

## BREVES ANOTACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

El hombre, elemento social por naturaleza, está en la obligación moral de comportarse ante sus semejantes en las mismas condiciones y circunstancias en que de ellos espera ser retribuido. Este enunciado encuentra su fundamento en aquella gran norma de la sociabilidad humana, que la moral y el derecho ordenan practicar y que Demolombe enuncia así: "Alteri ne faceris quod tibi fieri non vis", lo que vale decir, "no hagas a otro lo que no quisieras que os hicieran".

El hombre es moralmente responsable cuando debe responder de sus actos u omisiones ante su conciencia, aun cuando dichos actos u omisiones no vayan en perjuicio de los demás, pero que están en pugna con la ley moral. La ley positiva no puede ocuparse de esta clase de responsabilidad, porque ella es dada sólo para la mejor armonía en el libre desenvolvimiento de las relaciones humanas. El acto moral dice introspección, unidad (en sentido filosófico), mientras que el acto jurídico dice relación a nuestros semejantes, es decir, requiere la existencia de un hecho que ha inferido daño a otro. Ello no quiere decir que el derecho y la moral sean dos conceptos antagónicos, ni extrañas disciplinas entre sí. El legislador debe calcar los principios jurídicos, la ley positiva, sobre los principios de la moral.

### RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

El hecho dañoso puede ir en contra de un individuo particular, o en contra de la sociedad, o de ambos a la vez. La sociedad, como todo organismo, tiende a repeler lo que le es nocivo para su subsistencia y trata de ponerse en guardia contra todo lo que pre-

tenda socavar los fundamentos sobre que está constituida. Para su defensa emplea como medios las penas, que en la escuela clásica se dan como castigo al delincuente, y en concepto de la escuela positiva, por la peligrosidad que dicho delincuente encierra para la sociedad en que actúa, como **defensa social**, a la vez que como medida de **corrección** y de **readaptabilidad** para quienes sea posible esta reforma.

La responsabilidad civil atiende sólo a la reparación del daño privado. Ya no es una sanción como en la responsabilidad penal, sino una reparación, un equilibrio, una indemnización que trata de volver a su estado anterior el patrimonio de la víctima menoscabado por consecuencia del hecho dañoso.

Una y otra responsabilidad son independientes la una de la otra: hay casos que la ley penal castiga, como la sedición, fuga de presos, cuadrilla de malhechores, sin que acarreen para los autores ninguna responsabilidad civil; otros, como el homicidio, el delito de heridas, que entrañan tanto la responsabilidad penal como la civil; y por último, hay muchísimos casos, que son los más, en que la responsabilidad civil obliga sin que se incurra en responsabilidad penal toda vez que el hecho dañoso no está prohibido en la ley penal. (nullum crimen, nulla pena sine lege).

Con lo hasta aquí dicho nos damos cuenta de lo que es delito civil y delito penal, y entre ellos podemos establecer las siguientes diferencias: a) en el primero queda la víctima colocada en frente del autor del daño, mientras que en el segundo el delincuente se encuentra frente a la sociedad. b) las sanciones penales son de orden represivo (escuela clásica) o de protección a la sociedad (escuela positiva), mientras que las civiles sólo llevan la indemnización de daños y perjuicios.

El círculo de la responsabilidad civil es mas extenso, mas amplio que el de la responsabilidad penal. Para que tenga lugar la primera basta con que haya una simple falta, descuido, imprudencia o negligencia que cause daño a otro; mientras que para la segunda es necesario que el hecho sea violatorio de una norma legal.

**QUE ES DELITO?**  
**QUE ES CULPA?**

Antes de seguir adelante conviene que precisemos estos dos conceptos dada su importancia en la materia que tratamos, como

fuentes generadoras de la responsabilidad civil. El Tit. 34 del libro IV del C. C. trae como rubro "Responsabilidad común por los delitos y las culpas", y el Art. 1494 C. C. señala como fuente de las obligaciones, entre otras, "el hecho que ha inferido injuria y daño a otra persona, como en los **delitos**", y el Art. 34 de la Ley 57 de 1887 dice: "Las obligaciones que se contraen sin conveni- ción, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un **DELITO**.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o **CULPA**".

El C. P. de 1890 trae en su Art. 1o. lo que debe entenderse por delito: "Es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena". Nuestro nuevo C. P., enemigo de toda definición, con buena lógica desde luego, por la vaguedad e imprecisión que toda definición encierra, como por la innecesariedad, ya que enumerando los delitos o los actos que la ley prohíbe, aquella resulta sin objeto.

El Art. 3o. del C. P. de 1890 nos da la siguiente definición de culpa: "Es culpa la violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria de la ley, por la cual se incurre en alguna pena".

De suerte que el delito está caracterizado por el **dolo**, es decir, la **intención** criminoso, la **volición** del acto delictuoso y sus resultados. La culpa por el contrario, es la violación imputable y punible de la ley, sin intención de dañar.

En el inciso 2o. del Art. 10 del C. P. de 1936 se 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 evitarlos". Como se ve, no hay **voluntariedad**, no hay **malicia**, no hay **intención**, pues no es posible querer lo que no se ha previsto. Y si confió en poder evitar el daño, hay una falta de precaución o, lo que es lo mismo, una falta de atención y una falta de previsión y de inteligencia.

A este respecto conviene citar lo que al respecto dice el doctor Campo Elías Aguirre sobre la razón de la punibilidad de los hechos culposos: "Todo hombre tiene el deber no sólo de no atentar voluntariamente contra los preceptos del derecho, sino también de ejecutar los actos propios con toda clase de precauciones

para evitar que de nuestros hechos, aún inofensivos, se originen consecuencias perjudiciales para los demás. Así, el derecho no sólo exige, vg., que nadie atente voluntariamente contra la vida de otro hombre, sino que nos impone el deber de ejecutar nuestras acciones de tal manera que su realización no origine peligro para los coasociados. Por tanto, continúa el citado autor, el que debiendo prever no ha querido prever, el que debiendo realizar un hecho con cierta cautela y diligencia no ha querido observarlas, ha violado un deber exigible y, por tanto, su negligencia lo ha hecho culpable de una violación jurídica. Este deber de atención y diligencia en la ejecución de los actos de la vida diaria es cada día más exigible merced a las condiciones de la vida moderna que pone en manos del hombre formidables fuerzas naturales, cuyo manejo imprudente o negligente puede producir grandes catástrofes".

Pothier, tratando este asunto, llama delito al hecho por el cual una persona, por dolo o perversidad, causa a otro algún daño o injuria; y cuasidelito o culpa el hecho por el cual una persona sin intención pero con imprudencia, causa daño o injuria a otro.

De suerte que es la intención la que rige el concepto; si existe intención hay delito, y en caso contrario culpa o cuasidelito. Uno y otro, como ya lo vimos, pueden ser civiles o penales. Penales cuando son castigados por la ley, causen o no daño; y delito o cuasidelito civil el hecho que causa daño, lleven o no pena consiguiente. En resumen, pues, la característica del delito civil o penal es el dolo, el cual puede definirse diciendo: "La intención positiva de inferir injuria o daño a la persona o propiedad de otro", y la del cuasidelito, sea civil o penal, es la culpa, la cual puede definirse según el doctor A. Alessandri: "La falta de cuidado o diligencia que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho". En nuestro C. C. la culpa grave equivale al dolo (a. 63 C. C.).

## EVOLUCION Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

La solución del problema de la responsabilidad ha dividido los pareceres: Quienes sostienen que su fundamento está en la falta o culpa, es decir, que la **responsabilidad es subjetiva**; y otros

hacen caso omiso de la existencia de la culpa para la deducción de la responsabilidad, afirmando que basta que el daño exista, sin necesidad de demostrar la culpa, o sea la **responsabilidad objetiva**, la que se conoce con el nombre de la "teoría del riesgo", de que más adelante hablaremos.

En el antiguo derecho romano la responsabilidad era objetiva. Ella obligaba independientemente de toda idea de culpa; era una reacción de la víctima contra la causa aparente del daño; era devolver golpe por golpe sin preocuparse de la noción de culpabilidad, así fuese contra un niño, animal u objeto inanimado. Así se explica la razón de las acciones noxales que dejaban al esclavo, animal o cosa inanimada en poder de la víctima. La responsabilidad venía a ser la expresión jurídica de la vindicta privada.

Más tarde los espíritus y las costumbres fueron variando hasta reconocer la intencionalidad del sujeto actuante y la responsabilidad vino a ser consecuencia de la imputabilidad, lo que vale decir, no hay responsabilidad sin culpa. Es la culpa, pues, la base o el fundamento de la responsabilidad que de objetiva llega a ser subjetiva. La culpa aquiliana, al decir de Josserand, es una especie de "pecado jurídico", que quien no la ha cometido no es responsable.

En sentido lato se dice que hay responsabilidad cuando una persona es obligada a reparar un daño sufrido por otro. Nuestro C. C., como la mayoría de los códigos del mundo, establece como base de la responsabilidad, la culpa. Así el Art. 2341 del C. C. dice: "El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización".

Esta concepción subjetiva pudo bastar a una sociedad en que las relaciones comerciales e industriales eran poco desarrolladas; le eran suficientes a un pueblo de agricultores y guerreros que no tenían ningún concepto de sociabilidad y se aferraban al más crudo individualismo. No puede decirse lo mismo en los tiempos modernos, cuando se trata de una sociedad moderna, más actuante, más compleja, en que las relaciones jurídicas se intensifican, en que los riesgos se multiplican y revisten las más variadas formas.

Hasta el año de 1890 parecía admitido que no había lugar a responsabilidad sin que se demostrase la existencia de la culpa. Esta teoría desde entonces ha sido combatida fuertemente por los

nuevos criterios, en especial por los defensores de la teoría del riesgo creado, en vista de las necesidades de la hora presente:

a). Fundar la responsabilidad civil sobre la idea de falta o culpa, es confundirla con la penal. Para aquellos tiempos pudo tener algún valor por cuanto el delito era sancionado privadamente y cuando entonces el derecho civil y el derecho penal se confundían. Uno de los mayores progresos del derecho ha consistido en separar el derecho civil del penal confundidos en las primitivas legislaciones. Ya hoy resulta retrasada esa tesis por cuanto en la civilización actual el derecho civil y el penal tienen su completa delimitación, son independientes uno del otro. Como atrás lo vimos, no se trata ya de castigar sino de reparar, de indemnizar, se trata de restablecer el equilibrio roto por el acto ilícito.

b). Los partidarios de la teoría del riesgo objetan la iniquidad de ciertas consecuencias de la teoría clásica. Con la exigencia de una culpa para que incurra en responsabilidad el autor de ella, la persona lesionada por el acto de un loco, es decir, por un sér que no puede cometer falta, debía renunciar a toda indemnización; para ser lógicos, agregan ellos, sería preciso declarar irresponsables a las sociedades, personas morales, ya que siendo ficticias no podrían cometer falta alguna.

c). Fundando la responsabilidad sobre la idea de culpa, e imponiendo la prueba de ésta a la víctima, se reduce la responsabilidad al estado teórico, al menos en la mayoría de los casos, ya que dicha prueba es árdua, difícil y casi siempre imposible. Si en teoría podemos tener un concepto de ella, demostrarla en la práctica es casi imposible, máxime teniendo en cuenta los enormes progresos de la industria y de la ciencia, lo que agrava su demostración.

d). Por otra parte, la víctima que es la parte más débil en la generalidad de los casos, si no siempre, tiene que enfrentarse a compañías o sociedades bien organizadas que tienen a su disposición toda clase de datos de que su adversario carece, lo que hace una lucha desigual, que lógicamente trae como consecuencia el dominio o vencimiento de la víctima.

