ha podido decir que el deudor está siempre obligado a entregar este cuerpo

cierto ya no existe porque ello sería simplemente imposible, sino que el deudor responde de su culpa y queda por eso obligado a dar el precio del cuerpo cierto que se perdió: su obligación ha cambiado de objeto: es por tanto una obligación distinta de la que él tenía. Esta obligación ha nacido de la culpa del deudor.

No hay pues diferencia esencial entre las dos clases de culpa y no puede hacerse cualidad privativa de la responsabilidad delictual el ser fuente de obligación para no ver en la responsabilidad contractual más que un efecto de la obligación no cumplida. En ambos casos nace una obligación la cual produce efecto, como lo dijeron los hermanos Mazeaud. (Ob. cit. T. 1 No. 100 Pag. 105).

Se suele decir que hay dos clases de culpa, lo que da a entender que tendrían distinto origen; pero en realidad en concepto jurídico de culpa es uno sólo y consiste, o en la intención positiva de daño que constituye el dolo, o en la falta de diligencia que constituye la culpa. Lo que varía son las reglas a las que se haya sometida la culpa contractual que difiere de las que rigen la culpa aquiliana, por la diferente situación jurídica en que se encuentra la persona culpable y la persona perjudicada por su culpa.

Realmente me parece que la distinción que pueda existir entre ambos tipos de responsabilidad, no es de carácter esencial, sino meramente práctico y de técnica jurídica; Jossierand, en cita hecha por De Casso

y Cervera, en su Diccionario de Derecho Privado establece cuatro diferencias que él considera irreductibles y son:

1. en cuanto al origen, en un caso es la ley, obra del poder público, y en otro, la convención, obra de las voluntades privadas.

2. en cuanto a la capacidad exigida al deudor, la capacidad extracontractual es más amplia que la contractual.

3. en cuanto a la extensión de la reparación. Así como en materia extracontractual la indemnización es siempre íntegra, el "Quantum" de la indemnización por los daños y perjuicios que corresponden al acreedor contractual varía según diversas circunstancias, por ejemplo, según que la inexecución del contrato sea o no imputable a dolo del deudor. Por otra parte, el daño moral que se tiene en cuenta en materia extracontractual, parece descartarse al menos por la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad contractual. (la jurisprudencia actual francesa no se acoge a tal criterio).

4. las cláusulas de no responsabilidad o de responsabilidad atenuada o condicionada, surten efecto con ocasión del incumplimiento de un contrato, pero la jurisprudencia lãs declara radicalmente nulas si concierne a responsabilidad extracontractual". (ob. cit. Pag. 3.453).

Hay que anotar, que en cuanto a la indemnización de los daños causados los mismos principios se aplican en ambos tipos de responsabilidad, pero en la contractual nuestra jurisprudencia, salvo conocidas intermitencias ha establecido que no es dable la existencia de los perjuicios

morales. Sólo hay que agregar otras diferencias como serían las circunstancias de que a pesar de ser en esencia los mismos elementos en ambas responsabilidades, en la extracontractual la causa no importa que sea dolosa o culpable o el que la culpa sea grave, leve o levísima.

En cambio en la responsabilidad contractual no es indiferente el que el incumplimiento de una obligación provenga de dolo o culpa y por otra parte, el deudor responde de distintos grados de culpa, según los diferentes contratos. El artículo 63 del Código Civil establece las tres especies de culpa que la ley distingue, dice así: "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o

cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

En materia contractual esta graduación de la culpa tiene particular importancia ya que determinará el alcance de la responsabilidad de las partes contratantes en la ejecución de sus prestaciones. Al deudor sólo responderá de la culpa lata en aquellos contratos que se presenten por su propia naturaleza como útiles al acreedor tal es el caso del depósito gratuito (Art. 2.247 del Cod. Civil.); la responsabilidad que se presenta en aquellos contratos en que hay beneficio recíproco de las partes es leve, tal el caso del arrendamiento (Art. 1.998 del Cód. Civil); y por último en aquellos contratos en que el deudor es el único que obtiene un beneficio responderá dicho deudor por la culpa leveísima; como ejemplo podemos citar el artículo 2.203 que habla sobre el comodatario. (Art. 1.604 del Cód. Civil).

La solidaridad ante las obligaciones se presenta en forma distinta en ambos tipos de responsabilidad; en la contractual no existe a menos de disposición legal o manifestación de voluntad en contrario; la extracontractual supone el cambio la solidaridad entre aquellos que quedan obligados a resarcir el daño causado.

Algunos autores, partidarios de la teoría clásica de la actualidad de las responsabilidades, tras las siguientes diferencias además de las

ya anotadas:

En cuanto a la carga de la prueba, el acreedor de una obligación contractual solamente le corresponde probar la falta de su cumplimiento, mientras que el deudor le corresponderá exonerarse de la culpa que se presume ha incurrido; el acreedor de una obligación extracontractual deberá en cambio probar que el deudor actuó culposamente, ésto como regla general. Perez Vives citando a Demogue dice: "... hay que buscar, no si una obligación es contractual o proviene del acto ilícito, sino la naturaleza de la obligación del deudor. Al efecto, divide las obligaciones en obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Esta división es aplicable en materia contractual. En materia extracontractual es extraña dicha clasificación. En las de medio habiéndose comprometido el deudor a realizar un hecho preciso el acreedor deberá probar la inejecución; podemos dar como ejemplo de obligación de medio la que se presenta entre el médico y su paciente. Aquí el daño que pueda sufrir el paciente para imputarlo al médico deberá comprobar la culpa de éste. En las de resultado corresponde al deudor observar ciertas diligencias de tal manera que el acreedor sólo demostrará que el deudor faltó a ese deber de diligencia. En los contratos de transporte ya ese deber de diligencia no es necesario probarlo, bastando la existencia de un daño para que corresponda al transportador buscar la exonerante de culpa. (Cada vez que la obligación incumplida pueda ser considerada como de resultado, la culpa contractual irá im-

plícita en el solo hecho material de la inejecución. El acreedor no tendrá por qué probarla de manera cabal; le bastará con establecer la existencia del compromiso y su incumplimiento. Se advierte aquí en cuanto a la carga de la prueba, una importante diferencia entre la responsabilidad contractual y la delictual. Mientras en la primera la culpa del ofensor debe por regla general ser demostrada por la víctima, en la segunda la culpa del infractor debe presumirse. No se trata, desde luego, de una presunción irrefragable. El deudor podrá liberarse probando que la inejecución proviene de una causa extraña que no le puede ser imputada, como cuando se debe a fuerza mayor, a hecho del propio acreedor o de un tercero.

Contrariamente, cada vez que la obligación incumplida pueda ser catalogada entre las de medio, no será dable fundar presunción de culpa sobre la sola ausencia del resultado que se esperaba. Es necesario, entonces, juzgar la conducta del deudor, y comparar lo que ha hecho con lo que hubiera podido hacer. El deudor responde en ese caso a la culpa leve, o sea de la que se opone a la conducta del bonus pater familias, del adulto cuidadoso y diligente, y es en principio ese tipo de culpa el que debe probarse, en obligaciones de medio, contra el deudor contractual. (Antonio de la Vega. Bases del Derecho de obligaciones. Pág. 165).

En la responsabilidad extracontractual la carga de la prueba puede corresponder en algunos casos al demandado y en otros al demandante.

Comparando así este caso con el de la carga de la materia contractual como prueba nos damos cuenta que no es exacto afirmar que cuan-

do se trate de culpa contractual es del resorte del deudor y cuando se trate de culpa extracontractual incumbe al acreedor.

Realmente la carga de la prueba no haría en estos dos tipos de responsabilidades porque bien puede darse el caso de una obligación de no hacer en que corresponda al acreedor probar la existencia del hecho infractor de la obligación, o el caso de la responsabilidad por actividades peligrosas, en que la carga de la prueba se desplaza hacia el infractor y así, en multitud de casos; de tal manera, no es posible hablar en criterio, de una diferenciación entre ambas responsabilidades a partir de la prueba de la culpa.

También se encuentra la siguiente diferenciación: en materia de indemnización es necesario la constitución del deudor en mora para que pueda hacerse efectiva contra la petición de indemnización de perjuicios, salvo el caso de las obligaciones de no hacer, en cuyo caso - desde el momento en que se ha realizado el hecho contaventor, se hace exigible la indemnización. En materia extracontractual no es necesaria la constitución en mora del deudor. En las obligaciones que provienen de un delito o culpa, por su naturaleza misma de la fuente, no se hace necesario el requerimiento al deudor para que éste quede obligado a pagar la indemnización por los daños causados por su acto.

Como vimos anteriormente, el concepto de mora no encaja en la noción de obligaciones que provienen del dolo o de culpa extracontractual.

No es de imaginar, por ejemplo, que la víctima de un accidente ponga al autor en mora de cumplir sus obligaciones, es decir, de no cau -

ser el accidente que, por hipótesis, ha sobrevenido." (De la Vega . Pag. 175).

Hay demás casos en que es necesario constituir al deudor en mora pero previo requerimiento.

Respecto de la capacidad, se ha dicho que en la responsabilidad contractual se rige por las normas generales referentes a los actos jurídicos (capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones), mientras que la extracontractual está establecida en norma especial del título referente a este tipo de responsabilidad, en el artículo 2.346, que establece la edad de 10 años. Artículo éste que muchos autores consideran derogado por el Código Penal, que establece la edad para ser responsable penalmente en 16 años; este tema será tratado más adelante en el capítulo de la acción de indemnización, en el aparte "Capacidad para responder". Pues bien, el tratar de diferenciar ambos tipos de responsabilidades a partir de la diferenciación de la capacidad nos presenta la certeza de que en realidad ambas difieren, #pero también "implica una confusión entre la responsabilidad contractual y capacidad", según cita Pérez Vives Brun. (Ob. cit. Tomo 2 Pag. 63").

En cuanto a las cláusulas de no responsabilidad que se presenten hay cierta diferencia en ambas materias. Es necesario hacer la observación de que la posibilidad de disminuir o eliminar la responsabilidad

contractual es mucho mayor en esta materia que en la delictual, en que es nula o casi nula.

Citaremos primero tres artículos del Código civil: el 1.522 establece que el pacto de no responsabilidad no tiene validez en cuanto al dolo contenido en ella. Sólo se puede condonar el dolo ya acaecido, más no el dolo ya cometido. El artículo 1.535 establece que las obligaciones que se contraen bajo una condición potestativa del deudor no tienen validez, es decir, son nulas.

Si se pacta la no responsabilidad puede quedar el acreedor sujeto a la voluntad del deudor, y en cuanto a esto suceda estaríamos en presencia de una obligación sujeta a una condición potestativa, las cuales como sabemos son nulas.

El artículo 1.603 establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obliga no sólo a lo que ellos se expresan sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella.

La cláusula de no responsabilidad igualmente podría configurar una forma de violación al principio de la buena fe en cuanto pueden estar protegiendo al deudor o al acreedor de la responsabilidad sobreviniente por un futuro y premeditado acciónar doloso o de mala fe. Igualmente no debe conducir a la plena eficacia de la irresponsabilidad pactada; por lo que la carga de la prueba se desplaza al acreedor en elemento de que para éste se haga casi que imposible su aportación.

"El vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta, salvo en cuanto se haya estipulado lo contrario". Art. 1.895 Código Civil.

"Es nulo todo pacto en que se encima el vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en este pacto haya habido mala fé de parte suya". Art. 1.998.

Estos artículos se relacionan directamente con el 1.6⁰³, negando así las cláusulas de no responsabilidad atentatorias al principio de la buena fé.

Con base en el principio de que nadie puede disponer de la vida propia o integridad corporal también deben ser nulas las cláusulas de no responsabilidad por la muerte o lesiones que se cause con motivo del cumplimiento del contrato. Tal cláusula conllevaría la existencia del objeto ilícito y el encubrimiento de un dolo o mala fé.

"El pacto de no responsabilidad por daños eventuales, sin el cual el estipulante tendría que responder en favor de la otra parte, es objeto de vivas discusiones en cuanto a su validez y efecto. No cabe duda que ese pacto favorece a la negligencia, cuyas costosas consecuencias para el que incurre en ella descarta o atende; también ocasiona de ese modo pérdidas considerables a la sociedad y al interesado." (Planhol y Ripert. Ob. cit. Tomo VI No. 400 Pag. 566). Estas mismas palabras de tan famosos autores nos fundamentan una vez más; la necesidad de reducir a su mínima expresión las cláusulas de no responsabilidad en materia contractual, lo que le acerca a la situa-

ción que se presenta en materia contractual aunque no puede negarse que constituye aunque mínimo, un factor diferencial entre los dos tipos de responsabilidad.

Frente a los criterios antagónicos que la doctrina ha expuesto sobre este tema de las cláusulas contractuales de irresponsabilidad, la Corte Suprema ha sentado una interesante jurisprudencia en la que, al par que explica las dos opuestas tendencias que han seguido los autores para aceptar o negar eficacia a tales cláusulas, plantea el criterio propio de la corporación sobre tan importante materia. El pronunciamiento de la Corte reiterado en fallos sucesivos es el siguiente:

"La eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad pactada en los contratos ha sido tema de profunda consideración por los autores, quienes en el punto han sentado criterios visibles y hasta antagónicos.

Expositores ha habido que, como, Paul Smein, se declaran partidarios de la completa ineficacia de tales cláusulas cuando ellas son de franca irresponsabilidad; otros, como los Mazeaud, por ejemplo, sostienen que es preciso reconocer eficacia a los acuerdos de no responsabilidad, a lo menos para los casos de culpas leves y levísima y finalmente quienes, como Planiol y Ripert y con ellos la jurisprudencia francesa, a manera de tesis intermedia les hacen producir a dichos pactos el efecto consistente en una inversión de la carga de la prueba.

"También esta corporación se ha ocupado en el estudio del fenómeno. Así, en sentencia de 9 de Diciembre de 1.936, dijo que "Las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquellas por las cuales se estipula al asumirse una obligación contractual, que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación. La inejecución de una obligación constituye en derecho la culpa; se es responsable, en efecto, cuando no se ha ejecutado la obligación. Es una contradicción contrarias al orden social, decir que se asume a la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehuye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor", doctrina que la Corte reiteró en su sentencia de 15 de Julio de 1.938 al expresar que "las convenciones de exoneración de la responsabilidad no son lícitas cuando los elementos constitutivos de la responsabilidad desaparecen en la persona normalmente responsable" (G. J. Tomo XLVII, 76). Y más recientemente la entidad dijo sobre este tema: "Las reglas generales sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, establecidas por los artículos 1.604, inciso 2o. y 1.616 del Código Civil pueden ser modificadas en casos especiales, bien para agravar esa responsabilidad, ora para atenuarla y aún para eximir de ella al mismo obligado cuando tal exoneración es lícita" (G. J. Tomo 27^o). "Considerando aquí la cuestión, más a la luz de los preceptos legales que entre nosotros regula la materia, que al abrigo de las tesis

enunciadas, cabe aceptar que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad cuya presencia no es rara hoy en cierto tipo de contratos, son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo, según las voces del artículo 63 del Código Civil, desde luego que en el 1.522 de la misma obra le niega validez a "con donación del dolo futuro", y el 1.523 ibidem estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

"Tratándose de las culpas leve y levísima en cambio, los contratantes pueden lícitamente acordar, y en estos eventos su convención es por tanto plenamente eficaz, la atenuación y aún la supresión de la responsabilidad civil que la ley, como norma supletiva de la voluntad expresa de las parte, consagra para estos dos grados de culpa. Es esta la doctrina que corresponde a la preceptiva del artículo 1.6⁰⁴ citado el que en su parte final preceptúa que sus postulados referentes a la responsabilidad que incumbe al deudor por la mora o por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, se entenderán "sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes,, y de las estipulaciones expresas de las partes". (Corte Suprema de Justicia, - Cas. 6 de marzo de 1972, revista Derecho Colombiano, T. XXV, pags . 371 y s.s.)

3. ACUMULACION DE RESPONSABILIDADES

Este es un problema que en realidad se reduce a una mera situación de opciones. No es posible para el acreedor demandar una doble indemnización, es decir, tanto contractual como extracontractual. Lo que se debe tratar de saber es si el acreedor puede demandar la indemnización del daño que el incumplimiento de la obligación le ha producido escogiendo entre ambos tipos de responsabilidad, de acuerdo a lo que le resulte más beneficioso.

Es elemento en que la infracción al contrato a más de ocasionar un perjuicio y una responsabilidad contractual,, también configure un ilícito y conlleve por ello una responsabilidad delictual.

Tiene particular importancia el tema; si miramos el aspecto de la culpa, observamos, que la parte del acreedor podría superar al aspecto de la responsabilidad del deudor de acuerdo a con la gradación de la culpa que se establece para contratos y acudir a la responsabilidad extracontractual que mira solamente la existencia de ésta sin detenerse a examinar la culpa del deudor.

Miremos igualmente la indemnización; nuestra Corte en muchos fallos ha establecido que la responsabilidad contractual sólo trae como consecuencia el resarcimiento de los perjuicios materiales, más no los morales, sí aceptados en la extracontractual, pero no ha sido una tesis firme e inalterablemente sostenida pues ha habido vacilaciones y aún refractaciones. Según la tesis de que los perjuicios morales no se

causan en materia contractual, el demandante podría acogerse al beneficio de la vía extracontractual. Más adelante, en el aparte referente a el daño moral, trataremos este problema de si deben o no perseguirse los perjuicios morales en materia contractual.

