



Tomado del libro DERECHO DE DAÑOS  
Autor JORGE PANTOJA BRAVO  
Editorial Leyer, año 2014 (1ra edición)

## **CAPITULO I DE LA RESPONSABILIDAD CLÁSICA AL DERECHO DE DAÑOS (Camino hacia la objetivación)**

### **A. DERECHO DE DAÑOS (Responsabilidad Civil)**

1. ¿Qué es el Derecho de Daños?
2. Origen del Derecho de Daños
3. Tres pilares del Derecho de Daños
4. Responsabilidad Civil y Derecho de Daños
5. La víctima siempre debe ser indemnizada
6. El principio '*alterum non laedere*' (no causar daño)
7. La reparación a cargo de quien crea el riesgo

### **B. FINALIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS**

1. Algunos doctrinantes del Derecho de Daños
2. Cambio de paradigma: de la culpa a la reparación
3. El rol preventivo del Estado en el Derecho de Daños
4. Derecho de daños en algunos países
5. Análisis económico del derecho
6. Caso. El juez Hand y la definición económica de la culpa
7. Caso "*Ford Pinto*"

### **C.- CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

1. Definición de Responsabilidad
2. Las fuentes de las obligaciones
3. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado
4. Clasificación de la Responsabilidad Civil
5. La Responsabilidad Contractual
6. Responsabilidad extracontractual
7. Diferencias sustanciales entre responsabilidad penal y responsabilidad civil
8. Acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual

### **D. RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL**

1. Diferencia de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil

2. Surgimiento de la responsabilidad penal
3. La acción civil en el proceso penal y la influencia del fallo penal en el proceso civil
4. Ventajas de la acción civil dentro del proceso penal
5. La responsabilidad civil derivada del delito es una obligación de carácter civil con finalidades distintas a las penales
6. El Juez Administrativo puede apartarse de la sentencia penal
7. Caso: exonerado penalmente pero condenado civilmente en lesiones personales culposas.
8. Caso: Indemnización por riña, lesiones personales dolosas (la absolución en el juicio penal, no es obstáculo para declarar la responsabilidad civil por el mismo hecho)
9. Caso: Presunto operativo del CTI funcionarios de la misma lesiona a una persona causando el 75% de disminución de la capacidad laboral.
10. Caso: nombramiento de notaria a cambio del 50% de la utilidad de la misma para el Senador (delito de concusión)

#### **E. ACCIÓN DE GRUPO**

1. Derechos supra-individuales
2. Interés colectivo e interés difuso
3. Los derechos individuales homogéneos
4. Protección de los consumidores y del medio ambiente
5. Acciones populares y de grupo en Colombia
6. Efectos de la sentencia en una acción de grupo
7. Forma de indemnización de la Acción de Grupo
8. Caso: derramamiento de crudo en Tumaco (Nariño)

#### **F. NUESTRA JURISPRUDENCIA ES ECLÉCTICA** (existe un caos jurisprudencial)

1. La jurisprudencia criterio auxiliar o vinculante
2. Existe un caos jurisprudencial
3. La Casación como unificación jurisprudencial
4. Reconocimiento de diferentes rubros indemnizatorios (Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado)

# Capítulo I

## DE LA RESPONSABILIDAD CLÁSICA AL DERECHO DE DAÑOS (Camino hacia la objetivación)

La terminología de Derecho de Daños está basada en la amplitud de los fenómenos que abarca: la ampliación del concepto tradicional de daño resarcible, la presencia de víctimas plurales o colectivas, la situación particular del riesgo de desarrollo, socialización del riesgo, los sistemas de reparación para ciertos daños (fondos de compensación o garantía, seguros), el círculo de responsables, la importancia a la prevención del daño mediante diferentes figuras, un rol muy activo para el Estado; situaciones todas estas que creemos fuerzan más allá de lo debido al concepto clásico de responsabilidad civil, régimen de la responsabilidad civil no puede -en el derecho moderno- basarse exclusiva y excluyentemente en el factor subjetivo.