Los progresos de la ciencia y el desarrollo del maquinismo han hecho más obscura la causa de los accidentes; el accidente es a menudo anónimo porque el hombre utiliza fuerzas en su favor de que no siempre conoce su alcance y poderío. Cómo exigirle a un obrero que ha sido víctima de la explosión de una caldera, que

demuestre la culpa en que ha incurrido el empresario o patrón? De esto se deduce que la responsabilidad subjetiva, la que tiene como **fundamento la culpa**, es para la víctima de efectos poco prácticos.

Para obviar estas dificultades se han ideado varios caminos:

a). La teoría del riesgo creado.

b). La teoría de las presunciones de responsabilidad.

## RIESGO CREADO

Hasta fines del siglo pasado se sostenía que sin culpa no había lugar a responsabilidad. Hoy en día tiene esta teoría partidarios que la sostienen y defienden con todo su vigor. (Planiol, Ripert, Colin y Capitant). Planiol dice: "Todo caso de responsabilidad sin falta sería una injusticia social, sería en derecho civil como en el penal la condena de un inocente". (Teoría clásica).

A esta teoría se ha opuesto otra que funda la responsabilidad no sobre la idea de falta presumida o probada, sino sobre la idea del **riesgo creado**.

Esta teoría cuyo autor es Saleilles, puede formularse así: "Toda actividad que crea para otro un riesgo, hace a su autor responsable del daño que pueda causar, sin que haya necesidad de averiguar si hubo o no culpa de su parte". (Responsabilidad objetiva. Sus sostenedores dicen que ella se basa en una idea de justicia, porque la actividad del hombre dirigida a obtener un lucro, un beneficio, una utilidad en su provecho propio, debe responder de los daños que cause con esa actividad, abstracción hecha de toda idea de culpa: *Ubi emolumentum, ibi onus*.

Josserand dice a este respecto: "Aunque no se haya cometido culpa ninguna, es de justicia indemnizar a la víctima; el que pone en acción fuerzas temibles en su provecho e interés, debe asumir las consecuencias de su iniciativa. Entre la víctima (sujeto pasivo) y el que ha creado el riesgo la lucha no es igual; cuando se crea un riesgo que luego se realiza, quien lo creó debe aceptar sus consecuencias. El poder, el provecho y la dirección llevan en sí la idea de responsabilidad".

Insignes tratadistas han impugnado la teoría de la responsabilidad objetiva. Veamos algunos de sus conceptos.

Colin y Capitan muestra su disconformidad con esta teoría en los siguientes términos: "Rechazamos el principio de la responsabilidad sin culpa porque traería consecuencias peligrosas e injustas. Conduciría nada menos que a matar toda iniciativa, a suprimir la concepción individualista del derecho civil, que es su fundamento mismo. No hay que sacrificar la producción, ni por lo tanto, la actividad humana, fuente de toda producción..... No se puede llegar hasta declarar al hombre responsable siempre de las consecuencias de sus actos, hasta hacer de cada ciudadano el asegurador del público contra las consecuencias dañosas para otro de los actos que realiza, aunque no quepa imputarle imprudencia alguna. Puede decirse que depende del hombre el no obrar? Nó, seguramente. La necesidad de la acción es de por sí una especie de fuerza mayor que, cuando no existe culpa alguna demostrada a su cargo, debe producir su completa liberación".

Y, el profesor Jorge Ripert al combatir esta teoría dice que es la víctima y no el autor del hecho dañoso quien debe soportar las consecuencias de éste: "la elección ha sido hecha, dice, por la fuerza obscura del destino; la víctima está elegida". Los hermanos Mazeaud, como el anterior, dan el siguiente concepto determinista que a continuación copiamos: "Cómo el que obra sin negligencia, ni imprudencia, que se ha portado como hombre prudente y cuidadoso puede ver comprometida su responsabilidad? Si su actividad ha causado un daño, no hay allí más que el hecho de la casualidad. La casualidad ha querido que el perjuicio lo soporte una persona. Por qué invertir esta situación de hecho, cuando el autor y la víctima son tan interesantes el uno como el otro, cuando la conducta del uno es irreprochable como la del otro?":

Esta concepción fatalista para desligar al autor del daño es inadmisibile. El derecho reposa sobre la base de que el hombre es responsable de sus actos, y por consiguiente, quien ha cometido un hecho dañoso no puede colocarse tras una concepción fatalista o determinista del mundo, para desligarse de las consecuencias de su acto: el que ha causado un daño debe repararlo.

El desarrollo cultural y social de la época moderna ha ido cambiando el criterio de la responsabilidad subjetiva, y dando paso, tanto a través de las legislaciones como de la jurisprudencia, a la responsabilidad objetiva. El desarrollo de los fenómenos económicos y sociales han sido la base para tal transformación: el desarrollo de los medios de locomoción y transporte, las calderas de

vapor, los motores de explosión interna, la electricidad aplicada han traído el aumento de accidentes de trabajo y por consiguiente el de los conflictos sociales.

Son innumerables las sentencias dictadas por los Tribunales y Juzgados que nos muestran hasta donde ha sido aceptada la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva. Tanto la Jurisprudencia francesa como la nuestra y la de casi todos los países, han sido vivamente influenciadas por las nuevas concepciones del derecho en materia de responsabilidad. Como adelante veremos, el individualismo jurídico va siendo reemplazado por una concepción socializante del derecho.

Copiamos a continuación algunas decisiones que hacen referencia a la materia que nos ocupa, por parecernos demasiado interesantes:

Del propietario de un ascensor por los accidentes causados por ese objeto;

Del conductor de un camión por haberlo dejado estacionado y sin luces a la orilla de un camino, y con el cual se chocó otro.

De una compañía de ferrocarriles por los daños causados a los propietarios ribereños de la vía, por un incendio provocado por las chispas que se escapan de la locomotora;

Y, muy especial, citamos la sentencia proferida por el juzgado 4o. en lo civil de Medellín, de siete de septiembre de mil novecientos veinticinco, por haber iniciado ella la jurisprudencia en Antioquia sobre la responsabilidad civil: Dicho juzgado condenó al municipio de Medellín a pagar la suma de \$ 3.500 al cónyuge supérstite como indemnización por la muerte sufrida por su marido a consecuencia de una alambrada electrizada por un cable del tranvía que vino sobre ella a consecuencia de una tempestad.

---

Las legislaciones también han sido notablemente influenciadas por la teoría del riesgo. Citemos algunas de ellas:

Una ley suiza, de 28 de marzo de 1905, hace a las compañías de ferrocarriles y barcos de vapor, responsables del daño que resulte si una persona es muerta o herida en el curso de la explotación, de la construcción o de los trabajos accesorios, a menos que pruebe la fuerza mayor.

Una ley alemana, de 3 de mayo de 1909, sobre circulación de automóviles, hace responsable al propietario o al conductor de un automóvil, del daño causado a una persona, sin más excepciones que la fuerza mayor y la falta de la víctima o de un tercero.

Otra muy moderna sobre accidentes de automóvil, promulgada en Suiza en 1932, que dice: "Si a consecuencia del empleo de un vehículo automovilario, resultare muerta o herida alguna persona o se causare algún daño, el dueño será civilmente responsable. Quedará liberado de la responsabilidad civil cuando pruebe que el daño es debido a fuerza mayor o a culpa grave del perjudicado o de un tercero, sin que ni él, ni las personas por quienes responda, hayan cometido falta alguna. Si la falta exigible al perjudicado fuese leve, el juez fijará la indemnización exigible al dueño, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso".

Del contenido de esta ley podemos deducir, que el sólo empleo del vehículo acarrea a su dueño responsabilidad civil por los daños que con él pueda causar sin que sea preciso investigar si hubo o nó culpa de su parte, con las solas excepciones de culpa grave de la víctima o de un tercero, o bien que el daño se haya ocasionado por fuerza mayor.

Entre nosotros tenemos la Ley 57 de 1915 que vino a reconocer en su texto, en concepto de algunos expositores, la teoría del riesgo creado, estableciendo en favor del obrero una indemnización por los accidentes de trabajo.

Una ley, en Francia, de 1924, da responsabilidad de pleno derecho a las empresas aéreas por los daños causados a las personas o a las cosas situadas sobre la superficie, responsabilidad que reposa únicamente sobre la noción del riesgo creado, sin que haya necesidad de investigar si hubo o no culpa.

Nos parece del caso citar las palabras del senador doctor Odilio Vargas, sobre la teoría del riesgo, en el debate sobre indemnización a las víctimas del siniestro aéreo del 24 de julio de 1938. Estas palabras fueron originadas por cuanto en el proyecto se discutía si era un "auxilio" o una "Indemnización" la que correspondía a las víctimas del siniestro:

"Las circunstancias mismas de las fórmulas empleadas ya por el gobierno como por la comisión, están diciendo que es algo más que un auxilio, que es una indemnización lo que quiere el gobierno, y que es la que debe recoger el parlamento..... Por qué no consignamos la palabra indemnización? Por qué atacamos esa pa-

labra? Es acaso, porque según el H. senador Vizcaino, le estamos atribuyendo culpa al Estado? Por qué acogemos ese concepto de culpa en la responsabilidad del Estado? Es porque nosotros los abogados no hemos roto la escuela clásica y tradicionalista que informó el criterio universitario en que nos educamos. El concepto tradicionalista es el de que la responsabilidad se origina sólo cuando hay culpa o delito. Pero la doctrina y las legislaciones modernas han evolucionado en el concepto de responsabilidad..... Dentro de esa formación jurídica, que nos han dado, y que se nos viene dando, la culpa, lo mismo que el delito, es la única que da origen a indemnización de perjuicios. Pero la jurisprudencia ha dado el primer paso en la evolución del derecho”.