Como dijimos desde el principio, el problema no es de perseguir ambos tipos de responsabilidad, ya que ellas se excluyen, el problema se reduce a la exponencia de la acción que se ha de presentar en los casos en que el perjuicio ocasionado sea proveniente tanto de una situación contractual como de una extracontractual por motivo de la misma relación; de tal manera, quien en el cumplimiento de un contrato de transporte ocasione daños a su pasajero con virtud de un accidente automovilístico, estará enferente de una doble responsabilidad por incumplimiento del contrato y por responsabilidad extracontractual. Su acreedor podrá escoger la que más le convenga. Ba dicho nuestra Corte: "Lo que pueda acontecer es que hay hechos que, además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independiente de tddo arfimo contractual pueden constituir así mismo fuentes de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y pesibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación, porque se llegaría así a una injusta e injurfdica dualidad en la reparación del perjuicio" (G.J. No. 1932. Cas. 30 de Abril de 1.937. Pags. 42 y s.s.). En casación del 15 de mayo de 1.946, LX, pág. 437, dijo asimismo la Corte: "Las acciones, principal de petición de

pago de perjuicios extracontractuales, y la subsidiaria que pide se declare cumplido un contrato, son incompatibles entre sí. No puede, pues, involucrarse en una misma relación jurídica la responsabilidad delictual y contractual. Y es que, autorizar al acreedor para que, prescindiendo del contrato, acuda a la responsabilidad delictual, es tanto como negarle fuerza obligatoria a la convención, colocando al deudor en situación de manifiesta desigualdad frente a la contraparte".

En resumen, no se puede acumular ambos tipos de acciones pero sí es posible la opción entre ambas para acogerse a la más conveniente, aunque únicamente en el supuesto de que el incumplimiento contractual conlleve a su vez una responsabilidad delictual.

Conviene agregar que existe en el derecho actual una tendencia en el sentido de facilitar la indemnización en casos de responsabilidad aquiliana mediante el procedimiento de ampliar el ámbito de la responsabilidad puramente contractual, admitiendo en ciertas clases de contratos, cláusulas sobre entendidas que les reafirman su carácter de contratos precisos o de resultado, a fin de deducir fácilmente la responsabilidad de un incumplimiento contractual, antes que de un hecho doloso; el caso del transporte aéreo es un buen ejemplo. (Artículos 1.003 y 1.880 del Código de Comercio).

CAPITULO III

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

A. DIFERENTES TEORIAS

Desde el derecho romano, base de nuestro ordenamiento jurídico, se ha entrabado gran discusión doctrinaria, respecto a cuál debe ser el fundamento para estructurar la responsabilidad extracontractual. En un movimiento de vaiven,, el fundamento de la responsabilidad delictual se ha estructurado o bien objetivamente, es decir, se responde por el solo hecho de causarle un daño a una persona, o bien subjetivamente, es decir, el elemento psicológico que intervino en la comisión del hecho, tal es el dolo o la culpa. (Para responder civilmente en nuestro derecho es indiferente que se actúe con dolo o culpa, es decir, que la culpa es suficiente.). En los comienzos, en la antigüedad,, la responsabilidad era meramente de tipo causal, es decir,, bastaba la relación de causa a efecto para que una persona

respondiera por el daño; "la mas exacta diferenciación entre causalidad y culpabilidad pertenece a una evolución más tardía" dice Casso y Romero. (Ob. cit. Tomo II, página 3.424), refiriéndose al desenvolvimiento unitario del derecho de los pueblos primitivos, esta misma situación imperó en el Antiguo Derecho Romano.

Tal fundamento fué con el tiempo atemperándose y a ser inundado por el criterio subjetivo, pero sin lograr eliminarlo por completo. La ley aquilia débilmente comenzó a tratar el tema de la culpa, preocupándose más por los perjuicios irrogados. El aumento del campo abarcado por la culpa en la responsabilidad extracontractual fué equivalente a la baja sufrida por la responsabilidad objetiva. Actualmente las opiniones son divididas,, observando unos; que si se quiere mantener a salvo la equidad y la justicia, principios rectores del derecho es menester cobijar bajo la responsabilidad civil extracontractual bajo el fundamento de la culpa, mientras que otros opinan que es un criterio (el subjetivo), que no encaja dentro del contexto del mundo actual.

"La responsabilidad que se hace depender sólo del dolo o la culpa -se dice - es estrictamente penal, mira al interés público y halla su razón en rígidos dictados de moral que impiden imponer sanción al inocente. El delito civil, a diferencia del penal, incide en el derecho privado y crea efectos primordialmente económicos que en nada dependen de que halla existido o no culpabilidad o intención dolosa en el agente. La noción subjetiva; además, es arcaica porque no se compece con

la vida moderna, cada día más compleja y emprendedora en que las relaciones jurídicas se intensifican y los riesgos se multiplican. Si se subordina la responsabilidad a la comisión de una culpa y se impone a la víctima la obligación de probarla, se deja en la práctica al damnificado desprovisto de instrumentos de reparación jurídica, toda vez que la difícil prueba de la culpa es hoy todavía más insegura y ardua, merced a los progresos de la ciencia y a los complicados avances de la vida mecánica." (Antonio de la Vega Ob. cit. Pág. 99)

Las legislaciones modernas han optado por emplear ambos tipos de fundamentos para evitar situaciones injustas e inequitativas tanto para el acreedor como para el deudor.

1. TEORIA SUBJETIVA

También la llamada teoría clásica, basa la responsabilidad en la existencia de una culpa, a cargo del que ocasiona el daño, o en el caso del que responde por otro, de la culpa por su falta de vigilancia o elección.

Se le establece el carácter de infortunio al daño que se ocasiona sin mediar la voluntad de la gente, tal resultado no deseado no puede ser reparado por quien lo comete, por cuanto el acto no querido equivale a daño que no se quiere causar y no es justo responder por lo no deseado por aquello en cuya producción no intervino libre y conscientemente.

Es el concepto de pecado que informara la ideología cristiana, como es también la influencia de la moral griega; es el pecado, por el cual responde quien lo comete, mas el que tenga la conciencia limpia, nada debe temer. El reproche moral que debe tener una persona ante una mala acción, solo se patentiza cuando tal acción fué precedida del deseo de cometerla o cuando no desandose la comisión del hecho - éste sobreviene al favor de una conducta imprudente, negligente o imprevista.

De tal manera el hombre solamente respondería de lo que se considero "acciones verdaderamente humanas".

Vemos en el siglo XIX un gran auge de la teoría subjetiva, y su razón la encontramos en el estado gendarme, en el individualismo filosófico, en que cada hombre podía accionar con plena libertad, la empresa como el osio no tenían amarres, el estado solo protegía. De tal manera, la responsabilidad era una especie de muro de contención, un freno para la libre iniciativa privada; recojamos aqui las palabras de Demogue en cita del maestro Valencia Zea: " cada cual hace suyos los beneficios que el destino o su actividad le procura en inversamente debe soportar los daños que resultan de la naturaleza o de los hechos de los demás hombres ". se trasladaba el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual al de la responsabilidad. (Ob. cit. T. III. page. 207- 208). La teoría subjetiva a ido siendo atemperada en cuanto exige la culpa, ya que la jurisprudencia y la

doctrina han considerado, que si bien el elemento subjetivo es necesario estructurar la responsabilidad en tratándose de justicia y equidad, también es cierto que su prueba en muchos casos es difícil y que las circunstancias de la vida actual exige un mayor cuidado al ejecutar cualquiera acción; de tal forma que la exoneración de la carga de la prueba de la culpa en unos casos y el exigir cada vez más una mayor diligencia, hacen de la culpa un elemento al que si no se incurre es porque realmente la persona actuó con una gran prudencia.

2. TEORIAS OBJETIVAS

El desarrollo de la civilización occidental, en los finales del siglo XIX, la creciente industria y maquinización de la vida, abonaron el nacimiento de una teoría que fundamentó la responsabilidad del autor por el propio hecho dañoso, considerado objetivamente, a la teoría subjetiva en contraposición.

Esta razón era lógica, ya que el crecimiento de los pueblos implica el aumento del contacto entre los hombres, y el aumento de los hombres y de las máquinas, implica la necesidad de responder por los daños causados sin detenerse a examinar si se desearon o no.

Igualmente para el nacimiento de esta teoría influyeron los criterios socializantes que hacían su aparición en la época, a la par de la decadencia de las doctrinas individualistas.

Aquel criterio del querer del individuo, en cuanto a la empresa y

su voluntad, dio paso al querer social y la necesidad social; de tal manera la sociedad se protege como cuerpo único contra quien causa un daño uno cualquiera de sus integrantes, por lo que debe repararlo sin examinar la culpa, ya que esta sólo es un nexo entre el hecho que ha generado un daño y la voluntad real del individuo, la que si tiene un buen asidero en las finalidades de la doctrina individualista.

Los orígenes modernos de esta doctrina se remontan al siglo XVIII en los partidarios de los Iusnaturalistas Thomasius y Heinnecius, (Valencia ^{Zea}, T. III. Pag. 208).

Las nuevas condiciones de vida de la sociedad, trajeron como consecuencia la multiplicación de las posibilidades de daños para los asociados, por lo que la culpa no satisfacía las necesidades cada vez más complejas de la época; por lo mismo, era más conveniente separar la responsabilidad civil de la idea de moral, de pecado y estructurarla únicamente en el campo meramente económico. Igualmente la prueba de la culpa no dejaba de ser asfixiante para el perjudicado, por lo que también sirvió de asidero para las teorías objetivas.

RIESGO CREADO

Esta teoría restringe un poco el ámbito de la responsabilidad objetiva. Esta teoría fue planteada con resultados positivos por Saleillus y Jossierand. Si se quiere seguir hablando de culpa bien puede hacer-

se , pero hay que aclarar que en ella incurre automáticamente quien ha creado un riesgo; aquí se mira a la conducta del individuo, si ha realizado actos que de por sí planteaban un riesgo para los demás, de causarse un daño y tal situación de desventaja para el agente, lo hace responsable de los perjuicios.

El riesgo creado necesariamente coincide con el ejercicio de actividades peligrosas, como son el uso de maquinarias de industria, de guerra, automóviles, etc.

Igualmente surgió la teoría del riesgo-provecho o también riesgo-beneficio. Según esta teoría, todo aquel que inicie una empresa de la que ha de extraer beneficios debe responder por los perjuicios que en el ejercicio de esa actividad provechosa cause a terceros; no es de mirar aquí si actuó con culpa o no, simplemente se ha creado un riesgo con una actividad que causa provecho propio y en justicia todo daño debe indemnizarse.

Este principio que se podría llamar ley de conexión entre el beneficio y el riesgo, posee además un fundamento económico y moral; económico por cuanto si en la actividad uno percibe beneficios, los detrimentos económicos que se causen deben pagarse al perjudicado y moral por cuando en razón de la equidad y el principio de justicia, es indispensable tal retribución; la jurisprudencia francesa con base en la teoría del riesgo provecho ha reforzado el concepto de presunción absoluta establecida para los somitentes en el artículo 1384 del Código francés.

ABUSO DEL DERECHO

La sociedad nos exige un comportamiento diligente para no causar daño a los demás, todo este cúmulo de deberes positivos están aunados a otros deberes de tipo negativo, que implican una limitación a nuestros derechos, consiste en la necesidad de no abusar de nuestros derechos.

Plandiol mostró con claridad el fundamento de esta teoría.

Cada derecho tiene una finalidad determinada, de la cual no le es dado a su titular desviarlo; los derechos no son generales para los individuos, ellos miran primordialmente a un interés social; de tal manera no pueden perjudicar a los demás miembros de la comunidad porque se estaría en frente de una buse a tal derecho, ante el cual la justicia impone al individuo la obligación de responder por él mediante un resarcimiento económico, a más claro está, de las penas que la estructuración delictiva pueda concurrir con la comisión del hecho.

No se responde de tal manera, mientras los derechos se ejercitan con la debida prudencia y dentro del marco de los derechos. Han dicho Collin y Capitant, refiriéndose a la regla romana "nominen laedit qui jun suo utitur" que significa según el mismo autor: "el que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro". Comprendida de este modo la vieja regla romana, lejos de tener el contenido antisocial que se le ha atribuido aparece por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad, de que necesita.

En efecto, el ejercicio concurrente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarles alguna molestia, algunas veces hasta cierto daño. Es el precio que se paga por la vida de la sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que halâa tomado las precauciones dictadas por la prudencia, en que haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él". (G. J. No. 1927. Pag. 420. Casación, 5 agosto de 1.937).

El abuso del derecho viene a constituir una nueva modalidad de la culpa aquiliana.

Dentro de este criterio subjetivista, el abuso del derecho tiene participación dentro de sus elementos en el dolo y la culpa. Como tal, bastaría para que una persona obrara con abuso del derecho, el que actuara en una forma negligente, partiendo del cálculo de la mediana diligencia que tiene el hombre medio en la sociedad.

TEORIA DE LA GARANTIA

Busca resolver el problema desde un punto de vista diferente al tradicional enfrentamiento culpa-riesgo, de tal manera vincula tanto al campo penal como el civil, respondiendo en el primero por la culpa cometida y en el segundo, por el solo hecho del perjuicio cometido o más bien infligido. La culpa servirá en este caso como criterio graduador de la reparación que le toca realizar.

TEORIAS ECLECTICAS.

Buscaron combinar los aspectos positivos de las teorías subjetivas y objetivas. De tal forma, la persona que cometiera un daño debía responder de él,, previo el examen de su actitud subjetiva, es decir, si actuó con culpa; por el contrario, en tratándose de daños cometidos por las cosas, la responsabilidad que se plantearía sería en forma OBJETIVA; se ha cometido un daño y debe repararse.

Savatier exponía una teoría ecléctica, de utilización de los principios subjetivo y objetivo pero en forma subsidiaria; el aporte de la prueba de la culpa era necesaria para establecer la responsabilidad de una persona, pero, en caso de no poder aportarse ésta, se respondía entonces en forma objetiva.

Esta teoría de Savatier ofrece serios obstáculos jurídicos y prácticos, como son los de establecer el límite a partir del cual se debe entender que la prueba de la culpa no se puede aducir.

5- EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL EN NUESTRA LEGISLACION.

El elemento subjetivo en nuestro derecho, es la base de la responsabilidad extracontractual; se siguió con ello la tendencia de los grandes maestros del derecho civil, Planiol, los hermanos Mazeaud y Ripert. Nuestro Cód. Civil en su libro 4º, título 34, titula (sic) el tema ra-

lativo a la responsabilidad extracontractual,, responsabilidad civil por los delitos y las culpas, asumiendo así un eminente carácter subjetivista. Sin embargo, bajo la influencia de las doctrinas objetivas, - trata en el artículo 2.356, de lo que yo llamaría, responsabilidad con culpa de hecho, o responsabilidad presunta. De tal manera, y a diferencia de las teorías objetivas puras, solo se acepta en el caso del ejercicio de actividades peligrosas, o en el caso de tener animales fieros que no presten ningún servicio al inmueble y que causen daño y otras - situaciones que el articulado sobre responsabilidad extracontrato plantea. Puede exonerarse la persona de resarcir perjuicios probando la - falta del nexo causal entre la acción y el daño, como en el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho de un tercero, o destruir la imputabilidad del accionar y el daño, cuando hay culpa de la víctima.

Nuestra Corte considera que lo que se presume es la culpa y no la responsabilidad. A este respecto ver el capítulo VII, No. 3o. sobre la - presunción de culpa.

CAPITULO IV

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1-EL HECHO ILICITO Y LA CULPA

El Hecho ilícito es aquel que la ley penal ha establecido como delito.

Mario Montoya Gomez, trae esta cita de Luis Claro Solar: " Un hecho ilícito, que ocasione este daño, es un hecho delictual, causado con dolo o simplemente con culpa, en materia civil; pero puede, aún causado con malicia, no constituir un delito ante la ley penal, si esta no lo castiga expresamente. . .

"Por consiguiente, la expresión delito en derecho civil, tiene una - significación mucho más amplia; y si puede decirse que todo delito - penal que ocasione daño, es un delito civil al mismo tiempo, no todo delito civil constituye delito penal si falta la ley expresa que debe imponerle la pena". (Ob. cit. pag. 44-45).

Los elementos que integran la responsabilidad desde el punto de vista

subjetivo, para que una persona sea responsable penal o civilmente - son el dolo y la culpa. Para la responsabilidad civil, basta que la persona actúe en forma culposa, entendiendo por ésta, el término genérico de culpabilidad, que incluye tanto el dolo como la culpa; pero para efectos de resarcir, poco importa que se trate de dolo, ya que basta la actuación negligente. De tal manera, en los delitos en que se exige dolo para responder penalmente, quien solamente haya actuado culpósamente, no será responsable penalmente, pero los daños que hubiese inferido en la ejecución de tales actos, lo hacen responsable civilmente.

2) EL DOLO

Implica un proceder con una intención nociva (animus nocendi) para la persona o bienes de otro; este proceder, conocido por su ejecutante y nocivo para otro, debe estar previsto dentro de la ley penal como delito, es decir, que la actuación de la persona debe conllevar la violación de una norma positiva de la ley penal. Igualmente debe demostrarse el actuar doloso de la persona, para que el delito cometido pueda imputársele a ese título. Al respecto vale reproducir parte de una jurisprudencia de la Corte Suprema: ". . . la sola estructuración del hecho material no entraña violación de la norma positiva, cuando el elemento subjetivo o intencional en orden a la violación de una norma jurídica tutelada por el Estado, no se halla demostrado. Dentro de los

elementos subjetivos que informan el contenido espiritual del delito, necesariamente debe determinar el dolo con la concurrencia de sus componentes " voluntad, intención y fin " , como lo quiere Ferri. Voluntad en el sentido de que el acto sea aceptado por el agente activo del delito; intención en relación con la ejecución del mismo con el propósito de lesionar un bien protegido por el Estado dentro de las normas positivas; y el fin, en cuanto con él se causa un quebrantamiento del orden jurídico-social existente..." (auto, 9 junio de 1953. T. LXXV, 439).