El campo de la responsabilidad civil tiene tal riqueza de contenido que no puede sorprendernos el hecho de que, pese a los numerosos estudios que se le dedican, continúe generando nuevas cuestiones, o exigiendo a la doctrina el esfuerzo de considerar aspectos que antes no había sido necesario analizar, o que habiendo sido ya considerados requieren nuevos análisis, aspectos escondidos que aparecen a la luz, poniendo en evidencia que el saber jurídico no se detiene, sino que avanza, se desarrolla en pos de obtener soluciones más justas.

Es un hecho conocido que en la evolución de los sistemas destinados a resarcir daños pueden distinguirse distintas etapas. Una de ellas, fue la de “*responsabilidad civil*” estructurada en función de quien había causado el daño (“*responsable*”), donde, lógicamente, la cuestión primordial eran los factores de atribución *subjetivos* mientras que el concepto de daño desempeñaba un papel secundario.

El actual derecho de daños no enfoca su atención exclusivamente en el sujeto dañador y en la necesidad de su sanción, sino que especialmente centra su preocupación en la persona dañada y en la reparación del daño. Consecuentemente, el elemento “*daño*” es ahora el nuevo “*eje*” sobre el cual gira la totalidad del sistema resarcitorio. Se mutó así desde un derecho de la responsabilidad civil hacia un derecho de daños. En esta línea, en el nuevo derecho de daños, también se prioriza la prevención del daño por sobre la sanción que le corresponde al dañador, al respecto Carlos BRUN señala que “*el Derecho no solo debe posibilitar a la víctima a que obtenga un resarcimiento adecuado al daño injustamente sufrido, sino que debe proveer los mecanismos para contrarrestar, neutralizar los efectos dañosos y de tal manera, también disuadir ulteriores hechos similares*”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los “daños punitivos”)”, en “Doctrina Judicial” 2004-3-1228.

Permítanme traer a colación las ideas de Fernando DE TRAZEGNIES:

“Más importante es la imaginación que la razón. Es verdad que la razón debe apoyar a la imaginación para no caer en la locura. Pero es la imaginación la que conduce el coche, la que marca la dirección y la que encuentra nuevos caminos; no la razón, que se limita a apoyarla y a darle coherencia. El Derecho, a pesar de todo lo que puedan haber oído en contrario, no constituye una excepción a esa regla sino, más bien, es una actividad en la cual esta armonización de imaginación y razón se hace particularmente imprescindible. El Derecho, para el estudioso, no es un campo donde prima la racionalidad, confortable y segura, sin sorpresas, sino que es más bien una tierra misteriosa en las que hay que practicar turismo de aventura, de exploración, porque siempre hay mucho que descubrir, ya que cada nueva situación, cada cambio en la sociedad, plantea nuevos retos a su regulación jurídica. El estudio del Derecho no se ha hecho para quienes quieren dormir la siesta en un bello paisaje a la sombra de un árbol florido; el estudio del Derecho corresponde a quien tenga el ánimo suficientemente valiente como para poner en cuestión todas las ideas establecidas e inventar nuevos caminos en medio de la escabrosidad de la historia de la humanidad”<sup>2</sup>.

Por lo tanto invito a todos los apasionados del Derecho para aventurarse por estos parajes sorteando los peligros con el ánimo de encontrar nuevas soluciones jurídicas para viejos problemas sociales, reiterando que quienes dan génesis a la jurisprudencia son los abogados litigantes con planteamientos novedosos en procura de una sociedad mejor.