“La jurisprudencia, que es la mejor revolucionadora del derecho para dar, como con razón se ha dicho, movilidad a la inmovilidad de los preceptos legislativos, ha sentado y todas las legislaciones modernas han venido acogiénolo, que la evolución del concepto de la responsabilidad que antes se colocaba desde el punto de vista subjetivo, se ha cambiado en objetivo al consignar lo que se llama la teoría del “riesgo creado”. Así la responsabilidad se sitúa en el punto de vista del hecho y no del sujeto..... El estado en la revista militar del domingo, nos colocó en un riesgo y debe responder de él. Es, pues, indiscutible, que si en ese riesgo nos ha colocado, debe ser él quien indemnice a las víctimas sin que ello implique culpa. La responsabilidad por razón de ese riesgo es indiscutible y si hay responsabilidad no tenemos por qué tenerle miedo a la palabra indemnización..... De manera que responsabilidad sin culpa no son conceptos que se excluyen el uno al otro. No es posible que el concepto jurídico moderno vaya a escapar a una activa intervención social, pues la teoría se ha establecido precisamente como defensa del débil”.

Por noticias de la prensa hemos sabido que el juzgado ante el cual se demandó la indemnización por la muerte del teniente Abadía, fue negada. Parece que el aviador Abadía fue víctima de un accidente aéreo ocurrido por su culpa, ya que el hecho acaeció por infracciones al reglamento de la escuela de aviación aérea en Colombia, volando a una altura que los mismos reglamentos prohíben. Demostrada **plenamente** la culpabilidad del aviador podría la nación liberarse de la responsabilidad. Si no se ha demostrado plenamente, tendría lugar el Art. 2357 del C. C.: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha

sufrido se expuso a él imprudentemente". En esta materia tan delicada es indispensable tener en cuenta una multitud de factores que deben obrar en el expediente para poder dictar un fallo conforme con la justicia y equidad, razón por la cual nos abstenemos de emitir más conceptos en esta primera parte del problema a que venimos aludiendo.

La segunda parte de este problema consiste en la responsabilidad en que incurrió el Estado para obligarse a indemnizar a los expectadores, víctimas del siniestro aéreo. En este particular, sí parece resaltar la teoría del riesgo creado de una manera limpia y con meridiana claridad. Demostrada o nó la culpa por parte del aviador Abadía, la nación debe indemnizar a las personas lesionadas por causa del accidente. Si fue un acto de indisciplina, como se ha dicho, por parte del aviador, esas víctimas inocentes que sólo se preocupaban por admirar el poderío y grandeza de nuestra patria no deben ser el punto débil donde vengan a ponerse tan fatales consecuencias. Además, de conformidad con el Art. 15 de nuestra constitución nacional, que dice: "Las autoridades de la república están instituídas para proteger todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y **para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado** y de los particulares". Los deberes y las obligaciones son términos correlativos, y así se dice que no hay deberes sin obligaciones e inversamente. Si nuestro deber es respetar la vida y propiedad de los demás, tenemos la obligación de no matar, de no apropiarnos lo que a otros pertenece. La palabra "**deberes sociales**" no la entendemos en el sentido de caridad y beneficencia únicamente, sino que es preciso valorarla con el criterio moderno de equidad y justicia que informa nuestra legislación. Equidad y justicia son las bases sobre que está cimentada la teoría del riesgo creado.

En la jurisprudencia francesa, a pesar de que el estatuto civil impone responsabilidad al institutor, como adelante lo veremos, por los daños causados por los alumnos que están bajo su vigilancia, se ha establecido que el Estado se subroga en la responsabilidad, por cuanto el institutor es un representante del Estado. Análogamente, y para el caso que estudiamos, podemos afirmar que la armada aérea, como todas las fuerzas que defienden la soberanía, son la representación de la nación, y no sólo esto, sino que son la encarnación viva de la patria. Por lo tanto debemos concluir que la nación es responsable por los daños causados a los

particulares por los miembros de su armada en ejercicio de sus funciones.

Antes de terminar lo concerniente a la teoría del riesgo, insertamos a continuación parte del informe rendido por la comisión que estudió el proyecto de ley "reformatoria del código Penal y el de procedimiento":

".....la conservación del orden jurídico es fuente de obligaciones para todos los habitantes de un país, y de derechos para el Estado. De obligaciones, porque todos deben hacer lo que, en conformidad con sus actividades, tienda al beneficio social y a abstenerse de hacer lo que pueda causar perjuicios; de derechos, porque al Estado corresponde la facultad de prevenir y sancionar las acciones nocivas al orden social"; y agrega más adelante: "Puede existir la responsabilidad civil, cuando la acción que causó el daño no es culposa? Hasta hoy la obligación de indemnizar, nacida de un hecho que ha causado daño a otro, no se consideraba existente, si no tenía por fundamento una acción delictuosa o culposa. Pero ese principio ha sido sustituido por este otro: todo el que crea un riesgo, es responsable de los daños causados por él. Los partidarios de esta teoría no consideran al autor del daño, sino a la víctima. Nada importa que haya habido o no culpa: el daño existe, y esto basta para decretar la indemnización.... Nuestras leyes civiles no se han ocupado de la responsabilidad por accidentes causados con cosas inanimadas, por que cuando aquéllas fueron dictadas, no existían las máquinas que han transformado las industrias y la agricultura, y que han cambiado totalmente los medios de transporte. Estas máquinas poseen, según expresión de algún autor, "un dinamismo propio", y algunas bien merecen el nombre de "bestias humanas". La culpa humana—se dice—ha desaparecido delante del hecho de las máquinas".

Como se vé, ya nuestros legisladores empiezan a inquietarse en tan delicada materia, y tratan de colocarse al menos a la altura de la Jurisprudencia, que aquí como en Francia ha interpretado con mayor amplitud las disposiciones de la ley civil, que interpretada textualmente, sería un absurdo su aplicabilidad para satisfacer las necesidades de los tiempos presentes.

Fundando la responsabilidad en la culpa se tiene una base demasiado estrecha, la cual debe ensancharse de acuerdo con la evolución social, ya que ésta hace sentir la necesidad de introducir en esa parte del derecho más justicia, más seguridad y mayor

practicidad. Fundando la responsabilidad, no en la culpa, sino en el riesgo creado, se tiene la ventaja, como ya lo vimos atrás, de evitar un análisis tan difícil de la conducta o de la intención del autor del daño; se protege de manera más eficaz los intereses de los coasociados, y se da a los hombres una conciencia más clara y más precisa de la solidaridad que los une.

Las leyes sobre el trabajo han dado razón a los defensores de la teoría del riesgo; ya hoy se aspira al triunfo de esta tesis en otros campos de la actividad humana. En especial, en lo que va corrido del presente siglo, la teoría del riesgo ha avanzado mucho y se ha hecho ostensible en dos materias: en los daños causados por inmuebles y en los accidentes de trabajo, como lo demuestran las sentencias de los Tribunales.

La cuestión de responsabilidad se encuentra hoy en pleno movimiento; en todos los países existen análogas inquietudes; mientras el derecho común basa la responsabilidad en la culpa, las leyes consagran disposiciones especiales para la reparación sin tener en cuenta la culpa.

## TEORIA DE LAS PRESUNCIONES

Esta consiste en un desplazamiento de la carga de la prueba, desplazamiento en favor de la víctima y en contra del autor del daño. Si éste quiere descargarse tendrá que probar que no tuvo culpa o que no existe la relación de causalidad.

En materia de pruebas la carga de ésta corresponde al demandante: "actori incumbi probatio", y al demandado cuando excepciona, pues, en tal caso se hace de igual condición que el demandante: "reus in exceptione actor est". Estos principios los encontramos en el Art. 1757 del C. C.: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas".

Dichas presunciones pueden ser de derecho (juris et de jure) y entonces no admiten prueba en contrario. Tal la que consagra el Art. 2354 del C. C. que dice: "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído" (a. 66 C. C. y 660 C. J.).

O son legales, y entonces admiten prueba en contrario. Como ejemplo podemos dar la establecida en el Art. 2346 del C. C. que

presume responsables, por negligencia, a las personas de que dependen los menores de diez años y los dementes. (A. 66, 1768 C. C. y 661 C. J.).

Pueden ser también simples o judiciales y entonces se dejan al arbitrio del juez; esta arbitrariedad del juez no es absoluta, pues, ellas deben ser graves, precisas y concordantes. Esta gravedad, esta precisión y esta concordancia sitúan al Juez en el campo de la sana crítica para apreciar y valorar dichas presunciones, como acontece en el avalúo por peritos cuyo dictamen no es uniforme. (A. 1768 C. C. 664, 721 y 723 C. J.).

Como adelante veremos, esta prueba es distinta según se trate de materia contractual o extracontractual; bástenos decir por el momento que en la primera la culpa se presume, y en la segunda debe ser probada por el demandante, que en este caso es la víctima.

Por lo visto tenemos que el Código consagra, en favor de la víctima, ciertas presunciones de culpabilidad, como acontece con la presunción establecida por el Art. 2351 C. C. que presume responsable al empresario cuando el daño causado por la ruina del edificio es proveniente de un vicio de construcción, o por vicio del suelo que en razón de su oficio ha debido conocer, o por vicio de los materiales que él mismo ha suministrado. (No. 3o. a. 2060 C. C.). Los diez años de que habla la regla tercera del Art. 2060, indican el término de la responsabilidad, pues la prescripción sólo empieza a correr después de ocurrido el hecho,

Se ha preguntado si ejercitando un derecho puede haber culpa, y por consiguiente, si el ejercitante de un derecho consagrado por la ley puede ser obligado a indemnizar por el daño causado a un tercero.

Los actos que el individuo ejecuta, pueden ser conformes o contrarios a la ley. En el segundo caso, es claro que, siendo la ley norma reguladora de las actividades humanas, deba sancionar tales actos, que por tanto son ilícitos, obligando al autor de tal acto a reparar los daños y perjuicios ocasionados a terceros. La ley se da para la seguridad y estabilidad de los bienes patrimoniales, y para proteger a los individuos en sus vidas y honras, en su integridad personal. En el primer caso, el asunto ha sido muy discutido, y dado origen a la teoría del abuso del derecho.

Cada cual puede ejercitar libremente su derecho. "Fecit sed jure fecit" es la sentencia que consagra la universal creencia de que en el ejercicio de un derecho haya abuso. Este es el principio sostenido por la teoría individualista.

La noción de culpa se ha extendido hasta el punto de llegar a admitirse que pueda tener lugar en ejercicio de un derecho, por-niente o en cierto objeto, puede perjudicar a terceros.

En roma existía el principio "sumun jus summa injuria", principio que fue demolido por el individualismo jurídico que consideró al hombre en sí y por sí, eclipsando aquel sabio principio romano. Más tarde, este absolutismo, que fue de poca duración, ha sido desplazado por la teoría de la relatividad de los derechos. La Jurisprudencia bajo la presión de necesidades prácticas y para la mejor armonía de los intereses económico-sociales volvió por la relatividad de los derechos.