Hay, al igual que en la culpa , sintetizada la diferencia entre el dolo contractual y el extracontractual. El código civil en el artículo 63, último inciso dice: " el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Y el artículo 1515 dice : " el dolo no vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado". El dolo contractual debe patentizarse entonces en el engaño que realiza uno de los contratantes en forma consciente para inducir en forma determinante al otro a realizar el contrato o negocio jurídico.

Cuando el dolo no vicia el consentimiento, da solamente lugar a la acción de reclamación de perjuicios contra aquellas personas que lo han fraguado, o simplemente se han aprovechado de él . (artículo - 1515, inciso 2º).

lo importante es que el dolo contractual se basa en el hecho de que el " animus nocendi" leve maliciosamente a la realización de un negocio jurídico, el cual puede conllevar determinantes económicos de mayor o menor grado en el perjudicado, lo que lo habilita a pedir su indemnización.

En el dolo extracontractual la figura dominante es el daño ocasionado con conocimiento e intención de su logro. Esta intención de dañar se conoce como delitos civiles, mientras que delitos culposos a los que se presentan ocasionados por simple culpa. Así lo establece el artículo 2.302 del Cod. Civil subrogado por el artículo 45 de la ley 57 de 1867. En el fondo el dolo civil y el penal coinciden en el mismo elemento primario y esencial y es la intención de lograr un acto o hecho determinado, que siempre es su elemento característico porque señala el efecto que se propone el agente. No es, claro está, la intención el único elemento, porque como bien sabemos, la intención por sí sola sin materialización, no permite la configuración del delito, y es por ello necesario una actividad que nos presente la mera intención convertida ya en un hecho determinado; es decir, la voluntad; y es una finalidad, un objetivo trazado, específico, que lleva la comisión del delito a constituir con tal fin un nexo que nos muestra una intención. Así, el que mata por venganza, lo hace con intención, ejecuta el acto y logra el fin antijurídico y específico que era causar la muerte a su odiado enemigo. Podríamos por ello llamar lo mismo delito do-

y delito intencional.

Estos elementos que constituyen el dolo (voluntad y fin antijurídico) son esenciales para que se le pueda imputar un delito a dicho título a una persona y deducirle una responsabilidad extracontractual, así dice el maestro Luis Carlos Pérez: "si no existe voluntariedad como ocurre en el violentado para que dispare sobre otro, el delito no se confirma por carencia de vida interna, o lo que es equivalente, la imputabilidad es incompleta por falta de actividad síquica normal. Tal sucede en la legítima defensa, instituto que requiere intención de matar o herir y voluntad de realizar esa operación absorbidas por un fin jurídico. (Ob.cit. pag. 85. Manual de Derecho Penal. 1969).

Los daños ocasionados por un delito deben ser requeridos pero pueden que se ocasionen daños, pero más de los deseados por el agente; de este punto surgen varios interrogantes: si de los daños producidos los no deseados fueron previsibles se le puede imputar a título de culpa, y si no fuesen previsibles se le excusa de culpa. Sin embargo, en el caso de actividades peligrosas, no es aceptable tratar de demostrar que no hubo culpa, es decir, que hubo diligencia.

Para responder las preguntas o interrogantes que he formulado, es decir, entender mejor el dolo como elemento de la responsabilidad extracontractual, o mejor, como elemento integrante de la existencia de un delito, tratemos un poco más esta materia.

El dolo reviste una amplia clasificación que el Doctor Alfonso Reyes

trae en su diccionario de Derecho Penal; así tenemos el llamado dolo de impetu, dolo de lesión, dolo de peligro, dolo de propósito, dolo - directo, dolo específico, dolo eventual, dolo genérico, dolo indirecto, dolo inicial, dolo subsiguiente. Esta clasificación no tiene mayor interés para la responsabilidad extracontractual; solo interesan a nuestra materia, la clasificación en dolo directo, indirecto y eventual; - de ellos dice el citado autor: "dolo directo, constituye la modalidad más común de dolo y aparecen cuando existe un perfecto parecido, o me jo r, correspondencia, entre la voluntad culpable y el resultado", dolo eventual: se presenta en el caso de que la previsión de un resultado antijurídico ligado solo eventualmente a otro inequívocamente queri do, no detiene al agente en la realización de su propósito inicial! Lo eventual es lo "sujeto a cualquier evento o contingencia" según la definición de nuestro diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la cual quiere decir, que es el acto que está sujeto a la po si bi li dad de que una cosa suceda o no suceda. Enrique Pessina, en su libro "Elementos de Derecho Penal", al hacer una clasificación del do lo en directo e indirecto, divide a este último en cierto y eventual y refiriéndose a este último dice: "... cuando se ha previsto un efec to, dado como una posibilidad, pero difícil de rea l iz a r, se ha pre vis to como una cuasi-certeza, que aquél evento no se realizaría, lo cual significa, que el elemento no ha sido previsto: tanto de no prever un efecto como pensar que di fi ci l me nt e se re al iz a r e. Pero cuando, por el

contrario, se previó como cierto y aún como probable y no obstante es ta certeza, o cuasi-certeza, de un resultado criminoso, se ha querido el hecho del que luego ha derivado aquel resultado; si por un lado se puede decir que no se ha querido directamente, por otro es indudable que se ha querido no evitarlo, y al querer no evitar un resultado dado que era evitable, nos demuestra que el evento criminoso, si- no fué la meta a que aspiraba llegar, entó, por lo menos, a formar parte integrante del propósito. " (Ob. cit. pag.333)

El dolo eventual es por eso una especie de frontera, de puerta divi- soria del dolo y la culpa.

Partiendo del dolo eventual tenemos como dice Cuello Calón, de un la- do el dolo directo y del otro la culpa por imprudencia o negligencia. Asi mismo el dolo eventual se diferencia de la preterintencionalidad en que esta es una forma de culpabilidad que se presenta cuando " el hecho antijurídico realmente producido fué más allá de la intención de la gente".

Para comprender mejor el caso del dolo eventual, pongamos un ejemplo: deseo dañar la edificación en que vive un vecino mio destruyéndole - una pared. Este es el resultado directamente deseado, es decir, el - daño en propiedad ajena. Se que mi vecino no duerme cerca de dicha - pared, pero se que al derribarla existe la posibilidad de que con ella caiga el techo, causando daños a la persona de mi vecino. He aqui un resultado antijurídico que he previsto, que está relacionado solo en

forma de evento al resultado inequívocamente querido. A pesar de esta previsión, continúo con mis propósitos y derribo la pared, produciéndose el daño previsto y muere mi vecino. La responsabilidad que para mí nace, es imputable a título de dolo eventual.

Partiendo de nuestro criterio subjetivista podemos decir, que lo que no es previsible no es imputable.

Igual que en la culpa, el dolo puede cometerse por acción u omisión.

La única diferencia en ambos casos es la intención en los delitos dolosos.

Es conveniente recordar, que para que una persona responda civilmente, basta la mera negligencia, poco importa el dolo.

b)- LA CULPA

Es este el elemento capital de la responsabilidad civil en nuestro derecho. Sin embargo nuestro Código en algunos casos, exime de la carga de su prueba, como el caso de las actividades peligrosas.

La culpa supone un actuar realizado por una persona, que en el momento de ejecutarlo, a lo menos, está dotada de una voluntad libre. Es así que debemos, al hablar de culpa, unirla al concepto de responsabilidad moral. De esta manera, igualmente se descarta la responsabilidad penal del loco o del menor, pero responde civilmente siempre que tenga bienes (es este mi parecer), e igualmente responde, quien a su cui-

dado lo tenfa. Es ésta persona, en nuestro ordenamiento jurídico, - quien responde por la culpa de los que a su cuidado están, por considerarse que es culpable de tal actuación, por su falta de cuidado en su tutela,

La culpa podemos definirla, en un sentido amplio, como aquella voluntaria falta de diligencia, en la que una persona comete un hecho dañoso y contrario a derecho, el cual le es imputable.

"Es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho". (Carrara. programa 80).

Quintana Ripelles según cita de Jorge Ortega Torres dice: "acciones y omisiones voluntarias no maliciosas, penadas por la ley y perpetradas sin malicia, pero sin la debida diligencia".

Tales definiciones concuerdan con la que nuestro Código Penal trae en su artículo 12 inciso 2º, que dice: "Hay culpa cuando el agente no - previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlo".

Al estudiarse en la comisión redactora del anteproyecto de Cód. Penal, el concepto de culpa, el Dr. Escallón explica la segunda parte de este concepto, según cita de Luis Carlos Perez, así: "es un caso nuevo en materia de culpaz o cuando a pesar de haberlo previsto confió imprudentemente en poder evitarlo; aquí salimos de la figura clásica de la culpa, que es no haber previsto lo que imprudentemente se confió poder evitar.

Esta figura es intermedia entre el dolo y la culpa, porque si se previó y se confió poder evitar, es una modalidad intermedia y se acerca más al dolo que a la culpa; pero en el dolo hay intención y en éste caso no. Ni se puede hablar de dolo indirecto".

El principio que gobierna la culpa, como dice la Corte, es el principio de la "imprevisión de lo previsible". El Cód. Francés aún mantiene el principio de la culpa en la responsabilidad civil. Al respecto dice - Berthand de Greville, en lecré XIII, 41, en cita de Salvato Perez Vives: "Doquiera que la ley se da cuenta de que un ciudadano ha experimentado una pérdida, examina si ha sido posible al autor de ésta pérdida, no - causarla, y si se encuentra en él ligereza o imprudencia, debe condenar lo a la reparación del mal que ha hecho".

Pero a lo anterior hay que agregar un principio admitido en nuestro - Cód. Civil y que es la responsabilidad por el hecho de las cosas, incluyendo a los animales, que no siendo una acción directamente imputable, a una persona, por una determinada actuación suya, se le acredita sin embargo, por el principio de equidad que nos dice, que dentro de una sociedad todas las personas deben prever que los animales que a su cuidado estén, así como los bienes que posean, estén en circunstancias de no causarles perjuicios a los demás; tal principio ya era iniciado por Domat y por Toullier. Nuestro Cód civil establece la culpa contractual en su artículo 63, graduyéndola en grave, leve y levísima, cuestión extraña a la culpa extracontractual que es abstracta.

El artículo 63 del Cód. Civil, solamente se limita a establecer las tres categorías de culpa, en una forma también abstracta, pero atendiendo a las diferentes clases de contratos. El artículo 1604 idem, establece en que clase de contratos se responde de una u otra clase de culpa.

La culpa que dá fundamento a la responsabilidad extracontractual se caracteriza por bastar que el daño se haya producido como consecuencia del accionar de una persona y por el conocimiento y por el conocimiento de la situación, pero bajo el mando de la imprudencia o la imprevisión. Sería algo extraño a la materia delictual, el entrar a dilucidar, si una persona que derribe la vitrina de un almacén, debe responder a título de uno u otro grado de culpa. De tal manera, la Culpa en materia delictual es la que trae el artículo 12 del Cód. Penal, y la del artículo 63 del C. C., es la referente a los contratos.

La culpa puede deberse a la comisión de un hecho o a una omisión. En el primer caso una persona comete un acto previsible causando daños a terceros, o simplemente a pesar de haberlo previsto, realiza un hecho confiando poder evitar los efectos nocivos de su acto. En el segundo caso, la persona omite, por negligencia o imprudencia, la realización de un acto necesario para evitar causar daños a terceros, como quien no repara la pared exterior de su casa, la cual amenaza caer.

1-CRITERIO PARA APRECIAR LA CULPA.

La culpa puede demostrarse en dos formas: 1) la culpa consciente, en la cual el agente previó los efectos nocivos de su acto, pero confió imprudentemente en poder evitarlos y 2) cuando no los previó habiendo podido preverlos, que es la culpa inconsciente. Esta previsión debe entenderse, al desarrollo mental y conocimientos de los hechos. Estas son las premisas que determinan el concepto de culpa, de estricta índole subjetiva. Nos encontramos ante el problema de determinar la capacidad subjetiva de cada persona, es decir, sea mayor o de menor grado para prever o evitar los hechos dañosos.

Esto traería nefastas consecuencias jurídicas, porque nos encontraríamos en el supuesto de que la persona que aparece como autora del hecho dañoso no es responsable, porque en el análisis de su subjetividad, se comprueba que no tenía la capacidad necesaria (de técnica, de instrucción, mental, etc.) para haber previsto el daño; pongamos el ejemplo que nos trae Valencia Zea: "si se trata de un conductor de vehículos automotores que cause un daño debido, ante todo, al escaso desarrollo de su facultad mental, a la deficiente preparación que recibió para ejecutar su oficio, al descuido e irresponsabilidad que son naturales en él, nos veríamos obligados a declararlo irresponsables, -pues, dados sus antecedentes psicológicos y de hecho no es capaz de prever. En cambio, responsabilizaríamos a otro conductor si en razón del mismo daño, si respecto de él no existen las circunstancias anotadas en el primero". Este ejemplo nos indica la imposibilidad jurídica de

determinar según cada sujeto, su capacidad subjetiva de previsión, de acuerdo al acto dañoso cometido. Así lo ha aceptado la doctrina y ha optado más bien por un criterio objetivo. No se puede determinar la culpa según la capacidad de la persona, sino por la capacidad mediana que para cada trabajo o labor en forma particular y determinada, se exige para que no cause daño alguno al conglomerado social, o a alguien en particular. Este criterio es el más aceptado y acertado sin lugar a dudas. La tendencia debe ser además, la objetivización de la responsabilidad.

"La capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones." (Valencia Zea).

El criterio objetivo de la culpa, o también, culpa abstracta, es por el que se indican las legislaciones modernas, muy en acorde con el devenir tecnológico del mundo, que exige en las personas un mayor grado de prudencia en sus actos, que es diverso según que ofrezca una mayor o menor peligrosidad para los demás.

Debemos entonces, en forma abstracta, apreciar la culpa, comparando la diligencia del que cometió un daño con la de una persona normal que conociendo del mismo oficio hubiera efectuado.

Así, la culpa de un médico en el fracaso de una intervención quirúrgica se deduciría de la diligencia que en el mismo caso hubiera tenido

un médico capaz; lo mismo en todas las ramas del trabajo humano, siempre se debe exigir para determinar la culpa, el grado de prudencia y previsión que una persona prudente en el mismo caso y conocedora de la actividad en cuestión hubiera tenido presente.

El Tribunal de Bogotá, dijo, en sentencia del 3 de septiembre de 1960, en el ordinario encaminado a hacer efectivo el derecho de crédito incorporado en un instrumento negociable, proveído por la sociedad "Touring Club de Colombia" contra el banco del Comercio de Bogotá, sucursal de San Victorine, el cual poseía los sellos del Banco y que la sociedad compró a una persona que hizo a dicha sociedad víctima de una estafa, inculpa la sociedad al banco por la ocurrencia del delito, lo siguiente: "En sentir del tribunal, el daño que pudo sufrir la sociedad demandante se debió a su propia culpa, entendiéndose por tal, error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente, colocada en las mismas circunstancias en que estuvo dicha sociedad, pues del proceso aparece evidenciado el error de conducta en que incurrió aquella, tal como se expresa en los siguientes apartes de la sentencia recurrida "en concepto de este juzgado, lo que es manifiesto no es la culpa del Banco sino de la sociedad "Touring", o más exactamente de su representante, que ante la presencia de un instrumento de valor considerable ha debido confirmar el cheque, obtener la visa del banco, su aceptación, no admitirlo en pago de los dólares sin haber hecho ninguna de estas diligencias, propias de una persona medianamente cuida-

desa. Según dijimos atrás, dentro del juicio no se probó que se hubiera hecho llamada alguna para confirmar el cheque.

"Reafirma el descuido, la negligencia, la falta de previsión de la sociedad "Touring de Colombia", la circunstancia afirmada por el gerente de que siempre que se ha tratado de recibir cheques de más de mil pesos se ha llamado a la gerencia del banco respectivo para confirmarlo. Porque si esa ha sido la manera ordinaria de obrar, la forma acostumbrada de proceder para evitar posibles engaños, lógicamente esa norma de conducta, ese diligente obrar no se observó en el caso del cheque, lo cual indica un quebrantamiento de esa norma, un descuido u omisión de la sociedad, la cual no procedió como hubiera procedido un hombre prudente y diligente en circunstancias semejantes..."

"Además, según anotamos atrás, es evidente el descuido y la falta de previsión de la sociedad demandante, la cual obrando de manera distinta a como actuaba normalmente, recibió sin confirmar, sin visa ni aceptación el cheque que le presentó el señor Londoño Palacios, lo que determina en nuestro parecer, el que el perjuicio sufrido por la sociedad "Touring" se debió exclusivamente a su propia culpa y no a la que se pretendió hacer derivar de hechos cometidos por el Banco" (Tomado del fallo en Cas. de la Corte. G.J. T. XCVI, 1961).

2- EL DAÑO

En los tiempos de la ley equilia los romanos distinguieron entre daño

d

daño y perjuicio, entendiéndose por el daño aquel detrimento que se le causaba a una cosa y por perjuicio al daño que recibía la persona por la destrucción o avería de la cosa.

Para nosotros no ofrece ningún valor práctico y tales palabras se miran como sinónimas.