Retomando el tema, el fundamento de la responsabilidad giraba en torno al factor subjetivo de atribución, fuera la misma culpa o dolo. “*Sin culpa no hay responsabilidad*”, era el principio guía en materia de responsabilidad civil vigente al momento de redactarse el código civil. En cambio, en la dinámica jurídica actual, el cimiento de la responsabilidad está focalizado, a partir del desarrollado y recepción legislativa de los factores de atribución objetivos, en el daño, mientras que el derecho clásico miraba el daño desde el ángulo del autor del hecho, hoy se lo mira más bien del lado de la víctima y se procura que todo daño injusto sea reparado, empieza a ser menos importante el factor de atribución subjetivo, la antijuridicidad o la causalidad; lo que interesa es que no quede un daño injusto sin reparar.

Replanteo que conduce a nuevas consecuencias prácticas. Destacamos dos de ellas: a) una clara tendencia al aumento de las categorías de daños relacionados a las distintas facetas de la persona humana, que son frecuentemente aglutinados bajo la denominación de daños extrapatrimoniales con el consiguiente aumento de las demandas, en especial de responsabilidad médica el cual tiene un capítulo exclusivo; b) la creciente importancia que -en relación al daño- adquieren la debida valoración (reconocimiento, alcances, intensidad y gravedad del daño) y

---

<sup>2</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA Fernando, La teoría jurídica del accidente; ver su obra: “La Responsabilidad Extracontractual”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, tomo II.

cuantificación (expresión numérica puntual de esa magnitud), las cuales presentan ahora numerosísimos matices, haciendo más compleja la tarea del intérprete, aspectos que se analizan en el capítulo *“Medida del daño. La difícil tarea de su cuantificación”*

El derecho de daños ha dado un giro de ciento ochenta grados, al dejar de enfocar al victimario o dañador, para colocar en su mira a la víctima, prevaleciendo el principio *favor victimae*.

Esa mutación que ha venido, precisamente, de la mano de la responsabilidad objetiva, Philippe LE TOURNEAU expresa: *“volvieron ese Derecho insuficiente a la luz de los necesidades existentes”*<sup>3</sup>, reconocido autor francés nos visitó a finales del año 2011 preciso: *“el Derecho de responsabilidad es ahora demasiado complejo; es el producto de una jurisprudencia copiosa sujeta a retrataciones y de una legislación incompleta y dispareja. Es necesario, pues, reformarlo completamente”*<sup>4</sup>. Jorge PEYRANO lacónicamente señala que *“el mundo de hoy no es el de ayer”*<sup>5</sup> opinando sobre Argentina en donde se ha concretado, durante el curso del último cuarto de siglo, un salto cualitativo en el Derecho Procesal Civil argentino, que ha hecho surgir una nueva divisa de fe: *“para cada necesidad nueva, un instituto diferente de lo ya conocido”*<sup>6</sup>; en tal sentido Celia WEINGARTEN opina: *“Estamos en el siglo XXI. Han pasado doscientos años desde que, centrado el régimen civil patrimonial en la defensa del propietario y aplicadas las normas a través del rígido corsé de la exégesis, fueron creciendo por imperio de otras circunstancias nuevos paradigmas que variaron el enfoque de la responsabilidad civil desde el dañador hacia la víctima, desde la propiedad hacia la persona, desde la imputación culpable como único factor de atribución hacia el reconocimiento de factores objetivos. La elaboración de estos nuevos parámetros no fue consecuencia de mutaciones legales, sino más bien éstas efecto del laboreo de la doctrina judicial y autoral, despojado finalmente del claustro de la exégesis e interpretando, a la luz de la realidad social, el ordenamiento vigente como un todo”*<sup>7</sup>. Y Pablo SALVADOR CODERCH conceptualiza: *“El derecho de daños no se entiende sin las reglas que regulan el proceso en que se exigirán las eventuales responsabilidades civiles, esto es, sin el derecho procesal. El primero, sin el segundo, es un derecho abstracto, y el segundo, sin el primero, es un derecho vacío”*<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2010 Nos., 56 s