"Fácilmente se cree que ejercitando un derecho no se incurra en responsabilidad delictual; que usando de una prerrogativa jurídica no se cometería ningún delito o culpa; lo que es lícito por definición no puede tender al delito, es decir, a lo ilícito. Este postulado de los derechos absolutos es social y jurídicamente inadmisibile. Los derechos subjetivos, productos sociales, concedidos por la sociedad no nos son atribuídos abstractamente, sino para usar de ellos de manera discrecional. Cada derecho tiene su razón de ser, su misión que cumplir, ha escrito Josserand".

El mismo autor agrega más adelante: "Los derechos se realizan no en la vida absoluta sino en un medio social. Así tenemos la moralización, la humanización del derecho; la justicia deja de ser teórica y formal; se vacía del contenido de sus palabras y fórmulas para llegar a ser funcional".

El C. C. nuestro, consagra la teoría del abuso del derecho en ciertos artículos. Así el Art. 669 dice: "El dominio (que también se llama propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

De tal suerte que el abuso arbitrario de que habla nuestro código, no es absoluto, ya que tiene como limitaciones la ley y el derecho de los demás.

Por otra parte, el Art. 26 de nuestra constitución actual, dice que la propiedad es una función social que impone obligaciones, y que puede expropiarse por motivos de utilidad pública o de interés social previa indemnización, o sin ella por razones de equidad, a juicio del legislador.

En desarrollo de este principio constitucional fue expedida la ley 200 de 1936 "sobre régimen de tierras". Esta ley impone al propietario de terrenos la obligación de trabajarlos so pena de ser declarados como baldíos, y volver así a poder de la Nación. Naturalmente que esa reversión en favor del Estado no quedó así de una manera absoluta; la misma ley en muchos casos de sus artículos establece varias excepciones en que no tiene lugar la reversión por el hecho de no trabajarlas; obliga la conservación de bosques de cierta especie y calidad considerándolos como riqueza pública; prohíbe la tala de bosques en las vecindades de aguas corrientes; señala y determina cierta cabida, y excluye los predios urbanos, etc., etc. Esta ley fue rudamente combatida, con un exagerado celo por el derecho de propiedad; en el Senado se le introdujeron tantas reformas al proyecto original que lo desfiguraron completamente, hasta quedar en una ley que es, en nuestro concepto, inócua e inoperante, que no corresponde al pensamiento jurídico que inspiró a sus proponentes. El proyecto original pudo haber sufrido algunas reformas más en lo adjetivo que en lo substancial.

El Art. 1002 de nuestro C. C., dice: "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo". Existiendo el derecho absoluto de propiedad, bien se pudiera ejecutar cuanto uno quisiera en lo que es de su pertenencia. Presenta este Art. una verdadera colisión de derechos en que el menor o de utilidad más pequeña cede su campo al de utilidad mayor. De igual manera puede sostenerse que la servidumbre de medianería, según la cual el dueño del predio contiguo tendrá derecho a hacer medianera en todo o en parte, la cerca o pared divisoria de dos predios contiguos, **aún sin el consentimiento de su vecino.** (Art. 912 C. C.), es otra limitación al derecho de dominio.

También tenemos que nuestro código consagra la acción rescisoria por lesión enorme (a. 1946, 1947 C. C.). Existiendo el derecho libre de contratar, y suponiendo capacidad por parte de los

contratantes no habría porqué establecer estas excepciones; más con esta ley lo que ha querido es no permitir el abuso económico. Dicho sea de paso que en Francia existe la lesión enorme únicamente en favor del vendedor; en otras partes en favor del comprador; y, entre nosotros existe en favor de ambos. Esta acción rescisoria sólo puede tener lugar en la venta de bienes inmuebles, ni en las que se hubieren hecho con ministerio de la justicia". Parece que esta excepción fue hecha en los bienes muebles por la naturaleza misma de esta clase de bienes y para la mayor celeridad del comercio y de las transacciones en general. En un principio, cuando los bienes muebles ocupaban un plano tan reducido en comparación de los inmuebles, pudo haberse establecido esta excepción; pero hoy día, cuando la riqueza mueble supera en mucho a la inmueble, no vemos ninguna dificultad para que hoy pudiera establecerse, con ligeras excepciones, en dicha clase de bienes.

Encontramos también una limitación al abuso del derecho en la reducción de intereses; hay el interés legal en civil y el interés corriente en comercial, y quien sobrepase dichas limitaciones está abusando del derecho de contratar.

Nuestro nuevo código penal erige en delito la destrucción de materias primas o de ciertos productos con perjuicio de la riqueza del país o de los consumidores. Así el Art. 276 de la ley 95 de 1936, dice: "El que destruya materias primas o productos agrícolas o industriales o instrumentos de producción, causando un grave perjuicio a la riqueza del país o a los consumidores, incurrirá en prisión de seis meses a dos años y en multa de ciento a tres mil pesos". (Ver también Art. 75 de la misma obra).

Por lo hasta aquí visto podemos deducir que hay bases más que suficientes para sostener con argumentos legales la teoría del abuso del derecho, lo cual fuera de traer una conveniencia social, trae una conveniencia jurídica de alta importancia.

## FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

**Generalidades.**—En nuestro código civil no se encuentra ninguna definición de lo que se entiende por obligación. Etimológicamente la palabra obligación viene del latín **obligare** que significa estar ligado; en el lenguaje común se toma dicha palabra por **deuda**.

Como definición, me parece aceptable la que da el doctor Barros Errázuriz en su tratado de derecho civil: "Un vínculo de derecho entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una parte queda ligada, para dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas", definición, que en nuestro código corresponde a la que da el Art. 1495 sobre lo que es contrato o convención. "Se dice **vínculo**,—agrega el mismo autor—, por establecer una relación entre dos o más personas, limitando la libertad de la una en favor de la otra. Por falta de ese vínculo la obligación es nula bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga. De **de-recho**, porque aquí no se trata de deberes morales o de simple conciencia, sino de relaciones jurídicas perfectas, respecto de las cuales tiene ordinariamente cabida la coacción externa. Son indispensables **dos o más personas** porque de otro modo sería imposible la relación o vínculo. Esas personas deben ser **determinadas**, y en esto consiste la diferencia específica entre el sujeto pasivo de un derecho personal y el de un derecho real, pues el primero es siempre una determinada persona, mientras que el segundo lo constituye la generalidad de las personas, que deben respetar el derecho del propietario, absteniéndose de toda perturbación en su contra".

Como fuentes de las obligaciones en nuestro código civil encontramos las que da el Art. 1494, y las de la ley 57 de 1887. El Art. 1494 dice: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido daño o injuria a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". El Art. 34 de la ley 57 de 1887, ya copiado, al hablar de culpa clasifica las obligaciones que se contraen sin convención, que dan lugar a prestaciones, ya se llamen cuasicontratos, delitos o cuasidelitos.

Puede decirse que la ley es la única fuente de las obligaciones, porque si ella no las crea sí las reconoce y sanciona, determinando todas las relaciones de derecho positivo. Así el Art. 1602 dice: "Todo contrato legalmente celebrado es **una ley para los contratantes**, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

El Art. 1495 de nuestro C. C. define el contrato en los siguientes términos: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Entre los términos **contrato y convención**, rigurosamente hablando, existen diferencias, a pesar de que nuestro código así-mila una a otra. Contrato es un término más restringido y se refiere más especialmente a la convención que crea obligaciones. Convención es un término más amplio, y significa toda relación jurídica consistente en un acuerdo de voluntades, y que puede tener por objeto crear, modificar o extinguir derechos. La convención es género y el contrato es especie; así todo contrato es convención pero no a la inversa.

Para que una persona pueda obligarse válidamente, es necesario: Que sea legalmente capaz; que consienta y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga causa lícita (A. 1502 C. C.). Si faltare alguna de estas condiciones, la obligación contractual no produce ningún efecto jurídico. Es de especial importancia el consentimiento, porque la generalidad de los contratos se perfeccionan consensualmente; por excepción, requieren ciertas formalidades y entonces son solemnes, o la entrega de la cosa y entonces se llaman reales (A. 1500 C. C.).

## CULPA CONTRACTUAL Y CULPA EXTRA CONTRACTUAL

Dejamos atrás establecido lo que debe entenderse por culpa. Réstanos ahora hablar de las características que diferencia a cada una de ellas. Estas diferencias son más bien de orden legislativo, pues, filosóficamente hablando, no hay ninguna diferencia ya que la culpa es un mero concepto único.

Entre la culpa contractual y la excontractual hay tres diferencias, anotadas por el doctor A. Alessandri:

a). "La culpa contractual incide en el cumplimiento de una obligación y supone un vínculo jurídico que ha sido violado por el deudor; la extracontractual no supone vínculo jurídico alguno, y es el hecho culpable el que va a generar el vínculo jurídico, dando derecho al perjudicado para exigir la correspondiente indemnización, y obligar al autor a pagarla".

A esta primera diferencia acotada por el doctor Alessandri pudiera hacerse alguna observación. Las obligaciones no nacen

sólo de los contratos, sino que también nacen de la ley, y entonces no habría tal diferencia puesto que el vínculo anterior viene a ser ley, como pasa por ejemplo en la obligación que todos tenemos de respetar a las demás personas y a sus cosas. Mas bien la diferencia que aquí pudiera presentarse es en lo referente a la indemnización, porque en la responsabilidad por culpa hay una verdadera novación. En cuanto al punto de vista contractual no se presenta la novación dicha, para comprobar lo cual basta con leer el Art. 1546 del C. C., según el cual puede seguir subsistente la obligación contractual, y puede pedir la indemnización de perjuicios (anotaciones del doctor B. Echeverri).

b). "La delictual no admite graduaciones. Cuando un individuo ha cometido un delito o un cuasidelito no se va a estudiar que clase de culpa corresponde. En la contractual la responsabilidad admite graduaciones, porque depende de la naturaleza del contrato y de la voluntad de las partes".

Nuestro C. C. trae las clases de culpa para el obligado en materia civil en su Art. 63. Esta puede ser grave, leve y levísima. Esta gradación hace relación no al concepto de culpa propiamente, sino a la responsabilidad, ya que según el mismo código, ésta se tiene según el contrato a que se haga referencia, y por consiguiente debemos convenir que ello se refiere sólo a la extensión de la responsabilidad. Así el Art. 1604 dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

c). "La mayor diferencia está en que la culpa delictual debe ser probada por el acreedor, la contractual se presume".

Siendo la culpa el fundamento de la responsabilidad, la víctima que ha sufrido el daño, debe probar la existencia del hecho dañoso y las demás condiciones que este requiere, como adelante veremos, para que el autor sea obligado a repararlo. Tratándose de culpa contractual, basta con que el acreedor demuestre la existencia de la obligación, y si ésta no se ha cumplido, la ley presume que es por culpa del deudor, quien deberá probar que el incumplimiento se debe a causas ajenas a su voluntad. Así el Art. 1604 inc. 3o. dice: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega".