Entonces, daño es todo detrimento que una persona puede experimentar en sus bienes, cuerpo y espíritu, por una acción que provenga de la propia persona o de otra o en general, de cualquier causa.

Para el derecho, en materia extracontractual, no interesa al propio daño; en cuanto que mire al daño proveniente de una causa exterior imputable a una persona, nos interesa.

Se lesiona un derecho, no únicamente cuando se le menoscaba sino también cuando se entorpece su normal desarrollo o ejercicio; para que exista un perjuicio, es también necesario que se ataque un derecho concreto, con prescindencia del origen del ataque.

Los derechos susceptibles de ser lesionados son los derechos patrimoniales; es decir, evaluables en dinero y los extrapatrimoniales, no evaluables en dinero, tal por ejemplo, el derecho a la vida, a la reputación, etc.

El daño para que cause responsabilidad debe ser cierto, es decir, fundado sobre un hecho preciso y no hipótesis.

El daño debe ser presente, es decir, que se han producido ya al momento de presentarse la demanda. Daño futuro es aquel que a pesar de no

haberse presentado antes de la demanda, se espera con seguridad su presencia. Daño eventual es aquel en que las consecuencias pueden o no presentarse.

También puede consistir en la pérdida de una ganancia, aunque no se presente otra clase de daño.

El daño tiene que ser actual, es decir, como consecuencia cumplida o en desarrollo del acto culposos. Daño actual también debe ser aquel que resulte como consecuencia directa de la causam, así, en un accidente, puede suceder que se presenten secuelas varios días después de la demanda, sin dejar por ello de ser actuales.

El daño debe ser directo, así, si en un accidente de tránsito, se causa la fractura de un brazo a una persona, y la ambulancia que lo lleva al hospital se estrella o choca y el herido se fractura entonces la pierna. Solo se responderá por el daño causado en forma directa por el accidente primero, que fue en el cual se fracturó el brazo a tal persona.

11) CLASES DE DAÑO

El daño se clasifica en material y moral, según que atente contra los bienes económicos o el espíritu de la persona.

a)- DAÑOS MATERIALES

El daño material consiste en el lucro cesante y el daño emergente. Consiste el segundo en el daño efectivamente causado, como la destrucción de un vehículo; y el lucro cesante, el dejar de percibir ganancias con ocasión del accidente o daño producido.

b)- DAÑO MORAL

Son estos, los que sufre la persona en su espíritu, los cuales pueden ser objetivados o subjetivados. Los segundos constituyen el pretium doloris. Los objetivados para resarcirlos, tienen que ser ciertos y estar plenamente demostrados, y que su monto sea susceptible de ser evaluado pericialmente; demos como ejemplo, la pérdida del buen nombre de una empresa.

En cuanto a los merales subjetivados, por su propia y especial naturaleza, en ciertos casos debe presumirse, como en el caso de la muerte de un hijo, o cualquier otro caso análogo.

Corresponde en todo caso al juez, con ayuda de peritos, fijar, a cuanto deben ascender los perjuicios merales, (subjetivos), teniendo en cuenta las circunstancias en que se sucedieron los hechos.

La posibilidad de deducir perjuicios merales causados por razón de incumplimiento de obligaciones estrictamente contractuales, es asunto que ha dado ocasión a debate. El tratadista Arturo Valencia Zea, abordando el tema en su generalidad abstracta, a dicho lo siguiente:

"Per regla general, la responsabilidad contractual produce sus efectos entre los contratantes, y así el deudor que incumple o cumple defectuosamente, causa perjuicios al acreedor y solo a él. En efecto, si el vendedor no ejecuta su obligación, ese incumplimiento perjudica a el comprador y solo a él; si el comprador o arrendatario no paga los precios de la cosa comprada o los de arriendo, dicha inexecución solo perjudica al vendedor o al arrendador.

"Pero la regla general de que la responsabilidad contractual proyecta sus efectos solo entre los contratantes, tiene excepciones, ya que es posible que la no ejecución o mala ejecución de un contrato cause perjuicios directos a personas diferentes del acreedor. Por ejemplo, el caso del transportador que ejecuta mal la obligación de transportar a una persona de un sitio a otro, y en vez de entregarla buena y sana, entrega un cadáver, a causa de un accidente que sucede durante la ejecución del transporte (el tren se precipita a un abismo, el avión se incendia en el aire, se choca contra una montaña, etc.). En este ejemplo (y en los similares en que el acreedor muere con ocasión de la ejecución de un contrato) se han causado graves perjuicios a personas distintas del acreedor: la mujer, hijos y parientes próximos.

"Estas personas, extrañas al contrato, tienen acción para reclamar perjuicios por la mala ejecución de un contrato. Por consiguiente, nos hallamos ante un interesante caso en que la responsabilidad contractual proyecta sus efectos más allá del estrecho círculo de las personas entre quienes se celebró el contrato.

"Esta acción se genera, es decir, cobra vida, directamente en cabeza de los perjudicados; no es acción heredada. Este punto de vista fué enseñado por una interesante sentencia de la Corte Suprema, dada en 1942, y que dice: "El accidente que causa la muerte de una persona, y que da lugar a indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto. Por cuanto la muerte no tiene

eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido". (Op. cit, tomo III, page 439 a 442).

Con base en ideas similares a las acabadas de transcribir, Antonio De La Vega expresa concretamente: " Hoy se admite generalmente que al acreedor insatisfecho se le debe reparación tanto por el perjuicio meral como por el material que resulten de la inejecución del contrato. En el siglo XIX se habfa puesto ello en duda, considerando que el objeto del contrato debe tener una significación pecuniaria para el acreedor. Esta duda se ha ido disipando en la medida en que se han ido concibiendo los daños y perjuicios contractuales como el resultado de una responsabilidad análoga a la responsabilidad delictual, en la que la reparación del perjuicio meral es cosa común y corriente. La analogía salta evidente en el caso del transporte. El accidente corporal del cual es victima el viajero, causa para el y en tanto suyo un perjuicio meral, que, por ser debido a la mala ejecución del contrato, no deja de ser la misma naturaleza que aquel que se respra en virtud de los artículos 2341 y concordantes" (del derecho de obligaciones, tercera edición, pag. 143).

La tesis anterior es expresamente admitida en el código de comercio (artículos 1006 inciso final). El doctor Marie Mentoya Gomez, aunque enemigo él mismo de admitir el resarcimiento de perjuicios merales derivados de incumplimiento contractual, se remite sin embargo a la opinión que en contrato ha emitido el tratadista español Jaime Sante Briz en su obra " Derechos de Daños", de quien transcribe el

siguiente pasaje: " En cuanto a los daños no patrimoniales derivados de infracción del contrato, la doctrina se ha mostrado todavía más reacia a admitir su indemnización. Sin embargo, estimamos más acertada la posición contraria que entiende que, admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluida del campo de las obligaciones contractuales... Un argumento en favor de la posibilidad de indemnización de los daños no patrimoniales es la doctrina que mantiene la validez de las obligaciones, aunque versen sobre prestación no patrimonial". (Op. - cit., pag 135).

Por su parte el doctor Fernando Hinestrera, en sus conferencias sobre obligaciones, ha sostenido lo siguiente: " En primer lugar, no hay inconveniente alguno para extender la reparación del perjuicio moral a los contratos. Ninguna norma legal lo prohíbe y solo se precada así por razones de conveniencias, las cuales son discutibles y rechazables. Por esto, aun cuando en principio se admita la tesis de que el daño moral no prospera sino en la responsabilidad extracontractual, a este aserto no se le debe conferir un efecto ilimitado, pues pueden presentarse eventos en los cuales en los cuales se apreciará nítidamente un daño moral indemnizable, dentro de la responsabilidad negocial estrictamente.

"En materia contractual, el perjuicio moral ha dado motivo a muchas discusiones, debido a que la mayoría de los autores suponen que los

contratantes únicamente buscan con el acuerdo un interés pecuniario y olvidan, que muchos contratos tienen por objeto una recreación del espíritu, como quien alquila una casa una casa de campo porque encuentra en sus jardines, en sus alcebas, en sus rincónes, el placer de la tranquilidad que alimenta su espíritu."

Y el Dr. Rafael Duran Trujillo -para solo citar algunas veces autorizadas- conceptúa en su obra "Naciones de Responsabilidad Civil" : "Además, la inejecución de todo contrato reporta desasosiego, contrariedad, inquietud en la parte burlada, máximo cuando el contrato se refiere a aquellas cosas que tienen un valor de afección para el contratante, como cuando se acuerda la compra de un retrato o de un mueble que perteneció al abuelo, o al precer fulano, o al pariente suyo; o cuando el contrato tiene un valor económico tan grande, que trae para aquellas personas muy ligadas a sus negocios y sensiblemente apegadas al dinero, hasta la muerte;..."

La Corte Suprema de Justicia acoge el reconocimiento del daño moral, para todas las clases de responsabilidades, en términos tan claros como éstos: "No se discute ya el derecho a una reparación por el daño moral. Está consagrado en algunas legislaciones entre las cuales figura la Colombiana. Y es que cuando la ley ordena resarcir todo acto del hombre que ocasione perjuicios a otro, no distingue: cualesquiera que sean los derechos (patrimoniales e extrapatrimoniales) a que ese daño afecte, predica la acción de responsabilidad civil para las

indemnizaciones correspondientes". Sin embargo, en providencia posterior, niega la existencia de esta clase de perjuicios en los siguientes términos: "Cuando se trata de responsabilidad por culpa contractual, según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales. Esta circunstancia de ser estéril la responsabilidad contractual para la reparación del perjuicio consistente solo en sufrimiento moral, es precisamente una de las muchas modalidades que la diferencian de la que se genera en la culpa aquiliana",

"Sin embargo olvida la misma Corte que invariablemente ha aceptado reconocer el daño moral en cantidad hasta de dos mil pesos, tratándose de culpa contractual. Podría limitarme a citar los casos de accidentes ferroviarios y los acaecidos en los cables aéreos del país, sometidos a la acción de responsabilidad civil contractual, en los cuales siempre se ha concedido a los demandantes reparación de orden moral." (Durán Trujillo, op. cit. págs. 89 a 91).

Nuestro Código de Comercio, los acepta en materia de responsabilidad derivada del transporte, en forma expresa en su artículo 1.006.

3- RELACION DE CAUSALIDAD

La relación de causalidad indica una conexión entre la acción u emisión del agente y el daño causado, tratándose de actividades peligrosas, e - presunciones de responsabilidad y entre la culpa y el daño causado en los casos en que esta no se tenga por existente.

La apertación de su existencia es más que necesaria, indispensable,

para que el demandante pueda imputarle el daño a alguien.

Aún en la responsabilidad objetiva, al igual que la subjetiva, el daño debe estar en relación directa con la persona a quien se le trata de imputar, ya sea por el hecho propio, o el ajeno por el cual debe responder, o de las cosas a su cuidado.

En la responsabilidad objetiva el daño debe ser la consecuencia de un accionar o de un emitir de una persona; en la subjetiva es la consecuencia de un acto culposos.

El acto que produce el daño debe ser actual o próximo; ser determinante, lo cual quiere decir, que fué el factor que creó el daño o lo predujo; debe existir también idoneidad en el acto para causar un perjuicio. (Valencia Zea, pag. 248).

TEORIA DE LA CAUSA EFICIENTE

Se refiere esta teoría a que la causa eficiente es la razón suficiente de la existencia de un ser o la que por su propia acción es productera de un efecto dado. Los sustentadores de esta teoría no descartan la posibilidad de que dos o más acciones concurren a producir el resultado, hipótesis en que se determinará cual de ellas contribuyó más perdosamente a producir el efecto, y ésta se tomará como causa y las otras como condiciones que permitan a la causa eficiente producirlo. (Ver Montoya. Ob.cit. pag. 202).

- TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA.

Premevida principalmente por el Alemán Kries.

Para que una culpa se considere como causa del dafie es necesario que normalmente esa culpa sea apta para causar el dafie en cuesti6n. En tanto que una determinada causa hace m6s probable un resultado, tanto m6s tendr6 una mayor aptitud para ser calificada de causa adecuada. Seg6n esta teorfa, solamente se pueden considerar como causas de un perjuicio, aquellos acontecimientos que normalmente deben producirlo. Serfa asf una causa adecuada para causar la muerte de una persona al darle varias disparas. No lo serfa el empellar a una persona, pero si 6sta muerde en c6lera y muere debido a una afecci6n cardfaca, la cual no era conocida, estaremos en presencia de un caso fortuito.

Existe a m6s de las anteriores teorfas, la de las equivalencias de condiciones, propugnada por el jurista Alem6n, Von Buri, seg6n la cual, el demandado deber6 reparar aquellos perjuicios que su accionar cause, los cuales no se hubieran producido si 6l no hubiera accionado.

De tal manera, si la persona hubiera no accionado y el perjuicio de todas maneras se hubiera presentado, no ser6 responsable.

Esta teorfa tiene el inconveniente de impedirle una apreciaci6n razonada al juez, quien se tendr6 que atener a la rfgida relaci6n que presenta la teorfa.

El ejemplo que mejor demuestra las situaciones de demasiada amplitud que presenta la teorfa es aqu6l que dice, que un saetre se hace res-

ponsable de la muerte de su cliente en un accidente ferroviario, porque si él le hubiera entregado en la fecha fijada el vestido, aquél se hubiera ido el día anterior que era el día fijado y no el día del accidente.

La aplicación de la teoría de la causa adecuada en unión de la causa eficiente, condidore que es la más conveniente, ya que se dá a los fa lladores un amplio campo para examinar los casos de concurrencia de causas y por ser la más sencilla y por lo mismo práctica.

CAPITULO V

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Un lógico sentido de justicia, que debe entenderse común a todos los hombres, ha indicado la necesidad de exonerar de responsabilidad a aquella persona, que por ciertas circunstancias ajenas a su voluntad, no previsibles en algunos casos, e no evitables en otros, se ve en el caso de haber causado un daño a otro, es decir, no existe un nexo causal entre el daño producido y la persona imputada. Para que a una persona se le declare responsable de sus actos, es necesario que los haya realizados, sin que elemento alguno, /no previsible haya tomado parte, acreditándose con ello la autoría del suceso. La existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, el accionar de un tercero o la misma culpa de la víctima, son circunstancias que destruyen el nexo causal entre el imputado y el daño cometido.

Igualmente, nuestro Cód. Penal trae una enumeración de casos concretos, en que se exime de responsabilidad penal a la persona, como son,

la legítima defensa, el estado de necesidad, la orden de un superior entratándose de militares y el mandato legal. Estos casos bien se podrían plantear dentro de un concepto de fuerza mayor, pero contienen elementos especiales que indican la conveniencia de estudiarlos separadamente.

De estos casos, el estado de necesidad debe estudiarse con suma cuidado para determinarse, si es posible una retribución pecuniaria para aquella persona que ha sufrido un daño a costa de un beneficio propio.

1- FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.

Veamos primero, la posible diferencia que entre ambos términos pueda haber; existen dos doctrinas, una que dice que forman un mismo concepto y otra, que son dos conceptos diferentes.

Autores como Alessandri, Semariva, Luis Claro Soler y otros, son del criterio de que son sinónimos.

Ambos significan indistintamente, cualquier causa extraña, no imputable, que ha impedido el cumplimiento de la obligación, y produce el mismo efecto liberatorio del deudor en cuanto su exención de responsabilidad. Podríamos decir también, que ha impedido el evitar el daño. Se trata de una causa extraña que no puede imputarse al deudor. Nuestro ordenamiento jurídico establece en el artículo 1º de la ley 95 de 1890 sobre reformas civiles que, "se llama fuerza mayor o caso fortui-

te, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Presenta el anterior artículo, la misma idea del artículo 1.147 del Cód. Civil Francés. Baudry Lacantinerie y Barde (Tratado Teórico y práctico de Derecho Civil, T. 12, Vol I. pag. 485), aceptan que son sinónimos los términos en cuestión. Sin embargo de lo anterior, distinguen dos categorías de casos fortuitos o de fuerza mayor (no obstante producir ambos los mismos efectos) que dicen relación con la naturaleza de los hechos: una categoría estaría reservada para el grupo de sucesos que revisten el carácter de accidentes naturales (enfermedades, nieves abundantes, terremotos, etc.), y la otra categoría agruparía los hechos del hombre (guerra, invasión, etc.).

Existen igualmente tendencias diferenciadoras de estos términos. Según los que son partidarios a establecer la diferenciación en razón de la causa del hecho, reservan la denominación de caso fortuito para los accidentes producidos por una fuerza física no inteligente; mientras que la fuerza mayor corresponde al hecho de un tercero, que crea un obstáculo insuperable a la ejecución de la obligación, o en el intento de evitar el daño. (vis major).

Otros son partidarios de establecer la diferenciación por los efectos del hecho. Dentro de estos pueda contarse a Planiel.

Así, hay caso fortuito cuando el acontecimiento afecta a las cosas

que causan el daño, debido a tal afección; y en materia contractual afecta a la prestación e en particular a la cosa a la que la obligación se refiere; Y habrá fuerza mayor, cuando recaer sobre la persona del obligado. Para Planiol, los términos no son antónimos, sino fases distintas de un mismo hecho.

Otros autores sostienen que el caso fortuito se forma atendiendo fundamentalmente a una relación entre los hechos y el agente, en el sentido de los preparativos o precauciones tomadas por ésta para evitarlos e, por lo menos, para impedir el daño que de tales hechos pueda resultar.

De acuerdo a ésta teoría eminentemente subjetivista, el caso fortuito supone el fracaso de las medidas correctamente exigibles adoptadas por el deudor.