<sup>4</sup> LE TOURNEAU, Philippe, “Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y filosofía del Derecho, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo”, editorial Dike, año 2011, tomo II, pág. 1394

<sup>5</sup> PEYRANO, Jorge W, “Medidas autosatisfactivas”, de su dirección, Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe, 2002, pág.26

<sup>6</sup> PEYRANO, Jorge W, “Nuevamente, la medida cautelar innovativa generativa en funciones”, en “Nuevas tácticas procesales”, Nova Tesis, Rosario, 2010, pág.155

<sup>7</sup> WEINGARTEN, Celia, “Derecho del consumidor”, Ed. Universidad, pág. 233 y sig.

<sup>8</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo, El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños\* Análisis, aplicación e instrumentos comparados, 2013, 2ª edición IndRet, pág. 98

Siempre hemos considerado que el derecho procesal tiene dos claros propósitos: el primero, diseñar mecanismos que permitan materializar los derechos sustanciales; el segundo, generar instrumentos jurídicos que concreten, de manera efectiva, el derecho humano a un debido proceso; porque en ocasiones el primer paso que debemos dar para hacer efectivo un derecho sustancial, es renovarlo desde su simiente; es así como en las últimas décadas del siglo XX, el “*Derecho de Daño*”, entre las modernas instituciones civiles, tuvo un sostenido desarrollo doctrinario y jurisprudencial, en la medida que la evolución tecnológica incorporaba nuevos factores de riesgo a la vida en sociedad.

En nuestro país, el derecho de daños es fundamentalmente derecho jurisprudencial. Y lo es, entre otras razones, porque las disposiciones más importantes sobre la materia del derecho legislado son principios o estándares muy genéricos.

Siendo muy justo y merecido el homenaje al doctrinante Javier TAMAYO JARAMILLO en el año 2011 con el libro “*Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y filosofía del Derecho, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*”<sup>9</sup> en dos tomos, doctrinante del cual en su obra “*Responsabilidad Civil*” de cuatro tomos en el año 1999 y luego el “*Tratado de responsabilidad Civil*” en dos tomos en el año 2007, de obligada lectura, citándolo profusamente en la presente obra. En el libro homenaje de manera abierta el tomo uno se titula “*DERECHO DE DAÑOS*” con escritos de Francois CHABAS, Philippe LE TOURNEAU, Ricardo L. LORENZETTI, Diego M. PAPAYANNIS, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Ricardo DE ANGEL YAGÚEZ, Atilio Aníbal ALTERINE, Aida KEMELMAJER de CARLUCCI, Juan Carlos HENAO PÉREZ, entre otros, con presentación de la obra por Maximiliano A. ARAMBURO C., de la cual extraemos las siguientes expresiones:

“Coqueteo con el derecho penal, de la mano de su buen amigo Carlos Jaramillo, hasta que se le atravesó para siempre el derecho de Seguros, que estudio en Europa, y que llevaría a bucear en las entonces turbulentas aguas (hoy en buena medida pacífica por él mismo) del derecho de daños”<sup>10</sup>. “Pero hay razones más importantes para homenajear a Javier Tamayo. En un congreso realizado en los años ochenta, él sostenía que el Derecho en tanto objeto cultural sólo puede ser completa y correctamente conocido a través del caso concreto”<sup>11</sup>. “Él defendía desde los años sesenta del siglo XX una visión integradora del conocimiento jurídico que tenía en cuenta los valores del sistema, las normas escritas (reglas o principios, a los que alude en sus textos) y las realidades sociales”.