Sin embargo, podemos agregar, que hay casos en que tanto la una como la otra se presumen como el que nos da el Art. 2354 C. C.

Además de estas diferencias anotadas pudiera anotarse la que trae el Art. 1616 del C. C.: "Si no se puede imputar **dolo** al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios.....". Podríamos aplicar este ejemplo a quien confiando en la entrega de unas mercancías para determinada fecha, contrató con un tercero, negocio del cual reportaba cierta utilidad, pero que dejó de percibir por no haber llegado las mercancías en el término estipulado. Si hubo dolo responderá de todos los perjuicios que ocasionó por el incumplimiento de su obligación; si no lo hubo sólo responderá de los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

Planiol ha negado la diferencia que existe entre la culpa contractual y la excontractual, diciendo que una falta o culpa es siempre un acto ilícito, puesto que ella es siempre la violación del derecho de otro.

Transcribimos a continuación los conceptos del jurisconsulto H. Lalou, sobre este particular: "El derecho de otro puede resultar de un contrato, de la ley o de principios de justicia; en el primer caso la culpa es contractual y en el segundo delictual o cuasidelictual. La contractual supone: 1o.) Un contrato; 2o.) Que sea válido; 3o.) Que el daño o perjuicio sea el resultado de la inejecución del contrato. Si el contrato es nulo absolutamente, no hay

Y, más adelante agrega: "La diferencia de las dos culpas, cambia de aspecto, pues tiene valor mientras esa nulidad no haya sido pronunciada a petición de los interesados".

Y, mas adelante agrega: "La diferencia de las dos culpas, desde el punto de vista de sus consecuencias, se reduce a excluir de la reparación de daños imprevistos en materia contractual; en la falta delictual es obligado a los imprevistos".

Se ha pretendido rechazar, o desplazar la responsabilidad delictual tan poco favorable a la víctima, para dar cabida, en lugar de aquélla, a la responsabilidad contractual. Así el empresario de transportes que ha causado daño al pasajero, es responsable no delictualmente sino contractualmente; lo mismo puede decirse en el arrendamiento de servicios. Tanto el empresario de transportes como el patrón se han obligado contractualmente para con la víctima a devolverlo sano y salvo.

A este respecto, Josserand se expresa así: "Cuando un accidente sobreviene con ocasión de un contrato y en el curso de su ejecución, se trata de saber si la víctima puede reclamar por el incumplimiento de ese contrato y pretender que el daño que le ha sido causado coincide con la inejecución de una obligación de seguridad que se había contraído para con él, tácitamente sin duda, pero necesariamente por la otra parte. La jurisprudencia es más y más amplia todos los días en interpretar subentendidos muchos contratos que no ha considerado que los contratantes hayan dejado a una eventualidad".

A pesar de todos los esfuerzos que sus defensores han hecho para sustentarla, no ha sido aceptada por la jurisprudencia francesa, y ha perdido su importancia y su interés práctico con motivo de las leyes especiales que regulan esta clase de materias: accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, etc., etc., que, como lo hemos visto, consagran la teoría del riesgo creado.

### FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Nuestro código civil asimila la fuerza mayor y el caso fortuito. Así el Art. 64 dice: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

La fuerza mayor y el caso fortuito corresponden, pues, en nuestro código al mismo concepto; pero debemos tener presente que uno y otro se diferencian entre sí.

Josserand, las diferencia de la siguiente manera: "La fuerza mayor tiene un carácter de exteriorización al círculo en que los dos contratantes se han obligado; y caso fortuito el suceso anónimo que se produce en el interior del círculo obligatorio. Así, la fuerza mayor sería: Tempestad, inundación, etc., y caso fortuito: la ruptura de una biela, el estallido de una caldera, o mejor, de una manera general las averías del material".

Naturalmente que estas diferencias no pueden exagerarse demasiado. La fuerza mayor puede tener algo de culpa y entonces pierde su valor exoneratorio, pero la prueba incumbe al que la alega. El caso fortuito, puede a la vez asimilarse a la fuerza mayor, H. Lalou, sobre este particular: "El derecho de otro puede resultar probando el autor o presunto autor que el hecho ha sido determi-

nado por una causa exterior, como por ejemplo, que el incendio fue ocasionado por un rayo o por mano criminal.

El profesor H. Lalou, dice: "La fuerza mayor y el caso fortuito son sinónimos en la práctica. Teóricamente, la fuerza mayor sería el suceso invencible que resulta de una fuerza extraña como la tempestad, el rayo, el terremoto, mientras que el caso fortuito sería simplemente el obstáculo interno y que no es sino relativamente invencible".

De acuerdo con estas definiciones podríamos citar como ejemplos los siguientes: cae un rayo sobre el carro en que me he obligado a la conducción y lo destruye, sería fuerza mayor; y sería fortuito cuando por la ruptura de una llanta no puedo verificar tal conducción, lo cual pudo ser previsible.

Podemos desde luego sentar como principio que hay casos fortuitos que no corresponden a la fuerza mayor, y por consiguiente, debe existir una responsabilidad, aun cuando en nuestra legislación dichos términos sean sinónimos.

Exige la ley, para este caso, dos condiciones, a saber: que el hecho sea **imprevisto**, lo cual es diferente a imprevisible, ya que lo primero puede ocurrir por ignorancia, negligencia, y lo segundo no. Pero ocurre hoy día que la mayor parte de los sucesos son previsible, como acontece con los fenómenos atmosféricos. En cuanto a la técnica industrial, la previsión debe llegar al extremo, caso éste en el cual la existencia de la imprevisibilidad es casi imposible, quedando a muy reducidos y excepcionales los casos de fuerza mayor. Igualmente podría decirse de una tormenta que imposibilita la navegación, la cual perdería el nombre de fuerza mayor, si acaeció por negligencia, por falta de estudio, ya que todo esto pudo preverse. Es preciso además que la obligación no pueda satisfacerse por otros medios; en el caso, por ejemplo, de la sequía del río Magdalena, tenemos que ella es previsible por el verano mismo, de lo cual resulta que es mala aplicación decir que es fuerza mayor, que no se puede resistir; (el C. C. agrega:.... a que no es posible resistir), la cual debe ser tomada en cuenta por la compañía al hacer el contrato de transportes. Igual cosa podría decirse de la huelga de los braceros, mas no siempre, por cuanto ella puede ser previsible en ciertos casos, o por culpa de los patronos que han incurrido en la violación de un contrato de trabajo. Pero aún descartando la culpa del patrón o empresario, hay que ver si ella es general y de tal manera que haga imposible el

transporte de las mercancías de Barranquilla a Medellín, por ejemplo. Pero, si en estos casos ocurre que existe otra vía diferente, la fuerza mayor pierde una de sus características y entonces hay obligación de cumplir el contrato de transportes.

Esta misma tesis podemos aplicarla al caso del naufragio; por lo tanto podemos decir que no siempre se debe a fuerza mayor, y al respecto veamos algunos ejemplos: un naviero contrata el transporte de mercancías y al cumplirlo se presenta un naufragio por un defecto de la embarcación. Tal defecto pudo no haberse previsto, y sin embargo puede atribuirse a descuido de las autoridades portuarias encargadas de la revisión de las máquinas antes de salir, o bien, pudo haberse hecho tal revisión de una manera deficiente, de tal manera que al presentarse la tempestad no hubo la resistencia suficiente por lo cual fue preciso arrojar las mercancías al agua. Siendo, pues, por defecto de la embarcación, no hay fuerza mayor a pesar de la tempestad sobrevenida.

Un terremoto puede ser hoy perfectamente previsible, mas entre nosotros ello no es así en lo general, y en los casos en que esto ocurra, será siempre fuerza mayor. Lo mismo puede decirse del apresamiento de enemigos.

Los autos de autoridad pueden ser judiciales o administrativos. Así, un individuo contrata el suministro de materiales a cierto precio, y cuando aún no se ha cumplido el contrato aparece un acuerdo municipal que establece determinados gravámenes a esos contratos como negocio, con lo cual se hace demasiado gravoso su cumplimiento. No existe en este caso ninguna relación con el caso fortuito o la fuerza mayor, ya que la facultad de las autoridades en este sentido, deben siempre considerarse como circunstancias normales. Si aquello quiere alegarse debe existir primeramente una imposibilidad absoluta, y además que ello no sea previsto.

El incendio es en la mayoría de los casos un hecho consecuencial de la actividad humana por falta de diligencia o cuidado; de esto se desprende que no siempre es fuerza mayor, salvo que sea originado por un rayo. Pero aún en este último caso no podrá alegarse en su totalidad la fuerza mayor si hubo negligencia en hacer cesar los efectos producidos. Cuando el incendio ha sido causa de fuerza mayor, hay que distinguir o averiguar el origen para saber de qué se trata en realidad, lo cual se aclara, por ejemplo, con la exigencia que la ley hace al inquilino, de que presente

pruebas suficientes que acrediten que él no ha incurrido en culpa alguna. En virtud de esto último parece que hubiera contradicción con el principio de pruebas por exigirse la demostración de hechos negativos; pero, bien puede observarse que aun cuando en cierta forma se trata de un hecho negativo, no es de carácter indefinido, y se resuelve en la demostración de un hecho positivo, cual es el de probar que la culpa estuvo por otra parte, diferente a su persona.

Hay muchos otros casos en que podría alegarse fuerza mayor para exonerarse de la responsabilidad. Entre otros podemos enumerar la guerra y los disturbios políticos, los cuales no siempre eximen de responsabilidad, por lo cual hay necesidad de estudiar cada caso en particular para poder deducir la existencia de aquella.

Hasta aquí hemos estudiado la fuerza mayor como eximente de responsabilidad. Vamos a ocuparnos en seguida de la culpa de la víctima como exoneratoria de responsabilidad.

## CULPA DE LA VICTIMA

Según el profesor H. Lalou, es un principio cierto que la responsabilidad civil supone una relación de causa a efecto entre el perjuicio alegado y el hecho ilícito imputado al responsable, pero a pesar de ésto, no hay lugar a la acción de responsabilidad civil cuando el hecho debe ser atribuído a fuerza mayor o a falta de la víctima. De la primera ya hablamos; entremos ahora a considerar la segunda.

Cuando el agente ha tenido culpa en el acto verificado hay que ver si el que la sufre o sea la víctima, ha incurrido también en culpa. En este caso, ha dicho la Corte, la responsabilidad debe basarse en otros principios, ya que allí se presenta una neutralización de la culpa, la cual sucede cuando hay culpa tanto por parte del agente como por parte de la víctima, bien sea contractual o extracontractualmente.