En cambio la fuerza mayor, según ésta misma teoría, existe cuando el hecho excede en absoluto las normas de la previsibilidad.

Nuestro derecho los trata en forma unitaria, pero siempre se entiende que la fuerza mayor es el hecho irresistible y el caso fortuito imprevisible.

La fuerza mayor siempre deberá tratarse de un hecho de la naturaleza, como un terremoto, y no de un hecho de la propia actividad que se realiza, por cuanto tales hechos constituyen riesgos inherentes a ella. La imprevisibilidad que se exige al acontecimiento, se refiere a que de acuerdo a la actividad que se realice y el lugar en que se encuen

tran, deben tomarse medidas para todos aquellos sucesos de posible ocurrencia en el lugar; (Verbi gratia, en una zona costera que sea constantemente azotada por vientos huracanados, deben existir las medidas necesarias para contrarrestar sus efectos en el momento en que llegaran a presentarse. De tal forma, no se podría tildar de imprevisible el daño que se causara en estas circunstancias, a menos, que el fenómeno natural fuera de tal magnitud que cualquier medida tomada hubiera sido inútil).

La irresistibilidad de un hecho hace referencia a que es superior a las fuerzas humanas.

2- HECHO DE UN TERCERO.

Se refiere a que entre el daño cometido y el elemento causante (una máquina, un automóvil), interviene un elemento extraño, en este caso una persona, que es quien viene siendo en sí la causa determinante del daño, por lo que rompe el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y a quien se le trata de imputar, para establecerla entre él y el daño.

Sin embargo, no siempre es hecho de terceros exonerada de responsabilidad, y es cuando el accionar del tercero entra en concurrencia con la del inculpado, como responsables del daño ocasionado. La Corte habla al respecto de quien va manejando un automóvil y por no atropellar a quien se le atraviesa inesperadamente, atropella a otra persona.

3- CULPA DE LA VICTIMA.

La exoneración de responsabilidad opera cuando la víctima actúa con dolo, por ejemplo, con ánimo de suicidarse se arroja a las llantas del carro que va en marcha, o por culpa grave. En los demás casos, coexiste la culpa de la víctima con la del que causa el daño. En tal caso, habrá lugar a rebajar el monto de la indemnización total.

4- LEGITIMA DEFENSA.

La legítima defensa está consagrada en nuestro Cód. Penal en su artículo 25, por el cual se justifica el hecho, no respondiendo la persona ni penal ni civilmente. Es una especie del estado de necesidad, pero se refiere concretamente a la necesidad de defenderse o de defender a otro de una violación actual e injusta contra la persona, los bienes o el honor. Se responde en cuanto que se exceda la persona en la defensa ya que ésta debe ser proporcional a la agresión.

El hecho se justifica, es decir, se le quita la calidad de delito y se le considera como un derecho de la persona a proteger tales bienes, de una violación que tiene que ser actual e injusta. Pero en cuanto que se excede en la defensa, la persona debe responder por ello. Cabe aquí una limitación de la responsabilidad en cuanto que la víctima se expone en forma imprudente, digámosle así, a tal daño. Cabe en este sentido el artículo 2357, del Cód. Civil, que establece que la apreciación del daño estará sujeta a reducción si el que lo ha sufrido

de se expuse imprudentemente a él.

5- ESTADO DE NECESIDAD.

Dice el artículo ordinal : " por la necesidad de salvarse a si mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que deba afrontarse por obligación profesional".

El estado de necesidad justifica igualmente la comisión de un acto que en otras circunstancias sería ilícito; en otras palabras, no conlleva responsabilidad penal, y en el sentido del artículo de nuestro derecho, tampoco la civil. Vamos a dilucidar si es viable la retribución pecuniaria como indemnización por daños causados a terceros en estado de necesidad.

La persona que actúa bajo el estado de necesidad, afecta con su acto a otro, persona ajena e inocente a tales hechos, a diferencia de la legítima defensa en la que el daño se ejecuta sobre un agresor injusto. Este es el aspecto más importantes que debemos tocar, y es que, el que sufre un daño por un estado de necesidad de otro, por lo regular no se ha expuesto a él y se le causa en forma injusta a sus derechos, aunque no sea injusto para quien los ejecuta, ya que la ley considera que el estado de necesidad justifica para quien ejecuta un acto bajo su influencia, el daño que causa a otro.

El estado de necesidad implica conocimiento de la gente de los actos que ejecuta, ya que el tiene que escoger entre varias opciones e posi-

bilidad que se le presenten, aunque tenga que hacerlo en forma obligatoria, es decir, tendrá que realizar alguna.

El maestro Luis Carlos Pérez dice que los conflictos en el estado de necesidad surgen : 1) entre bienes o derechos desiguales y entre bienes o derechos iguales; los daños ocasionados para detener un incendio, el arrojamiento de mercaderías al mar para salvar a un barco, el aterrisaje de emergencia de un avión en un sembrado, la sustracción de alimentos para impedir la muerte de alguien, pueden citarse como ejemplo.

"2) Entre dos deberes, como en el caso de un médico que desampara a un enfermo para atender a otro, el bombero que no concurre a apagar un incendio por apagar a otro, la madre que debe abortar por imposición terapéutica " (manual de derecho penal ob.cit,p. 139).

En el supuesto de escogencia entre dos deberes, hay tanta exoneración penal como civil, ya que el hecho se realiza por obligación profesional, en la que el realizar una le impide la otra; no se le puede reclamar ya que existe una imposibilidad física para realizar a un tiempo dos tareas, lo que le obliga a escoger entre dos, la una o la otra. En el último caso, la madre que aborta, salva su vida ante la posibilidad de morir ella o ambas de nacer la criatura, de lo cual no se puede decir responsabilidad alguna, es la protección del derecho supremo, del derecho a la vida.

Cuando se trate de salvar la vida, pero ocasionando daño en los bienes

de alguien, considere que si conlleva responsabilidad civil; son los casos que Luis Carlos Pérez llama "conflictos en estado de necesidad surgidos entre bienes o derechos desiguales".

Los daños que se ocasionan en los bienes de un tercero por demás ajenos a los hechos, bajo un estado de necesidad causa un deprimente económico al perjudicado, que no puede conformarse al derecho penal sin reparación.

En la comisión colombiana para la elaboración del Código penal tipo latinoamericano reunida en 1966, el Dr., Giraldo opinó que "... quien está en estado de necesidad bien puede obtener una ventaja patrimonial, y aunque de delito no es posible hablar en esta hipótesis, no parece que deba desconocerse la posibilidad de una acción civil tendiente a lograr el resarcimiento del daño causado a la víctima". Sobre el mismo concepto el Dr., Reyes que "... al menos frente al estado de necesidad, el resarcimiento de perjuicios no se excluye, habida consideración de que la víctima en nada contribuye a su propio daño, como si ocurre en la legítima defensa". (Consecuencias civiles del delito .P. 34 y 35").

En materia extracentrual en nuestro derecho, no se ha considerado ningún efecto.

Cuando se trata de dos derechos iguales en colisión considere que no puede deducirse obligación de resarcir daños, puesto que se evidencia.

Cuando se salva la propia vida a costa de un derecho inferior, hay que establecer entonces el valor del derecho lesionado.

Los casos de poca monta que se destruyan para salvar una vida es decir,

la comparación de la importancia del bien que se trate de proteger para salvarlo, con la del daño causado.

Siempre que para salvar los bienes propios se destruyan otros de inferior valor deberán pagarse.

Cuando para salvar bienes propios se destruyan otros de mayor valor, no opera el estado de necesidad.

El C. Civil Alemán establece en su Art., 984, situado dentro de los que reglamentan los inmuebles: " El propietario no puede impedir a otro el uso de su cosa cuando este uso fuera indispensable para evitar un peligro actual incomparablemente mayor que del daño que de él hubiera resultado al mismo propietario. Este puede hacerse indemnizar el daño sufrido."

El C. Civil Suizo Art. 701: Si alguno no pudiera protegerse o proteger a otro de un daño inminente o de un peligro actual, mas que violando la propiedad territorial de un tercero, éste tiene la obligación de sufrir la violación, a condición de que sea de poca importancia en comparación con el daño o peligro que se trata de evitar. El propietario puede, si ha sufrido un perjuicio, reclamar una equitativa indemnización".

El Código Suizo establece que tal indemnización, corresponde al Juez fijarla.

El C. Italiano deja al arbitrio del Juez determinar si es precedente la reparación.

5- Mandato Legal.

"El mandato legal o aun la sola autorización especial de la ley parece constituir un hecho justificativo para el agente. Se debe recordar que éste se puede encontrar frente a un conflicto de deberes y que podría actuar con culpa cuando se tiene ante una regla jurídica, que podría ser secundaria, con detrimento de un interés mucho más importante.

6- ORDEN DE UN SUPERIOR.

Necesita el superior ser un agente legítimo. Es la orden que reciben los soldados o militares de sus superiores, que les eximen de responsabilidad.

CAPITULO VI

CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

1- RESPONSABILIDAD DIRECTA.

La establece el artículo 2341 y consiste en responder por los daños que se causen por el hecho propio. Se exige el elemento subjetivo del dolo o culpa para que se estructure.

Esta es la norma aplicable a las personas jurídicas por los daños que causarón sus empleados. Anteriormente se pensó que era en tal caso; aplicable la responsabilidad por el hecho ajeno que establece el art. 2347, pero la doctrina y la jurisprudencia concluyeron que los empleados de una persona jurídica no son más que los brazos con que aquella actúa, por lo que no deben considerarse en este punto separadamente, sino como parte integrante de un todo.

2- RESPONSABILIDAD INDIRECTA O POR EL HECHO AJENO.

Está establecida en el art. 2347, y el 2349. Establece la responsabilidad en razón de dependencia legal, así la del hijo con su padre, la

de ecdencia contractual, in vigilande e in eligende, del patrene census empleados.

" Mientras que en el hecho ajeno se responde la culpa e de otra persona, en el hecho propio se responde de la culpa propia.

A fin de evitar objeciones de orden lógico, es necesario aclarar que en ningún caso la ley responsabiliza a una persona por un hecho ajeno a su culpa. Cuando el padre de familia responde de los daños causados por sus hijos menores de edad, esta responsabilidad se funda en la culpa del padre que no educó e no vigiló convenientemente al hijo; hebe, pues, una culpa indirecta del padre. Pero en todo caso se trata de una responsabilidad diferente al hecho propio, ya que el padre responde del daño causado por su hijo y no del daño causado por él; Responde, no por haber causado el daño, sino por no haberle evitado. Por este motivo advierte el artículo 2347 que se responde no sólo de las propias acciones, sino también de las efectuadas por aquellas personas que están bajo el cuidado de otra. (Ob. cit, t. III.P. 259).

3- RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS.

Para su estudio nos remitemos en el capítulo VII, en qué se vé con más amplitud.

4- RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS. (artículos 2350- 2352, 2355). Las cosas pueden ser animadas e inanimadas. A las primeras pertenecen los animales y a las segundas las cosas (objetos) no pe-

ligrosas, como la ruina de un edificio, o de las cosas que caen o se arrojan de lo alto de un edificio. Me limite solamente a enunciar someramente en que consisten para dedicarme al tema central de las actividades o cosas peligrosas.

5- RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES

Tratada en los artículos 2353 y 2354. Se responde por los animales propios o que estaban bajo el cuidado de uno, siempre que el actuar del animal fuese propio y no impulsado por uno, por cuanto en tal supuesto, la responsabilidad es por el hecho propio. La responsabilidad que tiene animales fieros es objetiva y no se le permite exonerar se de responsabilidad. Pero se requiere que tales animales no reporten ninguna utilidad para la guarda del predio.

CAPITULO VII

RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

1- CONCEPTO

Señ actividades peligrosas aquellas que realiza el hombre mediante el empleo de maquinarias e energía, así, como el manejo e utilización de sustancias e elementos que encierran grave riesgo para la vida.

El artículo 2356 establece: " por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

" Son especialmente obligados a esta reparación :

1) El que disipa 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 las 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 hecho de que este artículo se refiere no a los elementos que se celebran como actividades peligrosas, se debe únicamente a que la época de la redacción del Código Civil., no se utilizaban tales medios de explotación económica, pero es claro que la intención del legislador fue la de ejemplarizar, actividades que por época ejercía el hombre y plantaban situaciones peligrosas.

De la misma forma, en la época actual, el hombre vive formas de explotación económica que crean una situación de peligro que serían análogas a las que vivió el hombre de la época de la redacción de nuestro Código Civil., Caminando por una calle alumbrada por la luz de la luna e algún tenue farol frente al peligro de una cañería destapada.

Las cosas, en cuanto a objetos, pueden o no constituir peligros; existen cosas que por sí solas no pueden constituir peligro, como sería el caso de un sofá o una cubiertera, pero existen otras que por sí solas pueden constituirlo, como sería el caso de un colector de energía solar, pero sus elementos componentes no constituirían el peligro sino por, la utilización que se les da. Así un automóvil o un avión son máquinas peligrosas en razón de su destinación. (Ver Valencia Zea. Ob. cit. III. p: 288). Existen igualmente maquinarias destinadas a explotar una determinada empresa, que constituyen en sí una actividad peligrosa. Tal sería una empresa fabricante de Termos industriales o una empresa de energía eléctrica.

Igualmente deben tratarse como actividades peligrosas la utilización

de agentes químicos, en cuanto al peligro que ellos mismos ofrecen en cuanto que sean sustancias nocivas, o en cuanto que produzcan a partir de su utilización sustancias nocivas para la vida humana, en forma directa o indirecta, o sea, minando la salud o cortando la vida del hombre o, envenenando la naturaleza con el subsiguiente resultado del daño al hombre. De esta manera, los derechos de una planta o fábrica que salgan a un río solo pueden permitirse en cuanto que el daño que produzca a la naturaleza sea absorbible por ésta, es decir reparable y además, no conlleve un perjuicio para el hombre, para poner en armonía al hombre con su progreso y la naturaleza. Pero tal actividad productora y de esparcimiento de derechos, constituye una actividad peligrosa, en cuanto que el envenenamiento del río puede presentarse y causar graves daños ecológicos y aún enfermedades y aún la muerte a seres humanos. No estoy de acuerdo con nuestra corte suprema, en cuanto que fundamentó la responsabilidad de una empresa que contamina una zona, en la teoría del abuso del derecho. El que una empresa realice una contaminación dentro de los límites de tolerancia de la naturaleza, no quiere decir que tenga el derecho de ejercer semejante actividad, el contaminar no constituye ningún derecho, simplemente es un mal que ha acarreado consigo el progreso. No se le puede dar el título de derecho a algo que es contrario a la naturaleza por ello, cuando una empresa sobrepasa los límites de contaminación tolerable, no estamos en presencia de un abuso del

derecho, por cuanto no se puede abusar de algo que no tenemos, sino que estamos en presencia de un daño causado en el ejercicio de una actividad peligrosa. Así como la actividad peligrosa no va dirigida a contaminar en forma directa, de la misma manera una empresa ferroviaria no va encaminada a descarrilarse y causar daño a las personas sino a transportar.

Nuestra jurisprudencia nacional ha considerado una innumerable serie de casos como actividades peligrosas. Tales son la explotación de ferrocarriles, empresas de energía eléctrica, empresas que utilizan aviones; la construcción de edificios, la hechura de puentes y cualquier otra obra análoga; la utilización de automóviles e buses y vehículos análogos, etc.

La actividad peligrosa puede consistir en la comisión de hechos positivos, podemos nombrar todos los casos que acabamos de transcribir y como casos de omisión sirve el ejemplo de nuestro código de dejar desatadas las losas de una cañería.

2- IMPORTANCIA Y ANTECEDENTES

Ante todo es menester los motivos que hacen necesaria tratar específicamente esta materia.

Hemos visto que la base general en nuestro derecho para que una persona responda por un daño cometido es la culpa. Este es un concepto genérico, que es difícil aplicar a situaciones cuyos elementos particulares aumentan la peligrosidad y reclaman una mayor diligencia.

Cuando en el desarrollo de su actividad el hombre crea condiciones particulares de peligrosidad, la ley no puede contentarse con la diligencia normal del hombre común. Quien crea una situación peligrosa, tiene el deber de restablecer la seguridad de los terceros aumentando su diligencia. Como esta diligencia particular constituye un concepto positivo y no negativo, la prueba de ella debe corresponder al que crea la situación peligrosa.

Se produce así una cadena lógica de conceptos. La mayor peligrosidad requiere una mayor diligencia; la mayor diligencia implica el peso de la prueba se derivan las presunciones de la responsabilidad. En último término, puede llegarse a la responsabilidad objetiva en los casos previstos en la ley.

El intenso desarrollo de las relaciones sociales, de la actividad industrial y del transporte mecanizado, han hecho que esta parte de la responsabilidad civil tenga cada día mayor importancia.

Los antecedentes del establecimiento en nuestro país de la responsabilidad por actividades peligrosas se remontan a principios de este siglo. La base fue los cada vez más numerosos perjuicios que las empresas de explotación de energía eléctrica y de transportes ferroviarios causaban a las particulares, sin que le fuese posible a estas en la mayoría de los casos, aportar la prueba de la culpa en la explotación de tales empresas. Nuestra Corte acudió en ayuda de las víctimas de tales empresas, aplicando a los casos que se dieran la regla establecida en el artículo 1604 del Código Civil., Es decir una regla referente a la

responsabilidad contractual. Este desatino jurídico, constituyó sin embargo un gran acierto de justicia, por cuanto, al tener del mismo artículo, corresponde la prueba de la diligencia y cuidado a quien ha debido emplearla, lo mismo que quien alega el caso fortuito debe probarlo, pero si este sobreviene por su culpa o deuder estaba en mora, la persona es responsable.

Esta jurisprudencia pronto fué abandonada y reemplazada por la aplicación de la norma contenida en el artículo 2356, que establece la responsabilidad por actividades peligrosas.

La utilización nació de la diferenciación con el artículo 2341 que establece el principio general de la responsabilidad subjetiva; mientras el artículo 2341 se refiere a los hechos propios, el artículo 2356 establece una presunción de culpa en otra clase de daños, como son el remover las losas de una cañería, o no reparar un acueducto que atraviesa un camino, que constituyen situaciones eminentemente peligrosas. Tal diferenciación entre los citados artículos comenzó a establecerla la Corte a partir del año de 1938.

3- PRESUNCIÓN DE CULPA

La presunción de culpa tiende a confundirse con la presunción de responsabilidad; Nuestra Corte a dicho : " Sea por la estrecha vinculación entre la culpa y la responsabilidad, sea por el auge de la teoría del riesgo creada, sea por ambos motivos o por cuales quiera otros ello es que esos dos vocablos " culpa" y " responsabilidad" suelen usarse distinta y premiscuamente al extremo de establecer entre ellos

asi como sinominia, a despecho de su incuestionable diferencia. La sala, que en ocasiones ha incurrido en la distracción de expresar en forma ocasionada a tomar una de estas palabras por la otra, y con ellas, las nociones respectivas, en fallos recientes en que han tenido que disertar sobre éstos temas, ha puesto la mayor atención en distinguir entre la culpa, como generadora de responsabilidad, y ésta como su efecto, por donde queda en claro que lo presumible dentro de el artículo 2356 es la culpa, de la cual, en su caso, habrá e no aducirse responsabilidad, ya la directa de el autor del daffe únicamente te, ya la indirecta del padre de el guardador, de el empresario etc. pero al hecho del hijo, del pupilo, del independiente, etc. Pero aún en las aludidas sentencias en que analizando el Art. 2356, se dijo que la presunción contenida en él es de responsabilidad el contexto mismo de esos fallos hacia ver que esa presunción es de culpa, entre otras razones por que ellas no dejaren de advertir la relacion de causa a efecto entre éstas y aquellas de suerte que siempre que hallaren responsabilidad fue en virtud de haber hallado culpa" (cas. 4 de Diciembre de 1.945, LIX, p. 820).

La interpretacion es buscar el sentido de la ley, buscando su intención y espíritu claramente manifestado en ella; de igual manera hay que recordar que el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus parte.

El artículo 2356 habla de "Todo daffe que pueda imputarse". Imputar es

" una operación mental que consiste en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante" (Diccionario de Manuel Ossorio). Podríamos igualmente decir con Jimenez de Asúa, que imputar es atribuirle un hecho o un individuo para hacerle sufrir la consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él , por ser culpable de tal hecho".

Es, " todo daño que puede atribuírselo a un individuo". Cuando se hable de poder atribuírselo se esta diciendo lo mismo que, ser susceptible de atribuírselo. Esta esta en relación con la clase de actividad que se ejercite, comprendiendo las circunstancias en que ocurrió el hecho y la naturaleza del mismo, es decir, debe tratarse de una actividad peligrosa, o de cosas, que por el peligro que representan, deben estar bajo el cuidado de una persona.

Lo que se le ha de atribuir a una persona a de ser un daño, el cual no se presume, ya que corresponde a la parte lesionada demostrar en que consistió tal lesión o daño.

Continuando nuestra disertación digamos entonces que es " todo daño susceptible de atribuírselo a dolo o culpa de una persona". Continuaría la redacción en forma correcta, por cuando no son otra cosa la malicia y la negligencia.

Se puede atribuir a título de culpa los daños que se causen en el ejercicio de actividades peligrosas, por cuanto la diligencia es una circunstancia necesaria para su ejercicio o su cuidado, de tal forma, el hecho de que tales actividades o cosas causen daño a otro ,

partitiéndose de la base de que tales actividades exigen un máximo de diligencia, nos indicará siempre que la persona actuó en forma intencional o culposa. No se puede hablar de exonerarse de culpa por cuanto la sola ocurrencia del daño demuestra que éste no existió en el grado necesario. Por consiguiente, una vez causado el daño, la culpa se entiende existir y no se puede decir que hubo diligencia, ya que esta, en razón de ser la actividad de diligencia máxima, no puede existir y ocasionarse un daño a la vez. La víctima se le tendrá que probar la relación de causalidad entre el daño y la persona que lo comete para deducir la responsabilidad.

La susceptibilidad de poderse atribuir, se refiere a que se determine si la actividad es peligrosa o no, porque una vez constituida como tal, ya deja de existir la posibilidad o susceptibilidad de atribuirse a una persona a título de malicia o negligencia, para decirse que se atribuye, sin prueba en contrario, a dicho título.

Realizada la actividad peligrosa, e imputada por malicia o negligencia una vez demostrada la relación hecho-daño, se le tocará al demandado buscar la forma de evitar su responsabilidad.

El citado artículo continúa, diciendo que tales daños deberán ser reparados por la persona que realizó el daño. veamos si se trata en este artículo de una presunción de responsabilidad o no: el artículo 66 de nuestro ordenamiento civil, no define lo que es presunción, pero dice que "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Si estos antecedentes e circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

"Se permitirá prebar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes e circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes e circunstancias". Tales supuestos, para hacer en este caso responsable a una persona, son la existencia de un daño y que éste se ocasionó en el ejercicio de una actividad peligrosa, daño que sólo se presentaría, de cometerle el demandado, por malicia e negligencia. Ordenando el artículo 2.356 que existiendo un daño por actividad peligrosa, la persona debe repararlo, estableciendo una presunción.

Come lo presumido es la responsabilidad del individuo, por cuando la prueba de la diligencia no se admite, ya que si el daño se causó fué porque no hubo diligencia; en otras palabras, daño por actividad peligrosa & diligencia, son términos que se excluyen, entonces corresponde al demandado, demostrar que no es responsable, por no ser la persona a quien se le deba atribuir e imputarse la comisión del daño, ya sea porque éste se ocasionó por el hecho de un tercero, por la existencia de una fuerza mayor e caso fortuito, o el hecho de la víctima. En este último caso, la exoneración de responsabilidad se haría apartando la prueba de que el daño ocurrió por culpa de la víctima. Lo que se ha llamado concurrencia de culpas, sería mejor llamarla concurrencia de res-

responsabilidad y culpa. Si maneja un automovil a exceso de velocidad, será responsable de cualquier daño que ocasione, por cuanto, el exceso de velocidad; podría decirse, elimina la prudencia; y si una persona se atraviesa en forma imprudente, concurren su culpa con mi presunción de responsabilidad que se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa, ante el evento de un daño.

Es necesario ahora considerar los ejemplos que contiene la disposición. Los casos que ella señala, evidentemente no son taxativos, basta anotar la redacción con que se encabezan: Son especialmente obligados a ésta reparación". Estos ejemplos parecen anacrónicos ante los grandes riesgos de la época actual, pero sirven para determinar el alcance del precepto.

El artículo se refiere en primer término a "el que dispare imprudentemente un arma de fuego", en el segundo número, a "el que remueva las - lasas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan por allí los que transitan de día o de noche".

Es decir, se trata de actividades o actuaciones que implican culpa por sí sola, sin necesidad de prueba al efecto, porque ella vá implícita en el daño. Es por ello que el legislador la presume.

El tercer ejemplo se refiere a "el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, le tiene en

estado de causar daño a los que transitan por el camino". Tanto este ejemplo como el del número anterior, nos ponen ya ante el deber de evitar que produzcan daño, deber del guardián de una cosa, es decir, del que la tiene a su cargo, y que es la gran base de la responsabilidad por el hecho de las cosas.

Basta analizar las frases: "sin las precauciones necesarias" del segundo numeral, e "le tiene en estado de causar daño" en el tercer numeral, para ver que el daño hace presumir la falta de cuidado sobre la cosa.

El que tiene una cosa en estado de causar daño, a incurrir en una culpa de omisión, al no tomar las medidas necesarias para evitarlo y por ello, si el daño se produce, su responsabilidad sobreviene.

Por lo tanto, una interpretación adecuada del artículo 2356 del Cód. - Civil, debe llegar a la conclusión que él contiene una presunción de responsabilidad con relación a las actividades peligrosas y a las cosas que causen daño.

En el primer caso, respecto del que las desarrolla y en el segundo, - respecto del que las tiene a su cuidado.

Volviendo un poco atrás, podemos decir, que la culpa en las actividades peligrosas debe llamarse mejor, culpa de hecho, por cuanto coexiste con la comisión de un daño por una persona en ejercicio de una actividad peligrosa.

Los daños que se ocasionan en razón del ejercicio de tales actividades,

e de la falta de vigilancia de cosas que entrañan peligro, siempre implican en caso de causarse un daño, un estado negligente en el agente, un estado culposo; no existe una comparación de diligencia con la del hombre medio; lo peligroso implica la existencia de un daño en potencia, que es lo que la diligencia debe evitar; mientras la diligencia exista no habrá daño; está es la diligencia necesaria en las actividades y cosas peligrosas, de tal forma que si aparece el daño, desaparece la diligencia.

Hay que anotar, que a pesar de acogerme al término, "presunción de responsabilidad", es necesario reconocer que no es el más exacto, por cuanto la responsabilidad implica, como dice el maestro Valencia Zea, "la obligación de reparar un daño y jamás se presume la existencia de una obligación". Esa inexactitud está suplida por su claridad práctica, en cuanto que indican que la persona que cause un daño en el ejercicio de una actividad peligrosa, está en la obligación de indemnizar, a menos que demuestre que no es responsable, lo que quiere decir, que se le tiene como responsable y por ello puede decirse que se le presume como tal.

El DR. Valencia Zea es del criterio de que la responsabilidad por actividades peligrosas que establece el artículo 2356 es de índole objetiva, en cuanto que la prueba de la culpa no tiene cabida, y solo el nexo de causalidad es el que debe demostrarse como eximente de responsabilidad en cuanto que no señalen al demandado como comitente del

del daño, e en cuanto que ejercitando una actividad peligrosa, el daño no se ocasionó. Igualmente el citado autor critica a nuestra Corte Suprema, en cuanto a la falta de clarificación de conceptos e a la misma confusión de criterios respecto a las teorías que informan el fundamento de la responsabilidad, especialmente la objetiva. Dice: "II. La Corte a dicho que la responsabilidad especial por actividades peligrosas no es equivalente a la objetiva o del riesgo. De la lectura de algunas sentencias de la Corte se deduce claramente que ésta corporación no tiene un concepto claro de los postulados de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgos. En efecto, en una sentencia dice expresamente la Corte: "La responsabilidad del artículo 2356 no equivale a la teoría del riesgo por cuanto lo que se presume en él es la culpa y no el daño; -G.J. t.II, pag. 527- pero en otra sentencia dice que en la teoría del riesgo no se permite exoneración de responsabilidad mediante la fuerza mayor; en cambio en la del 2356 si se permite alegar la fuerza mayor para descargarse de responsabilidad.

Ahora bien, el daño extracontractual jamás se presume, ni en la responsabilidad subjetiva, ni en la objetiva o por riesgo. ¿En que queda - rfan convertidas las reglas de la responsabilidad el día que de simples indicios pudieran deducirse daños sin necesidad de demostrarlos? De la misma gravedad es la segunda afirmación de la Corte, o sea que en la teoría del riesgo no se admite a una persona probar que el daño se debe a fuerza mayor; en cambio, en la del artículo 2356 si se ad-

mite alegarla. La fuerza mayor es un acontecimiento extraño a la empresa; un acontecimiento que tiene la virtud de destruir tanto el elemento de la imputabilidad como el del nexo causal entre daño e imputabilidad. A ningún autor o defensor de la teoría del riesgo se le ha ocurrido afirmar que en la teoría objetiva se responde aunque la causa concreta del daño no sea la actividad peligrosa, sino un hecho ajeno no imputable a la explotación.

Del único elemento que se prescinde en la teoría del riesgo es de la culpa, es decir, del examen de si la conducta del autor del daño es culpable o no; pero se exigen los demás elementos: imputabilidad, daño y relación de causalidad entre daño y culpa.

en cita que hace al margen, dice el mismo autor: "si se puede oponer el dolo de la víctima, se debe a que se destruye el elemento imputabilidad y por lo tanto, uno de los elementos de la responsabilidad objetiva. Ahora bien, la fuerza mayor juega exactamente el mismo papel, e sea que destruye la imputabilidad."

Continúa diciendo el autor: "De lo expuesto resulta que la responsabilidad del artículo 2356 es responsabilidad objetiva e per riesgo, pues no se examina si ha existido o no culpa en el poseedor de la explotación; y tan solo se le permite, como en cualquier otro caso de responsabilidad objetiva, acreditar que no se causó el daño, pues este jamás se presume; e que el daño no es imputable, e que no existe nexo causal entre daño e imputabilidad". (Ob.cit. T. III. pag. 288- 295)

4- ELEMENTOS PARA SU ESTRUCTURACION

Es necesario que la actividad ejercida se le pueda dar el calificativo de peligrosa, lo mismo que a la cosa que se tenga bajo cuidado.

Una vez establecida la actividad o cosa como peligrosa hay que establecer la existencia del daño, que en la forma que ya estudiamos. Igualmente se debe establecer la relación de causalidad entre la actividad peligrosa o la cosa bajo cuidado que ofrece peligro y, el daño causado; esta relación no siempre es suficiente y vemos como la culpa de la víctima o su intención como en el caso del suicida, o el que quiere suicidarse, o el que quiere obtener una alta indemnización, eliminan la imputación del daño al que ejercita la actividad o cuida la cosa peligrosa.

5- RESPONSABILIDAD EN LOS TRANSPORTES

El transporte es un contrato por medio del cual, una persona se compromete con otra, a cambio de un precio, a trasladar a persona o cosa o ambas, de un lugar a otro, determinado el plazo y la forma de traslado. Existen igualmente obligaciones por parte del transportador así como por el transportado. Así, aquellos accidentes que se ocasionan por culpa del transportado, como cuando éste saca la mano por la ventanilla del vehículo y le es fracturada por un objeto cualquiera exterior, o quien se baja del autómeter estando éste aún en marcha. Se resumen así las obligaciones del transportado en observar las reglas de seguridad que impone el transportador, o los reglamentos oficiales. Igualmente -

está obligado a pagar el precio pactado. (Cód. de Comercio, art. 1000)

Las obligaciones del transportador están contenidas en el artículo 1003 del C. de Co. que establece: El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá además, los daños causados por los vehículos autorizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato.

Dicha responsabilidad solo cesará cuando el viaje haya concluido y también, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1º. Cuando los daños ocurran por causa exclusiva de terceras personas;
- 2º. Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño;
- 3º. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero o por lesiones orgánicas o enfermedades anteriores del mismo, que no hayan sido agravadas como consecuencia de hechos imputables al transportador y
- 4º. Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse "a la mano" y no hayan sido confiadas a la custodia del transportador".

El transportador quedará exonerado de responsabilidad si prueba cualquiera de las anteriores causas.

El transporte en sí no implica una actividad peligrosa, sino los me-

dies con que ésta se realiza. Por ello se establece en contra del transportador una presunción de responsabilidad, sin admitirse el factor culpa.

De tal manera, al transportado que ha sufrido un perjuicio, le bastará aportar la prueba de la existencia del contrato de transporte y la relación de causalidad con el daño causado.

Pero es conveniente hacer una aclaración; en los daños que se causen en el desarrollo del transporte en la persona o bienes del transportado, la responsabilidad que se deriva es de tipo contractual y está regulada por el artículo 1005 del C. de CO.. Soy partidario que en un caso de estos, la persona sea resarcida en sus perjuicios morales, en cuanto que las características son las mismas que en la responsabilidad extracontractual. Ha dicho la Corte de Chile: "En consecuencia es incuestionable que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente en cuestión, también lo es el moral, dentro, naturalmente, del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, cuando se produce por culpa del deudor. Pues la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción, tanto más cuanto que ambos daños tienen la misma causa aunque efectos diferentes. El uno, el material, es la pérdida en la especie, de la integridad corporal de un individuo que se traduce en la disminución de su capacidad de trabajo. Y el otro, el moral, afecta a su espíritu que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante, que como aquél, repercute en su actividad de trabajo, y por ende, en sus facultades

económicas". (T. XLVIII. p. 252. R.D.J.).

El C. De Co. de nuestro país, establece en su artículo 1006, que los perjuicios morales pueden tener origen en el contrato de transporte.

En el transporte aéreo, la amplitud de la asimilación de la responsabilidad extrcontractual por el contrato son aún mayores que en el contrato de transporte terrestre.

El transportador es responsable del daño causado, en caso de muerte o lesión del pasajero, bastando solo al demandante demostrar que el hecho que le causó se produjo bien a bordo de la aeronave o durante una cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque.

Dichas operaciones comprenden los momentos de abordaje de la aeronave hasta los de desembarco.

En el transporte aéreo, el transportador solamente se podrá exonerar probando la existencia de los casos de los ordinales 1º y 3º del C. de Co. en el artículo 1.003. O sea, cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas o, por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior que éste haya sufrido y que no se hayan agravado por hechos imputables al transportador.

7- SEGURO DE RESPONSABILIDAD.

Este seguro tiene la ventaja de dar una mayor tranquilidad a las personas de que sus intereses se verán protegidos en caso de daño y la em

presa obtiene una seguridad en cuanto a los gastos por indemnizaciones que les correspondería.