El Art. 2357 de nuestro C. C. dice: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Esta reducción puede llegar hasta el punto de liberar al autor o dueño de la cosa que ha producido la lesión, cuando la culpa pueda atribuírse única y exclusivamente a la víctima. La víctima no puede pedir la reparación del daño sufrido

por su culpa. En Francia, las sentencias que deniegan la reparación a la víctima, por culpa suya, son numerosísimas.

H. Lalou niega que haya culpa de la víctima que se arroja a la cabeza de un caballo desbocado para evitar algún accidente, pero establece esta diferencia: Si el que se expuso es un particular, puede invocar la disposición legal que en nuestro código corresponde al Art. 2353; y si un agente de policía, es la sociedad la que debe la indemnización por estar en cumplimiento de un deber, pues su deber es la defensa de la sociedad. Colin y Capitan dicen a este respecto: "Exponerse a un daño para evitar aquellos que el animal podría causar a otro, no es una falta". Estos conceptos nos parecen exagerados; cualquiera puede prever fácilmente que ese acto entraña un grave peligro, aún para la vida misma, y entonces comete una gran imprudencia, lo que en términos precisos es una verdadera culpa; no existe el deber jurídico, ni la ley manda, como norma jurídica, exponerse al peligro. Existe sí, el deber moral de evitar, hasta donde sea posible, hasta donde la prudencia lo aconseje, los daños que pudiera ocasionarse en tales casos. Tendría lugar la indemnización o reparación imputándose culpa al dueño, dependiente encargado de la guarda o del que se sirve del animal, como lo dice el Art. 2353 C. C.

Sobre neutralización de la culpa, tenemos entre nosotros un caso bien conocido: el caso ocurrido entre el Banco Alemán y el señor Jesús Sierra. Se trata de saber si el Banco incurrió en culpa por negligencia u otra causa, y siendo ello así, debemos saber si también hubo culpa por parte del girador; y probada la existencia de ambas, se dice que son compensadas. En este caso pudiera decirse que el Banco tiene una responsabilidad directa, por cuanto él hacía las veces de un verdadero depositario.

La neutralización de la culpa no es aceptable en toda su integridad, por cuanto en la culpa y en la responsabilidad hay elementos subjetivos que no se pueden compensar con otra clase de culpa y responsabilidad. Por esta razón no puede presentarse totalmente la compensación aludida. Además, es preciso tener en cuenta que la división que trae el Art. 63 sobre culpa, como ya lo vimos, es según la responsabilidad que se tenga, y si la teoría antes enunciada se lleva a los extremos, resulta, que como a cada culpa corresponde una indemnización, la compensación, cuando la culpa llega a carecer de equivalencia, no podría aplicarse. Necesitando este problema una solución, es preciso recurrir al arbitrio

judicial, ya que nuestra legislación no dice nada al respecto. El magistrado apoyado en principios de equidad, dirá la responsabilidad que sea del caso; de donde resulta que los riesgos deben repartirse proporcionalmente, teniendo en cuenta la causalidad, pues si por una parte hay culpa grave o simple, el responsable tendrá una responsabilidad mayor o menor, según el caso.

Si la culpa se presenta sólo por parte de la víctima, no hay ninguna dificultad; ésta responderá de los daños y perjuicios causados.

Con lo dicho, dejamos terminada la primera parte de nuestro trabajo. En la segunda parte trataremos de la "Responsabilidad común por los delitos y las culpas" que consagra nuestro código en su Título 34.

SEGUNDA PARTE  
TITULO NRO. 34 DEL C. C.

RESPONSABILIDAD COMUN POR  
LOS DELITOS Y LAS CULPAS

No hay necesidad de establecer, para efectos de la responsabilidad civil, diferencia alguna entre los delitos y cuasidelitos, puesto que unos y otros dan lugar a indemnización, es decir, son fuentes de obligaciones.

Cuando el Art. 2341 del C. C. dice que el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido, se refiere tanto a los delitos y culpas que aparejan responsabilidad criminal a su autor, como también a aquellos hechos que solamente tienen carácter de delitos o culpas civiles. Así lo han entendido los tribunales y la Corte.

Dejamos atrás anotado que un hecho ilícito constituye ordinariamente a la vez delito civil y delito criminal, lo que quiere decir que hay dos acciones: una civil y otra penal. Nos parece importante colocar aquí las distintas reglas por las cuales se rige cada una de ellas:

a). La acción civil puede intentarse por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos, y también por el Ministerio Público cuando de la infracción resulten perjuicios civiles y los interesados se abstengan de hacerlo, por el usufructuario, habitador, etc., y por el mero tenedor en ausencia del dueño, Arts. 24 C. de P. P., 93 C. P., 2342 C. C.). La acción penal es pública, siempre se inicia de oficio, a menos que para proceder la ley exija petición de parte, y obliga la denuncia a todo habitante del territorio colombiano mayor de 21 años, con las excepciones del Art. 13 del C. de P. P. (Arts. 9 y 12 C. de P. P.).

b). La acción civil puede intentarse contra el obligado y sus herederos (a. 2343 C. C.). La criminal se extingue por la muerte del reo, pues, criminalmente, nadie podría ser condenado por el delito de otro.

c). La acción civil se dirige aún contra personas que no han cometido por sí mismas un acto ilícito, ya que responden de los que están bajo guarda o cuidado (2346, 2347, 2349 C. C.) La criminal sólo contra el autor, cómplice o encubridor. (Arts. 19 y 20 C. P.).

d). La acción civil puede renunciarse por mirar sólo al interés particular (a. 15 C. C.). La criminal puede ser pública o privada; la pública no puede renunciarse por ser de orden público y de interés social; la privada sí puede renunciarse, pero una vez que se ha puesto la querrela, para desistir de ella, se necesita el consentimiento del denunciado manifestado por escrito (Art. 17 C. de P. P.).

e). La acción civil puede intentarse contra personas jurídicas o morales. La criminal sólo contra personas naturales, ya que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, y solamente el hombre puede ser denominado delincuente. Las personas jurídicas son entidades que la ley crea para satisfacer necesidades legítimas de intereses colectivos y permanentes. Las personas morales que no pueden ser penalmente responsables, sí pueden serlo civilmente.

## SENTENCIAS

Conviene anotar de paso los efectos de las sentencias proferidas en lo civil y en lo criminal; de acuerdo con la ley 94 de 1938, tenemos:

La sentencia proferida en juicio criminal presta mérito ejecutivo para obtener el pago de la indemnización; pero no podrá invocarse cuando la parte interesada no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a indemnización (Art. 25 C. de P. P.). Cuando el sindicado ha sido condenado en juicio penal como responsable, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la responsabilidad del condenado (a. 29 C. de P. P.). Y, el Art. 28 del C. de P. P. a que nos venimos refiriendo, dice que cuando se ha declarado por sentencia definitiva que la infracción en que se funda la responsabilidad civil no la ha cometido el sindicado o que si la cometió fue en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, no puede entablarse la acción ante el juez civil.

La razón de esto se desprende del hecho de exigirse plena prueba y completa para la condena criminal, de suerte que verifi-

cada ésta, no puede exigirse prueba mayor en el juicio civil.

Sin embargo, cuando se trata de contravenciones, la acción civil puede intentarse sin sujeción a la penal (Art. 27 C. de P. P.) En concordancia con lo anterior está el Art. 126 C. de P. P. que dice: "En los procesos por delitos que sean de la competencia de la policía, la sentencia no podrá señalar la cuantía de los perjuicios en cantidad que exceda de cincuenta pesos; pero en este caso la acción civil **podrá intentarse** sin sujeción a la criminal".

La responsabilidad delictual o cuasidelictual tiene su fundamento en un hecho que ha inferido daño a otro (a. 2341 C. C.), o en una negligencia (Arts. 2346, 2347, 2353 C. C.).

El Título 34 del C. Civil, trata:

1o. De la responsabilidad por los hechos propios;  
2o. De la responsabilidad por los hechos de terceros que se tienen bajo guarda o cuidado (culpa in vigilando), o al servicio (culpa in eligendo);

3o. De la responsabilidad por los daños causados por los animales; y

4o. De la responsabilidad del dueño de un edificio, por los daños que ocasione la caída de éste, o la de los moradores por las cosas que se caen o arrojan de la parte superior del edificio.

El Art. 2341 nos pone de relieve los elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual. Dicho Art. 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 que la ley imponga por la culpa o delito cometido" De donde se infiere que dichos elementos son:

a). La culpa. b). El daño. c). La relación de causalidad entre los dos elementos anteriores, y d). Cierta capacidad por parte del autor.

Analicemos por partes cada uno de estos elementos:

**Culpa.**—Dejamos atrás anotadas las características de la culpa, sus principios generales, como también las varias clases que de ella contempla nuestro C. C. Todos y cada uno de los artículos del Título 34 del C. C., la exigen y la consagran de manera expresa, ya que nuestra legislación civil, como lo hemos dicho y repetido muchas veces, tiene por fundamento, para efectos de la indemnización, la responsabilidad subjetiva. La graduación de la gravedad de la falta, es de mucho interés, por cuanto el equilibrio de

los derechos puede haber sido roto más o menos violentamente, y el Juez se mostrará más severo castigando una culpa grave que una leve; y vimos también la importancia de ésta valuación para el caso de que se presente el fenómeno de compensación de culpas, caso en el cual la responsabilidad se divide en proporciones diferentes, según sea mayor o menor la culpa que a cada uno corresponda.

**El daño.**—Para que haya lugar a la responsabilidad civil es preciso que un daño haya sido causado y que ese daño sea cierto; sin interés no hay acción. El daño puede ser material o moral. El material a su vez puede ser personal o patrimonial.

### RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA CULPA Y EL DAÑO

No basta para efectos de la responsabilidad la comprobación de la culpa y el daño; es necesario que éste sea el efecto de aquella.

Este punto ha sido motivo de grandes controversias que han dado lugar a dos tendencias representadas en dos escuelas: la francesa y la alemana. Para la primera basta que el daño sea ocasionado por la culpa; para la segunda es preciso averiguar si esa culpa es causa eficiente o adecuada. La teoría de la escuela alemana es de muy difícil aplicación, sobre todo, en aquellos casos en que concurren varias culpas (caso del Banco Alemán vs. Sierra), o de la culpa en concurrencia de la fuerza mayor o culpa de la víctima.

Nuestro código penal consagra el delito concausal en el Art. 366, que dice: "Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá disminuirse hasta en la tercera parte". (Al decir de los penalistas las concausas pueden ser antecedentes o subsiguientes; las antecedentes, a su vez, pueden ser atípicas, normales o patológicas. Este Art., en materia penal, señala el grado de responsabilidad que incumbe al autor. En materia civil será el criterio sano del magistrado quien pueda valorar el grado de responsabilidad que a cada cual corresponda.

La exigencia de ésta relación de causalidad entre la culpa y el daño, tiende sin duda a descartar la responsabilidad extracon-

tractual cuando el daño es imputable a culpa de la víctima, o a un caso de fuerza mayor, o culpa de un tercero.

**Capacidad.**—Exige la ley cierta capacidad del autor del daño para que pueda exigirse la indemnización, pues, todo individuo debe responder de sus propios actos. Mas, cuando un individuo (menor de diez años, o demente, Art. 2346 C. C.), ha cometido una falta que dé lugar a indemnización, viene la ley a suplirla imputando culpa a las personas de quien depende.

La capacidad delictual es mas amplia que la contractual: no es necesario un desarrollo completo de las facultades intelectuales para distinguir el bien del mal, para distinguir el acto ilícito del que no lo es; mientras que en la vida de los negocios sí se necesita una completa madurez del espíritu.

### COMENTARIOS A ALGUNOS ARTICULOS DEL TITULO 34 DE C. C.

Hasta esta parte de nuestro trabajo hemos dejado expuesto, en sus generalidades, los fundamentos de la responsabilidad así como los elementos que le son esenciales.

Sólo nos resta dar un vistazo por los artículos del título 34 del C. C.

Art. 2342.—“Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero.....”.

Art. 2343.—“Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”.

De estos artículos se desprende que la obligación de indemnización es transmisible activa y pasivamente, lo cual no es sino la consecuencia del título de heredero, que según el Art. 1155, representa a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones. Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, pero el heredero beneficiario sólo es responsable hasta concurrencia de lo que herede. (Art. 1411 C. C.)

El Art. 2343 no trata de la lesión que un patrimonio ocasiona a otro que implique una responsabilidad sin culpa al pasar a sus herederos. Al haber cometido una culpa y con ella lesionado el patrimonio de otro, justo es que afecte el patrimonio del responsable y pase a sus herederos la obligación de reparar el daño.

Art. 2346.—“Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados, serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia.

No pudiendo imputarse negligencia a las personas de que dependen los menores y dementes, la víctima del daño cometido por una de estas personas no tendrá derecho a ninguna indemnización. Esta nos parece una injusticia en ciertos casos, como por ejemplo, cuando el demente tiene haberes de fortuna. A éste no puede imputársele culpa alguna, como tampoco a la víctima. Entonces, por qué razón se pretende que la víctima cargue con todas las consecuencias del hecho dañoso? Creemos lo más conveniente que se establecieran excepciones al principio general, para que el juez en determinados casos obligara la indemnización total o parcialmente. Veamos un ejemplo: En un momento dado se fuga un loco del manicomio, después de dejar en tierra a sus guardias, y penetra a un costurero donde encuentra una máquina que le da la subsistencia a una modista, y la hace añicos. Sería justo que esa modista no tuviera derecho a indemnización alguna por no poderse imputar negligencia a los guardias, y siendo, por otra parte, el loco una persona acaudalada? Esto sería injusto y contrario a los principios de equidad. Lo mismo pudiera decirse de los daños causados por los menores de diez años.

Art. 2347.—“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

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

Así, el marido es responsable de la conducta de su mujer.

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

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Art. 2349.—Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a

aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

En principio, como ya lo hemos dicho, sólo se responde del hecho propio. Mas, como en el conjunto social se encuentran individuos incapaces (menores y dementes) o individuos que por cuestión de jerarquía se encuentran en el deber de estar sometidos a la dirección y control de esa autoridad jerárquica (mayores de diez años, criados, sirvientes, aprendices y discípulos), ha venido la ley, considerándolos *capitis minuídos*, a establecer en esos casos una presunción *juris tantum*, imputando a aquellos de quienes dependen una culpa por falta de vigilancia (culpa *in vigilando* o *in eligendo*). Y se dice *juris tantum*, porque de acuerdo con el inc. 6o. del Art. 2347 y la segunda parte del A. 2349, dicha presunción admite prueba en contrario. Consagran, pues, estos artículos la responsabilidad por el hecho de otro.

Mucho se ha discutido sobre si el contenido del Art. 1384 C. C. F. es taxativo o meramente enunciativo. Los expositores franceses están de acuerdo en que dicho enunciado es taxativo, y con ellos la mayoría de los expositores, entre ellos el doctor E. Zuleta Angel. En su tesis de grado, el doctor Lopera Montaña sostiene lo contrario. Por tratarse de un asunto tan delicado remitimos a la obra de este autor y a las conferencias del doctor Zuleta Angel. En nuestro código es enunciativo el contenido del Art. 2347, porque además de los casos enumerados en el artículo que comentamos se pueden presentar otros. Así, cuando una familia se encarga de la vigilancia de un menor de diez y ocho años, en los términos del numeral b) del Art. 67 C. P., dicha familia se hará responsable de los hechos dañosos que dicho menor cometa si pudiera imputársele falta de vigilancia, caso que sólo podemos acomodar en los términos generales del inciso 1º.

Se ha dicho que la ley castiga en este caso la falta de vigilancia, y por tanto, no debiera hablarse de responsabilidad por el hecho de terceros, sino del propio hecho. Jossierand, a este respecto dice: “La responsabilidad de estas personas se encuentra comprometida pero es en razón de una falta “personal” cuya prueba corresponde al demandante. No se trata de una responsabilidad ci-

vil de pleno derecho en razón del hecho o de la imprudencia de otro".

Para que la responsabilidad del padre sea comprometida se necesitan los siguientes requisitos: a), que sea causado el daño por un menor; b), que habite en la misma casa; c), que con su autoridad y cuidado no hubiere impedido el hecho.

Puede suceder, en el caso del requisito b) que no habitando en la misma casa sea empeñada la responsabilidad del padre, como cuando internándolo realiza un hecho por vicios provenientes de mala educación, pues en tal caso tiene explicación el Art. 2348 C. C.: "Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir".

"Las disposiciones que venimos comentando tienen como razón, el que una acción de la víctima contra el autor del daño sería casi siempre ilusoria, sobre todo cuando se trata de menores, casi siempre infructuosa por la carencia de patrimonios en estas personas. "Para indemnizar a la víctima se busca la responsabilidad y el dinero allá donde se encuentren", ha escrito Josserand.

La responsabilidad de los amos encuentra su fundamento: a), en la culpa in eligendo, es decir, por haber escogido para su servicio personas imprudentes; b), en la culpa in vigilando por no interponer su autoridad para que el criado o sirviente, en el ejercicio de sus funciones, no se comporte de manera inconveniente o impropia.

Relacionemos estos conceptos anteriores con el Art. 2352 por la conexión íntima que presentan.

Art. 2352.—"Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere....".

Nos cabe aquí preguntar: Por qué razón quien ha indemnizado el daño por terceros que están bajo su cuidado, puede repetir contra ellos por el todo? Si el delito o culpa proviene de mala educación o de hábitos viciosos que se han dejado adquirir al hijo (2348), por qué puede repetir el padre cuando la culpa pertenece a él?

El Art. 2348 C. C. consagra una presunción de derecho (juris et de jure) y a pesar de todo el padre puede repetir por el to-

do, cuando ha reparado los daños causados por las faltas de su hijo en los términos del Art. 2352. Nos parece lo más justo, lo más equitativo, aunque el vigilado tenga un patrimonio, que el padre cargue por lo menos con una parte de la indemnización debida por él tanto de culpa que le corresponde. Por lo demás, la obligación del padre no es sólo la de vigilar, sino también la de educar.

El inciso 4o. del Art. 2347 "el marido es responsable de la conducta de su mujer" ha quedado derogado por la ley 28 de 1932. El Art. 2o. de esta ley dice que cada cónyuge es responsable por las deudas que personalmente contraiga, y la obligación de indemnizar por los hechos dañosos no es en sí otra cosa que una deuda. Así, la mujer responderá de su propio hecho o culpa.

La responsabilidad de los institutores—directores de colegios y escuelas—tiene su fundamento en la falta de vigilancia que a éste corresponde (culpa in vigilando) mientras los discípulos estén bajo su cuidado.

Ha sido motivo de discusiones en la legislación francesa, sobre si esa responsabilidad cabe sólo al institutor asalariado, o si por el contrario puede hacerse extensiva a los directores de establecimientos de caridad y de beneficencia pública. Se ha dicho que tal responsabilidad sólo debe entenderse respecto de los institutores asalariados, por que haciéndola extensiva a los directores de establecimientos de caridad y beneficencia se comete una gran injusticia tratando tan severamente a quienes sólo se preocupan por prestar un servicio a la sociedad.

Josserand dice que sí se hace extensiva por tres razones: 1o. El artículo no distingue entre unos y otros institutores; 2o. Porque la idea de control y dirección, que es la base de la responsabilidad civil, tiene todo su valor. 3o. Porque el legislador ha querido asegurar un recurso a la víctima, y a ésta le interesa poco que el institutor sea o no asalariado. De tal suerte que tanto en Francia como entre nosotros no tiene lugar tal distinción.

La situación en que el código coloca a los directores de colegios y escuelas parece rigurosa, en vista de que ellos tienen que aceptar y recibir alumnos que no han escogido y someterse a un estado de cosas que ellos no han creado. Estas fueron las objeciones que se le hicieron en Francia al Art. 1384 que en nuestro código corresponde al 2347. Para obviar estas dificultades se promulgó la ley francesa de 20 de julio de 1899, que dice así: "Siempre

la responsabilidad civil del Estado se sustituye a la de los miembros de la enseñanza pública". Con esta ley se salvó, en parte al menos, el estado de cosas anterior, ya que la responsabilidad de los miembros de la enseñanza pública recae sobre el estado que los sustituye; pero los institutores de la enseñanza privada siguen las disposiciones del código. Creemos por nuestra parte que dicha ley no se hizo extensiva a los establecimientos privados, por cuanto en éstos es facultativo el recibir a determinados alumnos, cuyo caso tendría lugar la culpa in eligendo.

Entre nosotros tal disposición del código no ha sido modificada, por consiguiente, todos los institutores—públicos o privados—se rigen por el Art. 2347.

Hemos visto hasta aquí los artículos que consagran la responsabilidad por el hecho de otro. Para terminar este punto nos parece importante insertar las diferencias, que en cuadro especial trae el profesor H. Lalow en su obra "Responsabilidad civil", en materia contractual y extracontractual.

Responsabilidad del hecho de otro en materia contractual:

- 1o. El contratante es responsable de todos sus auxiliares sin que el acreedor tenga que probar la falta.
- 2o. La prescripción oponible es la del contrato.
- 3o. La víctima no tiene derecho sino a la reparación del daño previsto, salvo dolo del deudor.
- 4o. Validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitación de ésta.

Responsabilidad del hecho de otro en materia delictual.

- 1o. El no contratante no responde sino de las personas enumeradas en el Art. 1384 (C. C. F.), y el acreedor debe probar la falta de ellas.
- 2o. La prescripción oponible es la del derecho común.
- 3o. La víctima tiene derecho aún a la reparación del daño imprevisto.
- 4o. Nulidad de las cláusulas de no responsabilidad o limitación de ésta (tiene su razón en que es de orden público).