No existe ninguna vinculación entre la víctima y el asegurado, lo que sucede en la litis es que la empresa demandada, en el caso de ser condenada, pagará la obligación la compañía aseguradora dentro del monto asegurado.

Lo que se asegura en estos casos no es otra cosa que el patrimonio del asegurado, en cuanto que el seguro lo releva de hacer gastos que podrían causar menoscabo en su capacidad económica.

Las empresas aseguradoras exigen ciertas medidas de seguridad por quien ejerce actividades peligrosas, por lo cual, el seguro obligaría a realizar o mejor, a tomar medidas tendientes a evitar causar daños, con lo que los riesgos disminuirían.

CAPITULO VIII

RESPONSABILIDAD SOBREVINIENTE EN EL USO DE LA ÓRBITA
GEOSTACIONARIA.

La órbita geostacionaria fué definida como un recurso natural por los países que poseen algún sector en ella.

Digo los países que la poseen, por cuanto solo pueden utilizarla los que poseen territorios sobre el ecuador, o sea, la línea divisoria del ecuador.

Es "un delgado anillo que circunda la tierra, a una altura aproximada de 35.871 Km. sobre la superficie y que gira en el espacio sideral con un período y una dirección iguales a la rotación de la tierra" (

Dicha en otras palabras, esto significa que para los ojos de los habitantes en la tierra, la órbita geostacionaria y los objetos colocados dentro de ella aparecen quietos. Y esto conlleva una facilidad inmensa para su operación en muy diversas líneas, además de un alcance permanente y vasto.

" Por eso los países ecuatoriales afirman que "la órbita geostacionaria

constituye un recurso natural escaso, cuya importancia y valor se incrementa aceleradamente con el avance de la tecnología espacial y con las crecientes necesidades de comunicación." (Revista "Nueva Pantera", p.12.Oscar Jaramilla). No entraré a dilucidar sobre la lucha que debe emprenderse para conservar tan grande recurso natural, por cuanto a ello me retiraría de la materia que en este trabajo estoy tratando; me he referido en este aparte a la órbita gestacionaria para situarla dentro del derecho Nacional e Internacional, como en el ejercicio de una actividad peligrosa de índole sumamente espacial, no solo porque el peligro es mayor, sino por cuanto el daño que se ocasiona por la regular puede ocupar una basta zona (recuerdese el caso del satélite Ruse que en Enero de 1.976 cayó de su órbita desintegrándose y esparciendo material radiactivo sobre territorio Canadiense en un area de 100 Km). Piense por ésto, que todos los países que usen la órbita gestacionaria e en general tengan satélites en órbita, firmen en forma conjunta un tratado en el que se cree un organismo de supervigilancia de las garantías de regreso sin peligro de los satélites a tierra, y en caso de accidente una responsabilización totalmente objetiva, por los daños que llegaran a causar-se.

Recordemos que los tratados aligeran la realización del derecho y evitan posibles conflictos en la aplicación del derecho.

CAPITULO IX

RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACION

La contaminación es un mal que ha decursado en la historia del hombre convirtiéndose en un peligro social a partir de este siglo, situación ésta que tuvo su comienzo con la revolución industrial del siglo pasado.

Los desechos industriales y la utilización de productos industriales con destino a la industria y hasta ciertos productos destinados al consumo casero no observables por la naturaleza, constituyen un serio peligro ecológico.

La contaminación se encuentra unida a grandes intereses financieros, que ha dificultado grandemente su persecución. Las legislaciones modernas contienen normas tendientes a detener la contaminación de la industria, pero, no es ello lo suficiente para rebajar su alto índice nocivo. En nuestro país, económicamente supeditado a las grandes potencias, sufre en alto grado los estragos de este mal moderno.

El hombre y la sociedad, han aceptado la contaminación industrial, como un mal industrial necesario, porque la necesidad del progreso, ha-

ce de ella la contaminación como mal necesaria, ya que la producción industrial por los medios conocidos y rentables, necesariamente ha de expulsar residuos tóxicos, residuos nocivos. La gran mayoría de las actividades industriales necesarias para el desenvolvimiento de la vida moderna producen en mayor o menor grado contaminación, o por lo menos, crean verdaderos peligros de contaminación; así, los pesticidas para la agricultura, el transporte por mar del petróleo, las centrales atómicas, etc. Y que decir de los aerosoles que contienen fluorocarbón, que según demostraron los científicos, tal gas al escapar de los tarros de aerosol subían lentamente hacia la capa de ozono de nuestra atmósfera, destruyendo sus moléculas, por lo que se disminuía la capa de ozono, cuya función esencial es protegernos de los rayos solares y tiene igualmente gran importancia para el clima y la agricultura; cuestiones estas más propias de un estudio de otra ciencia. ¿Pero quien debe responder por los daños que se causen en tales circunstancias? la sociedad ha sido la perjudicada, y hablo aquí de la sociedad humana mundial, sin embargo, no se ve como lograr una reparación ante un daño de tal magnitud, de tal amplitud, cuyos reales y verdaderos perjuicios aún no se han producido, y los desajustes climáticos actuales son solo un mínimo resultado. (actualmente en los E.U. está prohibida la utilización del fluorocarbón en aerosoles). Es más sencillo sacrificar en ciertos casos, un poco al progreso, por una mayor seguridad para la vida humana.

Si bien es cierto que los asociados deben aceptar algunos inconvenientes resultantes de actividades consideradas socialmente útiles y a veces necesaria para ella misma, también le es que tales inconvenientes no deben superar en estricto sentido de justicia, el bien que se intenta causar. Si una industria, por ejemplo, produce detergentes para lavar ropa, quiere decir que nuestros conciudadanos vestirán más limpios, y si esa fábrica arroja desechos a un río, desechos estos no biodegradables, dese el caso, se acumulará en dicho río una cada vez mayor cantidad de desechos contaminantes que destruirán la vida en el río y haciéndola nociva para el ser humano. Recordemos a manera de ejemplo, el caso de la Bahía de Minamata en el Japón, en que los residuos de mercurio que botaba en tal bahía una empresa, al ser absorbido por los peces y moluscos y demás animales marinos, se transformaba en metilmercurio, sustancia ésta altamente nociva para el ser humano.

Sus secuelas de muerte, deformaciones y destreses del sistema nervioso central, atestaron a los pobladores de dicha bahía. Ante tales perjuicios, el beneficio que pueda perseguir tales empresas no se nos puede antejar sino como algo muy mesquino.

Todo esto se circunscribe a la falta de conciencia social del hombre, quien debe buscar siempre un beneficio para la sociedad y no su mal. Ahora, en países de Europa y en/ los E.U., el gobierno persigue asegurar que las empresas mantengan un mínimo de contaminación no nociva, e que tomen medidas para neutralizar los efectos nocivos de los dese-

ches. Muchas empresas en tales países han montado sofisticados sistemas de reutilización de desechos, que muestra como, una acertada política y el deseo de ser social, logra disminuir grandemente muchos males de la industria y el progreso.

La regulación de perjuicios que se puedan llegar a causar por la contaminación, no contiene antecedentes jurisprudenciales y legislativos, por lo que su regulación a sido materia de los legisladores y juristas de éstas últimas décadas.

Limitándonos a nuestra jurisprudencia, podemos decir sin temer a equívocos, que las páginas que hay que llenar, aún están en blanco. Algunas aisladas jurisprudencias del Tribunal de Medellín y de nuestra Corte Suprema es lo único que hasta el momento tenemos.

Precisamente, por la importancia que ella representa, tanto más que, es, por decirlo así, la única al respecto de nuestra Corte, transcribiremos una parte: "3.- Quienes idearon y aún sostienen, en el terreno de la responsabilidad civil, la llamada teoría del riesgo creado, tuvieron el indiscutible acierto de llamar la atención hacia un hecho que por su trascendencia se presenta como relevante en el panorama de la vida social moderna. : el uso progresivo y constante de máquinas y fuerzas motrices, las mejoras de ellas descubiertas, o inventadas y puestas al servicio del hombre en el transcurso del siglo XX, ha traído como secuela el factor peligrosidad., que ciertamente se le consideró de escasa importancia en épocas pretéritas.

"Tal es a la postre, el aspecto positivo de la teoría en comento. Porque su aspecto negativo, o sea, propugnar por la abolición del principio ético de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil aquiliana, para sustituirle con el simplemente objetivo del riesgo creado y cuya justificación preténdese encontrar en el aforismo "ubi emolumen tum ubi onus", ha sido desaprobado por la jurisprudencia de algunos países, entre ellos Colombia. En estos, la solución que generalmente se ha dado al problema no se aparta de la clásica: del daño causado en el ejercicio de actividades peligrosas, se presume la culpa del agente, - presunción que subsistirá entretanto no se la infirme con la prueba de la fuerza mayor, del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño, dentro del cual cabe el error de la conducta de la víctima.

"4.- Las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presentan, ampare, un nuevo aspecto, más actual y acaso de mayor trascendencia que el de simple riesgo: muchos de esos elementos de corriente emplea en el medio social, comportan no solamente la amenaza de llegar a lesionar a terceros (accidentes aéreos, colisión de automóviles, estallido de una caldera, verbigracia), sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daño de diversa índole, aparentemente inevitables, cuales son los ruidos ensordecedores (aviones, ferrocarriles, autobuses, motocicletas, fábricas), los olores desagradables (plantas de abono orgánico), las contaminaciónes letales (fumigaciones aéreas), las tropitaciones e

vibraciones capaces de destruir instalaciones de diverso género (dece-laje e aterrizaje de aeronaves, estallido de dinamitas u otros expler-sivos), el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y ense-res (chimeneas de instalaciones industriales), para no citar sino algu-nos ejemplos.

"5.- Dentro del inmenso y cada día más creciente campo que abarca ésta especialísima rama del derecho, doctrinas y jurisprudencias foraneas han ubicado el asunto planteado precisamente en el terreno de la teoría del abuse del derecho, cuyos lineamientos generales, por lo que toca con el derecho civil Colombiano, podrían definirse así: a) generalmente los dere-chos subjetivos pueden y deben ejercerse sin causar daño a los demás y b) por excepción, los hay que no pueden ser ejercidos sin lesionar un -derecho ajeno.

Los derechos que integran cualquiera de éstas dos clases constituyen, co-me se ha dicho, la regla general. Nadie puede hacer uso de ellos, cier-tamente, en perjuicio de terceros. La ley no los ha reconocido e con-ferido como facultad que permita atentar contra el derecho ajeno, sino como medio legítimo de satisfacción de necesidades individuales o colec-tivas sin perjuicio de los demás. El que daña a otro se pretekte de usar de un derecho cuyo ejercicio no implique ineludiblemente daño ajeno, no está ejerciéndolo, sino abusando de él. Por lo consiguiente incurre en hecho ilícito el que crea o aparenta estar usando legítimamente un dere-cho del que en realidad no está sirviéndose dentro del límite que ordina

riamente tienen los derechos: "neeminem laedere", no dañas a otros.

Si éste hecho ilícito es cometido delictiva o culposamente, esca, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, el agente del daño es civilmente responsable por abuso del derecho.

Ejemplo de esta clase de derechos es el más común de ellos: el dominio o propiedad, que confiere a su titular facultad para usar, gozar y disponer de una cosa corporal "no siendo contra la ley o derecho ajeno", según la preceptiva contenida en el artículo 669 del Cód. Civil Colombiano. De ésta manera resulta que si el dueño de la cosa la usa, la disfruta o usa materialmente de ella en detrimento del derecho de otra persona, con estrictéz jurídica procede decir que no ejerce su derecho de dominio, sino que abusa de él y que por tanto se hace responsable enfrente de su víctima.

Muy excepcionalmente según también quedó expresado, hay determinados derechos que se pueden ejercerse causando daño, como son, verbigracia, el de la legítima defensa (art. 25 C. P.) y el de construir un pozo artesiano en suelo propio en perjuicio del vecino (art. 1002 del C.C.). No es lícito, empero, ejercer estos derechos, y por ende su ejercicio genera responsabilidad aquiliana, cuando el daño que se causa es desproporcionado, era en relación con la agresión que se afronta, ya con la utilidad o provecho que el agente reporta, respectivamente, es decir, cuando el perjuicio causado resulta excesivo.

"En tal hipótesis, haya dolo o simple culpa, este es, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, el titular del derecho lo ha ejercido abusivamente y es responsable por hecho ilícito. Y no sobra decirlo, la culpabilidad del agente aquí también se presume, porque los hechos ilícitos deben suponerse libremente ejecutados mientras lo contrario no se demuestre.

"6.- Enlistados en la primera clase indicada, quedan los derechos de hacer uso de máquinas y fuerzas motrices. Y es palmar que muchos de estos elementos, por el solo hecho de ser utilizados, producen daños que afectan a terceros en mayor o menor escala, como se aprecia claramente en algunas de las cosas atrás citadas a guisa de ejemplos: hasta donde hoy ha llegado la técnica, los vehículos automotores, las fábricas, las sustancias explosivas, no podrían actuar sin producir humo ni ruidos. Los primeros han sido y continúan siendo la causa del alarmante problema de la contaminación del medio ambiente, que, por los excesivos inconvenientes que trae consigo, ha impulsado a los científicos del universo a estudiarlo en pos de la búsqueda de soluciones para evitarla o cuando menos a reducirla en sus efectos nocivos.

"Esta especie de daño, empero, escapa al dominio del derecho civil mientras no se trate, lo que es poco frecuente, de agente y víctima determinados. La contaminación ambiental es por lo común fenómeno de estigmatización colectiva y, consiguientemente, anónima, incapaz de generar un vínculo jurídico entre sujetos concretos.

"Mas cuando quiera que la lesi3n causada por la contaminaci3n ambiental sea imputable a persona determinada, allf surge la cuesti3n de la responsabilidad civil, por la raz3n apodictica de que si bien es verdad que numerosas m3quinas y fuerzas motrices producen da1o en si mismas, se puede sin embargo procurar que nos les causen a determinadas vctimas. asf, el descolaje y aterrisaje de aeronaves, por ejemplo, implican de suyo la producci3n de gases, trepidaciones y ruidos mas o menos insuperables; pero si los aeropuertos se construyen en lugares prudentemente retirados de los perimetros urbanos, tales fenomenos tales fenomenos no afectan a persona alguna. Igualmente una f3brica de abonos org3nicos, o de 3cidos t3xicos o nocivos dificilmente podria funcionar sin que de sus instalaciones escapen desagradables olores; m3s a ning3n particular afectar3n estos, si la planta de elaboraci3n o los dep3sites de materia prima se situan en despeblado, o si se toman determinadas y precisas precauciones t3cnicas que neutralicen los olores dichos. Asf, en fin, las chimeneas de las instalaciones industriales dejan escapar frecuentemente humos venenosos y en ciertos casos hasta letales; sin embargo, ubic3ndolas adecuadamente, o adoptando determinadas medidas, como el lavado cientffico de los gases o la construcci3n convenientemente elevada de las chimeneas dichas, el vecindario no sufre perjuicio.

"7.- La vida en sociedad no serfa posible, ciertamente, si los asociados no debieran aceptar algunos inconvenientes resultantes de actividades que sean socialmente 3tiles y a1n necesarias. Pero si ello es

verdad, desde el punto de vista jurídico no le es menos que esos inconvenientes sólo deben ser sufridos por las víctimas cuando ellos no sobrepasen lo que es considerado como ordinario e normal; los inconvenientes extraordinarios, precisamente por resultar excesivos, no están autorizados y por ello constituyen injusto ataque al derecho de otros, que por tanto, comprometen la responsabilidad civil del agente.

"Cuando los empresarios no realizan todo lo que humana y técnicamente debe ejecutarse para evitar los perjuicios que a terceros pueda causar el funcionamiento de una fábrica, y los daños se producen, la incuria de aquellos en el desarrollo de la actividad compromete la responsabilidad civil, por la muy obvia razón de que al ejercitar su propio derecho no se comportan como un hombre avisado, prudente y razonable.

"En el campo del derecho civil, se repite, nadie puede, salvo muy contadas excepciones expresamente previstas en la ley, ejercer una actividad cualquiera, por lícita que sea, dañando a los demás, amparándose en el pretexto de que, a pesar de suponer normalmente un daño colectivo a corto e largo plazo, es útil e necesaria para el desarrollo industrial del país. Si alguien demuestra haber sufrido daño a causa de ella y señala al agente que la ejerce, tiene derecho a ser indemnizado del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, caso fortuito, o de la culpa exclusiva de la propia víctima." (Decisión de nuestra Corte en que no casa la sentencia pronunciada por el tribunal de Medellín en proceso de "Hilanderías Medellín S.A." contra "Sulfácidos S. A". Abril 30 de 1976).

No deje, sin embargo, de separarme un tanto del criterio de la Corte. En lo referente a la presunción de culpa, me remito a lo dicho en capítulos anteriores.

Considere por otro lado, que existen actividades industriales, que su contaminación constituye una verdadera actividad peligrosa, como son aquellas empresas que expulsan gases letales, pero que no causan daño por cuanto el grado de concentración de ellos en la contaminación que producen no es la suficiente, pero que en caso de sobrepasar ese margen de seguridad, sobrevendrían los daños físicos y aún la muerte para las personas.

El calificativo de actividades peligrosas sobreviene en el momento en que la empresa empeñada en su producción, mantiene un índice de contaminación no dañino, es decir, aceptable, el cual es una actividad peligrosa en cuanto mantiene la incertidumbre de si se mantendrá en ese límite, ya que de pasarlo, podría ocasionar daños.

Es el mismo caso de quien mantiene en su empresa, prendida una caldera, la cual mientras mantenga el nivel máximo aceptable de presión no estallará, pero en cuanto lo sobrepase, vendrá el siniestro y los posibles daños a terceros.