La responsabilidad por los daños de los animales la encontramos en los artículos 2353 y 2354 C. C.

Art. 2353.—"El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no

pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal".

Según el Art. 687 C. C., los animales pueden ser bravíos o salvajes, que son los que naturalmente viven libres e independientes del hombre; domésticos, los que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre; y domesticados, los que a pesar de ser naturalmente bravíos, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.

Parece que este artículo que comentamos, se refiere a animales domésticos o domesticados, ya que el 2354 se refiere a los bravíos o salvajes.

Si el animal es doméstico, siempre será el dueño el responsable de los daños causados por él, desde que se le pueda imputar a culpa suya o de sus dependientes o encargados de la guarda.

Si el daño es causado por un animal domesticado, es responsable el dueño, siempre que la soltura o extravío pueda imputarse a su culpa o a la de sus dependientes, y siempre que el animal conserve la costumbre de volver bajo su dependencia; pero si el animal recobrar su libertad natural, volviendo a su condición de salvaje o bravío, no será responsable, pues ya no es su dueño.

Art. 2354.—“El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño no será oído”.

Según el doctor Lopera Montaña este artículo encierra una verdadera presunción de responsabilidad, porque para que el dueño del animal feroz pueda librarse de la responsabilidad, tiene que probar la fuerza mayor, culpa de un tercero o culpa de la víctima; y, que más que esto puede ser el caso típico de la teoría de los riesgos, puesto que “si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”. Por nuestra parte nos inclinamos a creer que este artículo consagra la teoría de los riesgos.

Un animal “fiero” es el animal bravío o salvaje, según el Diccionario de la Lengua. Y, no se vé cómo pueda tenerse para la guarda de un predio un animal de esta naturaleza. Quizá el legislador quiso referirse a los animales domesticados, de los cuales algunos por su bravura se les llama “fieros” en el lenguaje común.

El doctor F. Vélez al tratar lo concerniente a estos dos artículos, pone como ejemplo del Art. 2353 el caso de un perro que por su fiereza causa daño a un tercero, y como ejemplo del

2354 pone el de las fieras de los circos (tigres, leones, etc.). Nos parece un absurdo suponer que un tigre o un león puedan servir para la guarda de un predio. Dice el doctor F. Vélez que no se le admiten descargos por que el peligro que encierran dichos animales es muy grande, con lo cual no hace otra cosa que consagrar la teoría de los riesgos.

Por otra parte, no vemos muy clara la razón para que el dueño de un animal fiero que utiliza en la guarda o servicio de un predio pueda excusársele o liberársele de responsabilidad, y no así, si lo utiliza en otro servicio. Un animal de esta naturaleza puede emplearse en servicios distintos a la guarda de un predio.

Parece que el legislador hubiera tenido en cuenta el concepto de "interés o utilidad" que dicho animal pudiera prestar para la guarda o servicio de un predio. Y teniendo en cuenta este concepto, el animal fiero puede emplearse en otro servicio en que intervenga también el concepto de interés o utilidad. Veamos un ejemplo: Un domador de fieras, lleva para exhibir un león enjaulado, con lo cual devenga su subsistencia. En la noche cae un rayo que desbarata la jaula, sale el animal y ocasiona daños a terceros. Preguntamos, qué responsabilidad cabría al domador? No puede exigirse mas interés o utilidad que el de darle la subsistencia.

Aplicando la teoría del riesgo creado, el domador sería responsable de los daños causados por el animal. Si aplicamos la teoría de la presunción de responsabilidad, el domador se liberaría de la obligación de indemnizar a los perjudicados alegando fuerza mayor. Y aplicando la disposición legal de nuestro estatuto civil, habría que condenar al domador a la reparación de los daños y perjuicios que el animal hubiese ocasionado a terceros, lo cual nos da base para sostener que este artículo es la consagración de la teoría del riesgo creado.

El artículo a que nos venimos refiriendo consagra, en el primer caso, una responsabilidad legal (*juris tantum*) y en el segundo una presunción de derecho. Por lo que dejamos anotado no vemos muy clara la razón de esta distinción, siendo así que nuestro código consagra como fundamento de responsabilidad la culpa probada o presumida.

La responsabilidad por los hechos dañosos ocasionados por las cosas inanimadas está consagrada en los artículos 2350, 2351 y 2355 C. C.

Art. 2351.—“Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniere de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3a. del Art. 2060”.

Para la comprensión de la doctrina de este artículo remitimos a la página 11 de esta monografía, donde dejamos tratada su interpretación al hablar de la teoría de las presunciones.

Art. 2350.—“El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto”.

Hemos visto que la irresistibilidad es una de las características de la fuerza mayor. Interpretando el contenido del Art. pre-inserto, inciso 2o., en concordancia con la parte final del Art. 990 C. C., si llega a probarse que el caso fortuito sin el mal estado del edificio no lo hubiera derribado, no libera a su dueño de la indemnización debida por los daños que ocasione su ruina por haber omitido las reparaciones necesarias o por haber faltado al cuidado de un buen padre de familia.

El Art. 990 C. C. dice: “Si notificada la querella, cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos”, y el 991 de la misma obra agrega: “No habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella”. A la luz de éstas disposiciones, resalta que para que el dueño del edificio sea obligado a la indemnización, es necesario que preceda la querella de parte. Será preciso, para efectos de la indemnización, que hubiere precedido la notificación de la querella?

El doctor Fernando Vélez en sus comentarios al C. C. afirma (al comentar los Arts. 990 y 991) que si la querella no se ha notificado, el dueño del edificio no es obligado a indemnizar los daños que su ruina ha ocasionado. Y al comentar el Art. 2350 remite a los comentarios de los Arts. 990 y 991, con lo cual entendemos que si la querella no se ha notificado no hay lugar a indemnización.

En nuestro humilde concepto, encontramos una incongruencia entre el Art. 2350 por una parte, y los Arts. 990 y 991 del C. C. por la otra. El Art. 2350 consagra una presunción de culpabilidad para el dueño por haber omitido las reparaciones necesari-

rias o por haber faltado al cuidado de un buen padre de familia. Si su dueño quiere liberarse de la obligación de indemnizar, deberá probar por algún medio que no tuvo culpa en la ruina del edificio, en caso contrario, será obligado a la indemnización, aun cuando no haya precedido notificación de la querrela.

Si fuera indispensable la previa notificación de la querrela para que el dueño del edificio comprometiera su responsabilidad por los daños causados por la ruina de su edificio, se cometerían no pocas injusticias. Veamos un ejemplo: El dueño de un edificio, que lo cierra por no necesitarlo en la vida de sus negocios, y por un defecto de las cañerías, las aguas estancadas hacen que falle uno de los paredones que sostienen el edificio y por consecuencia de esto el edificio viene a tierra causando daños a los vecinos. Pregunto: sería preciso, para comprometer la responsabilidad del dueño, que existiera la previa notificación de la querrela? Si se contestare afirmativamente, cómo podría intentarla el vecino no teniendo cómo conocer los peligros que le amenazan? Si no entraña esto una injusticia, no sé como podría calificarse.

Se me dirá que el Art. 990 habla de indemnización de perjuicios a los **vecinos**, y el 2350 contiene una regla general. Pero no veo ninguna razón para que a los vecinos se les coloque en condiciones de tanta inferioridad.

En mi concepto, como ya lo dije atrás, hay una incongruencia entre el Art. 2350 y los Arts. 990 y 991 de nuestro C. C., porque es un absurdo que sea primero la querrela que el perjuicio sufrido, para efectos de la indemnización.

Art. 2355.—“El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola”.

Fundando nuestro código la responsabilidad en la culpa, era indispensable que el código sentara una presunción de culpabilidad contra todos aquellos que habitan en el mismo edificio, ya que de lo contrario el accidente sería anónimo, sin que fuera posible imputárselo a persona determinada, lo cual sería supremamente difícil donde habitan muchas personas, ya que ninguna de ellas se declararía culpable. El instinto de conservación personal,

por un fenómeno psicológico, trasciende al patrimonial como algo indispensable o inherente a la propia conservación.

No pocas injusticias se consagrarán en la aplicación de este artículo. Puede ocurrir, y con frecuencia ocurre, casos en que una cosa sea arrojada de la parte superior de un edificio, maliciosa o intencionalmente, por determinada persona; y sin embargo, aplicando esta disposición que es la pertinente, se obligará a contribuir a la reparación del daño a una persona que es ajena, en todo y por todo, al hecho dañoso que da lugar a indemnización.

Pero a pesar de todo, es indispensable y conveniente que ello sea así para evitar que muchos daños queden sin reparación, y obligando en cierto modo a la prudencia de todos los habitantes, pues, como arriba lo dijimos, el suceso quedaría anónimo y la ley siempre ha querido favorecer a la víctima.

En resumen, y para dar por terminado nuestro trabajo, debemos concluir que nuestro código consagra en su Título 34 la teoría de la responsabilidad subjetiva. La teoría de los riesgos o de la responsabilidad objetiva, está bien que no se consagre como norma, como principio o fundamento en el derecho común porque ello contribuiría a la paralización, a impedir el libre desenvolvimiento de las actividades humanas, reduciendo a la inactividad al individuo y matando la iniciativa particular.

Claro está que con el enorme desarrollo industrial, con la maquinización del mundo, si así puede decirse, son muchos y crecientes los fenómenos que esas fuerzas brutas entrañan para el hombre, con menoscabo de su persona y de su patrimonio. Pero entonces corresponde al legislador llenar esos vacíos por medio de leyes, como hasta ahora se ha hecho. Esas leyes deberán dictarse para los casos en que determinada industria o actividad entrañen un peligro próximo o remoto pero que muy probable sucederá.

No es menor la obligación o el deber de los falladores, para, en determinados casos y dadas ciertas circunstancias, interpretar con alguna amplitud las disposiciones estatutarias. Nuestro código fue redactado para una época que no corresponde a las necesidades de la hora presente. El criterio del juzgador, aunque no benévolo, debe ser justo y equitativo.

También dejamos visto que la víctima tiene en su favor la teoría de las presunciones: de responsabilidad o de culpabilidad según sean mas o menos graves. La primera sólo puede desvirtuar-

se alegando fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero; la segunda puede serlo por cualquiera otro de los medios de prueba. Unas y otras vienen en auxilio de las víctimas, por cuanto en la mayoría de las veces, es muy difícil para éstas comprobar la culpa de quien las ha lesionado. Es la víctima la de menor peso en la balanza de la justicia, y entonces las presunciones consagradas por la ley vienen en su auxilio para restablecer el equilibrio. Y una vez que esto se ha verificado, aparece la justicia como un sol radiante sobre esta humanidad irredenta que furiosamente se debate en su loco afán de lucha por la vida.