Así entendida la contaminación, asimilada al artículo 2.356, estaría mes en el criterio de que, si se produce un daño, bastará demostrar su existencia y la relación de causalidad con la actividad de la empresa, es decir, su contaminación, para presumirse su responsabilidad.

Por otra parte, no me parece que la contaminación deba mirarse como un derecho adquirido de las empresas. Es mejor, buscar, en el sentido del derecho, (busca) una teoría que igualmente determine al causante de daños por contaminación a pagar los perjuicios que pueda llegar a causar a terceros, la cual la encuentre en el calificativo de la contaminación como actividad peligrosa.

Recordemos al respecto que el fin del derecho es, como dice Ihering, "la garantía de las condiciones de vida de la sociedad".

El derecho es también el "poder o facultad de la persona con arreglo a la ley natural o positiva".

Dicho de otra manera, el derecho implica para una persona, utilizarlo conforme a las reglas que rigen la naturaleza, en orden a, lo creado por Dios. También implica el derecho, la seguridad del hombre en la sociedad.

Así, entendiéndose que la contaminación, por el hecho de ser constante en las empresas que la producen pero en grado no nocivo aún o aparentemente, constituye una actividad peligrosa en cuanto que el peligro es latente, ya que de pasar ciertos límites de tolerancia, empieza a ser nociva y puede estructurarse un daño en sujeto determinado. La persona que la produce es presuntamente responsable y sale exonerada de responsabilidad por la fuerza mayor o caso fortuito, y el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

CAPITULO X

ACCION DE INDEMNIZACION

L) QUIEN PUEDE DEMANDAR

La persona perjudicada o las perjudicadas con el hecho que genera responsabilidad delictual a cargo de otro, tienen derecho a reclamar la indemnización por los perjuicios sufridos.

Ante la pérdida de una vida están legitimados para pedir la indemnización, los hijos, respecto de la ayuda económica que reciben de sus padres. El cónyuge respecto de la pérdida que experimente en su hogar.

En la misma relación están los padres respecto de los hijos que están bajo su guarda. El abuelo puede legitimarse respecto de la muerte de su nieto por la ayuda o sosten que éste constituía para él.

El daño es en sí una lesión a un derecho subjetivo, que puede traducirse en una pérdida económica.

De esta manera, todas las personas que tienen derecho a ser alimentadas por otra, siempre que estuvieren recibiendo de esa otra persona tales alimentos, tienen legitimación para demandar.

Los poseedores, propietarios, usufructuarios, tienen legitimación para reclamar los perjuicios que se causan a la cosa que detentan; de la misma manera la tienen el usuario y el habitador. Al dañarse la cosa, el propietario experimenta un menoscabo en el valor de la propiedad, lo mismo el poseedor, y entendiéndose del usuario, habitador e usufructuario, se legitiman porque no pueden seguir usando, habitando e usufructuando la cosa, con lo que se concretiza un perjuicio.

Por ella, también tiene legitimación para demandar, el arrendatario e arrendador (subarrendador), en cuanto al evidente perjuicio de no poder continuar en el disfrute de la cosa arrendada, e de poderse seguir utilizándose, no será en la misma forma como cuando se contrata. El acreedor hipotecario igualmente tiene acción en cuanto que el bien hipotecado pierde su valor y por ello su interés hipotecario se ve desmejorado.

2- CAPACIDAD PARA RESPONDER

Debe responder aquella persona o personas que aparecen en la relación de causa a efecto como culpables e responsables del daño cometido. Cuando son varias las personas que contribuyen a la producción del daño, éstas responden solidariamente. (En las personas jurídicas, éstas responden por el hecho de sus empleados en forma directa, es decir,

la empresa es la obligada a responder).

Son solidariamente responsables los propietarios de un edificio en ruina, para responder en forma proporcional al valor de su participación dentro del bien. Responden también solidariamente, las personas de la parte de un edificio de donde caiga un objeto.

El artículo 2346 del C.C., establece que la edad para responder es de 10 años y por ello, los daños que causen los menores de dicha edad, hacen responsables a aquella persona encargada de cuidarla. En la misma situación está el demente.

El artículo 664 del C. de P. C. estableció la edad penal en 16 años, norma esta última que considero derogó al artículo 2346 del C.C.

En D. Penal se es responsable por los delitos cometidos, salvo que tengan una justificante, las cuales son taxativas y donde no se incluye la edad. (ver art. 11 y 30). Los menores de 16 años, entonces, si cometen delito, pero, debido a la falta de capacidad para comprender su actuación, tal delito le es inimputable.

Algunos separan la imputabilidad penal de la civil, diciendo, que si una persona es penalmente inimputable, los daños cometidos la hacen civilmente responsable, ya que la imputabilidad civil se refiere a que la persona con su actuar cometió el daño.

Otros autores son del criterio de que la inimputabilidad penal es también razón de inimputabilidad civil, por lo que no estarían obligados a responder.

Por mi parte, considero lo siguiente: en la forma como el código plantea las cosas, la inimputabilidad de un delito significa que la persona no tiene capacidad para querer tal conducta, o mejor, para entenderla, y el delito de concreta (sus elementos son culpabilidad, tipicidad y antijuridicidad), pero no se le puede hacer responsable por razones de la edad o de capacidad física, en los dementes. Es decir, no hay una voluntad en realizar el hecho, por lo cual no le es imputable el delito y tampoco es responsable civilmente, ya que su voluntad no es consciente.

En este punto sería conveniente una reforma, en el sentido de que la responsabilidad civil tenga cabida, y así, responda el menor o el demente con los propios bienes solidariamente con la persona a cuya custodia estaba.

3- PREJUDICIALIDAD PENAL

Siempre que un hecho constituya un delito perseguible de oficio, corresponde al juez penal conocer del negocio y adelantarlo y buscar el resarcimiento de perjuicios.

El juez penal conoce así del daño público de que es sujeto el Estado en representación de la sociedad, y del privado del cual es sujeto pasivo el lesionado en su derecho.

Aquellos delitos que no requieran iniciación oficiosa, o aquellos delitos que no constituyen infracción penal, podrá conocer el juez civil.

Lo que quiere decir, que de presentarse una demanda ordinaria por responsabilidad extracontractual sobreviniente por la comisión de un delito, el conocimiento de la justicia penal será de oficio y se establecerá una prejudicialidad penal, en la que el fallo civil deberá esperar el final del proceso penal.

4- LIBRE EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL.

Sin perjuicio de lo que establecen las normas del C. Penal y de procedimiento penal, , considere la necesidad de establecer en una norma igualmente, que la acción civil siempre pueda ejercerse independientemente de la penal, para darle efectividad y utilización debida, al artículo del Cód. Civil que dice que el que haya cometido un delito o culpa que haya ocasionado daño a un tercero, deberá responder por los perjuicios, sin perjuicio de la pena principal que la ley penal imponga. El artículo mismo nos muestra la posibilidad de perseguir los perjuicios civilmente, sin interferir la acción penal.

Deberá pues, dársele posibilidad de ejercicio a éste articulado, que se encuentra maniatado por las normas del C. penal y C. de P.P.

Dice al respecto Rafael Durán Trujillo, que así "el damnificado puede recurrir a los jueces civiles, haya o no intervenido en el proceso penal, se deja oportunidad al lesionado o a sus herederos de invocar el procedimiento que le conceden las leyes civiles, más propio para el caso, más estricto, más amplio para la discusión y contradicción de las pruebas y

demás aspectos legales, y sin que intervenga en el proceso, la ventaja que, en la jurisdicción penal, implica para el reo el principio de que las dudas se le resuelvan siempre a su favor, lo cual constituye un cambio, en el campo civil, una neteria injusticia para quien sufrió los daños económicos del delito. (Ob. cit. p.170).

A más de lo anterior agreguemos agreguemos la realidad existente en nues tres juzgados penales, en que la excesiva cantidad de negocios hacen dificil impartir justicia y los negocios demoran en vez de seis a diez meses, varios años; .

CAPITULO XI

· LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Examinaremos en primer término la legislación y jurisprudencia Italiana. Ella es importante porque el Cód. Civil de ese país es uno de los más recientes, ya que fué promulgado en 1942. Aunque las modificaciones que introdujo fueron mesuradas en su redacción están contenidas las más importantes tendencias modernas que modificaron los conceptos clásicos del Código de Napoleón, en el cual se basa nuestro Cód. Civil. Por otra parte en materia de responsabilidad contiene disposiciones altamente novedosas, que tiene directa relación con la materia de nuestro estudio. El C.C. Italiano titula el tema relativo a la responsabilidad extracontractual, "De los hechos ilícitos".

Dispone el artículo 2.043 que "Cualquier hecho de lese o culpable, que ocasione a un tercero un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho, a reparar el daño." Establece el elemento subjetivo como necesario para estructurar la responsabilidad. Exige también que el daño que se ocasione sea injusto, que constituye una innovación respecto del

Código de 1865, que reproducía el 1382 del C. de Napoleón. Este elemento subjetivo que trae el artículo 2043, es solo uno de los criterios que trae el Cód. Italiano para imputar a una persona un daño. Así, en los artículos 2044 y 2045 se establecen presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno. En el 2050 se establece una presunción de responsabilidad por (el hecho ajeno) actividades peligrosas y en el 2054, idem, refiriéndose a la circulación de vehículos.

Dice el 2050: "Cualquiera que ocasione daño a un tercero en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza e en relación con los medios empleados, está obligado a la reparación si no prueba que ha adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño".

La jurisprudencia ha establecido, como lo dice en una sentencia del Tribunal de Bolonia de 1952, que la actividad peligrosa a que se refiere el artículo en comento, no es solo la prevista en las leyes de seguridad y sus reglamentos, e aquellas para las cuales está previsto un seguro obligatorio, como los accidentes del trabajo e enfermedades profesionales, sino cualquiera otra que presente una peligrosidad intrínseca, por sí, e con relación a los medios empleados.

Dispone el 2054: "El conductor de un vehículo que no circule sobre rieles, está obligado a reparar el daño producido a las personas e a las cosas, por la circulación del vehículo si no prueba que hizo todo lo posible para evitar el daño.

"En caso de colisión de vehículos, se presume, salvo prueba en contra

rio, que cada uno de los conductores ha contribuido en un grado igual a causar el daño sufrido a cada vehículo.

"El propietario del vehículo, o en su lugar, el usufructuario, o el adquirente con pacto de reserva de dominio es responsable solidariamente con el conductor, a menos que pruebe que el vehículo se circulaba contra su voluntad.

"En todo caso, las personas indicadas en los incisos precedentes, son responsables del daño derivado de los vicios de construcción o de los defectos de mantención del vehículo.

El Código de Austria establece la culpa como fundamento para la responsabilidad extracontractual.

El Código de Checoslovaquia, establece el principio de la responsabilidad con culpa probada y responsabilidad objetiva en materia de conducción de vehículos.

El Español, establece el principio de la responsabilidad subjetiva, es decir, con la presencia del elemento culpa., pero tratándose de la circulación de automotores establece una responsabilidad objetiva atenuada.

El Código de Suiza igualmente establece un sistema de responsabilidad objetiva atenuada.

CAPITULO XII

CONCLUSIONES

Dejo patente en este modesto trabajo, la necesidad de legislar sobre aspectos cruciales de la responsabilidad extracentrual, como son, la contaminación y el uso del espacio sideral. Considero necesario legislar al respecto, puesto que es necesario darle un tratamiento especial a la contaminación, por ser más que todo un problema crónico y cuyos perjuicios en muchas veces, solo se ve después de transcurrido medio siglo o quizás algo más. Se perseguiría a la vez de regular el tratamiento de los perjuicios que se llegaran a causar, el regular la producción de la misma, mediante multas y sistemas de contribución de las empresas, tendientes a investigar las formas de disminuirla, o de evitarla e a lo menos, asegurar que no cause daños.

Por el momento, he tenido a bien considerar como actividad peligrosa la contaminación, por las razones que en el correspondiente capítulo espuse.

Otro de los puntos que es necesario que se legisle, es, el referente a el estado de necesidad, que perseguiría impartir justicia y equidad en

aquellas situaciones que nos obligan a causar un daño a otro en el propio beneficio, sin que aquel se hubiere expuesto, es decir, en forma injusta. No es siquiera, una innovación, pues, las legislaciones extranjeras, regulan tal situación, con una gran visión de equidad.

Respecto a la diferenciación de criterios sobre Presunción de responsabilidad y presunción de culpa, no tiene mayor trascendencia y se le importa en materia de método y de doctrina, ya que las consecuencias en ambos casos son iguales.

Las actividades que hoy se pueden catalogar como peligrosas, van en aumento día a día, acorde con el aumento de la tecnología y la multiplicación de inventos y logros mecánicos que crean peligro para el conglomerado, por lo que es necesario, para el juez, en un momento dado, determinar si una actividad merece el calificativo de peligrosa o no, y para ello, debe tener una excelente estructuración sobre lo que constituye una actividad peligrosa y lo que no; por ello trate este tema en el capítulo VII, es decir, por su gran interés práctico.

Todas estas cosas y muchas otras, han constituido el tema de esta monografía, que espero a lo menos, que haya servido para comenzar un estudio sobre esta materia.

GRACIAS

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

INDICE

CAPITULO I

GENERALIDADES.

CONCEPTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....I

CAPITULO II

CLASES DE RESPONSABILIDAD

1-RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.....11

2-RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.....14

-Doctrina que establece que la obligación nacida del incumplimiento del contrato es delictual.....15

-Diferencias básicas entre ambos tipos de responsabilidad.....17

3- ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES.....32

CAPITULO III

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

A- DIFERENTES TEORIAS.....35

1-TEORIA SUBJETIVA.....37

2-TEORIAS OBJETIVAS.....39

-Riesgo Creado.....40

3-ABUSO DEL DERECHO.....42

4-TEORIA DE LA GARANTIA.....43

5-TEORIAS ECLECTICAS.....44

B-EL FUNDAMENTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.....46

CAPITULO IV

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1- EL HECHO ILICITO Y LA CULPA.....47

 a)- EL DOLO.....53

 b)- LA CULPA.....56

 1-Criterio para apreciar la culpa.....60

2- EL DAÑO.....62

 1- Clases de daño.....63

 a) Daños Materiales.....68

 b) Daño Moral.....69

3- RELACION DE CAUSALIDAD.....70

CAPITULO V

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.....72

1- FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.....73

2- HECHO DE UN TERCERO.....76

3-CULPA DE LA VICTIMA.....77

4- LEGITIMA DEFENSA.....77

5- ESTADO DE NECESIDAD.....78

6-MANDATO LEGAL.....82

7- ORDEN DE UN SUPERIOR.....82

CAPITULO VI

CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

1- RESPONSABILIDAD DIRECTA.....80

2- RESPONSABILIDAD INDIRECTA O POR EL HECHO AJENO.....70

3- RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS.....84

4- RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS.....84

5-RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES.....85

CAPITULO VII

RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

1- CONCEPTO.....86

2-IMPORTANCIA Y ANTECEDENTES.....89

3-PRGSUNCION DE CULPA.....91

4- elementos para su estructuración.....101

5.-RESPONSABILIDAD EN LOS TRANSPORTES.....102

6- EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD.....104

CAPITULO VIII

RESPONSABILIDAD SOBREVINIENTE EN EL USO DE LA ORBITA GEOSTACIONARIA...106

CAPITULO IX

RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACION.....108

CAPITULO X

ACCION DE INDEMNIZACION

1-QUIEN PUEDE DEMANDAR.....120

2-CAPACIDAD PARA RESPONDER.....121

3-PREJUDICIALIDAD PENAL.....123

4-LIBRE EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL.....124

CAPITULO XI

LEGI SLACION Y JURISPRUDENCIA EXTRANGERA.....126

CAPITULO XII

CONCLUSIONES.....129

BIBLIOGRAFIA

- De La Vega Antonio.....Bases del Derecho de Obligaciones. Edit. revista Derecho Colombiano.1976.
- Ignacio De Caste y Cervera...Diccionario de Derecho Privado. 2 tomos. Edit. Labor. S.A. Barcelona-Madrid. 1954
- Duran Trujillo Rafael..... Nociones de Responsabilidad Civil. Temis Bogotá. 1957.
- Luis Clara Solar. Tratado de Derecho Civil. T. XI. Edit. Heliasta. Buenos Aires.
- Quiñonez Uza Alvarez..... La Responsabilidad civil en el D. Colombia no. 1947. Imprenta Departamental. Tunja.
- Valencia Zea Arturo..... Derecho Civil. T.III. Temis 1974. Bogotá
- Perez Vives Alvarez..... Teoría General de las Obligaciones. Vol II Edit. Temis. Bogotá. 1954.
- Ossorio Manuel.....Dicc. de Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales. Edit. Heliasta S.R.L. B.Aires.
- Planial y Ripert.....Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. VI. Las Obligaciones. Cultural.S.A. La Habana.
- Ortega Torres.....Cód. Civil Comentado. Temis.Bogotá. 1972
- Legislación Económica..... Cód. de Comercio. 1971
- Montoya Gomez Mario.....La Responsabilidad Extracontractual. Temis 1977.
- Olane V. Carlos Alberto.....Tratado Técnica Jurídica Sobre Accidentes de Circulación y Materias Afines.Edit.Andes 1975
- Rengifo Ramiro.....El Contrato de Transporte en el Derecho Comercial. Edit. Pequeña Fere. 1977.
- Perez Luis Carlos.....Manual de Derecho Penal. Edit. Temis.Bogotá 1969.