“Nos enseñó a leer jurisprudencia cuando los demás nos enseñaban solo el Código, .., enseñó a sus alumnos a leer sentencias, a leer el derecho en acción, cuando otros (no todos, por fortuna) detenían su camino en la enseñanza de la ley, y en el

---

<sup>9</sup> ARAMBURO CALLE, Maximiliano (Coordinador Académico), “*Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y filosofía del Derecho, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*”, editorial Dike, año 2011. tomo I, pág. 453

<sup>10</sup> *Ibíd.*, Tomo I, pág. 40

<sup>11</sup> *Ibíd.*, Tomo I, pág. 33

mejor de los casos, de la doctrina”<sup>12</sup>. “Enseñar con casos, aprender a ‘leer’ la jurisprudencia, acceder directamente a los textos de la doctrina extranjera”<sup>13</sup>.

Respecto al segundo tomo expresa: *“La segunda se dedica al derecho de los seguros, una especialidad sobre la que se escribe poco y se litiga mucho, ..., que en la práctica forense es una de las que mejor permite ver al derecho en su conjunto, al derecho como sistema”*<sup>14</sup>, tema de la cual le dedicamos un capítulo en la presente obra.

Creemos que estamos en terrenos complementarios, y no abogamos de modo alguno por la supresión de la responsabilidad civil, extremo que consideramos imposible y contrario a nuestra tradición, sino creemos que se solucionan distintos tipos de situaciones ya que la normativa de la responsabilidad civil en nuestros sistemas jurídicos ha sido pensada para la protección de intereses legítimos individuales bajo el manto de la culpa, sino otros factores y variables como esquemas de responsabilidad e imputación objetiva, la distribución del riesgo, el círculo de responsables, todo ello apuntando a que la víctima siempre sea resarcida. *“La superación de aquello, que la historia registra como un confito de opuestas perspectivas ideológicas (responde por lo que uno hizo o valor lo que los demás ya no podrán ser –y que de una u otra manera pudieran razonablemente haber sido si el daño no los afectaba-) se afianza en la medida en que el concepto de Derecho de Daños reemplaza paulatinamente en la terminología de nuestros juristas, a la idea de responsabilidad civil”*<sup>15</sup>. En tal sentido es válida la apreciación de Eugenio LLAMAS POMBO:

“Una y otra vez aparecen quienes resisten los cambios de paradigma. Hemos sido formados, educados y embelesados jurídicamente por la codificación del siglo XIX. Pero el movimiento codificador –además de concebir a las personas como iguales, aunque no lo sean– sentó su expansión alrededor de los conceptos de propiedad privada y libertad de contratación. Y cautivó a muchas generaciones por su apariencia de completa, y simple como sistema. Sin embargo, los cambios están a la orden del día en muchos países de Derecho continental. Con mucho mejor criterio, hoy se afirma que la legislación codificada es sólo un elemento del sistema legal; los regímenes supuestamente especiales han modificado desde su raíz muchas instituciones de los códigos. Y estos ordenamientos posteriores ya no son de aplicación residual. La legislación codificada ocupa hoy la posición de residualidad, resultado de una creciente intervención del Estado en las relaciones de derecho privado”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> *Ibíd*em, Tomo I, pág. 34

<sup>13</sup> *Ibíd*em, Tomo I, pág. 35

<sup>14</sup> *Ibíd*em, Tomo I, pág. 42

<sup>15</sup> BURGOS Oswaldo R. “La evolución del deber de responder: desde la responsabilidad civil hacia el daño”, artículo publicado en la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguro, julio-diciembre de 2010, editado por la Pontificia Universidad Javeriana, página 125

<sup>16</sup> *conf.* LLAMAS POMBO, Eugenio, sus citas de IRTI y SCHLESINGER, cit. por WAJNTRAUB, Javier H., en Rev. Derecho de Daños N° 2007-3, pág. 207 y sig.

La dinámica del cambio social no ha sido acompañada, en el derecho de daños, por un desarrollo legislativo acorde a las nuevas problemáticas, sino por el contrario, aún se encuentran vigente una decena de normas que rigen el tema desde la génesis del código sustancial, circunstancia que torna ineludible realizar un esfuerzo hermenéutico notable para precisar el alcance de los términos que se emplean, pues algunos de ellos son interpretados de manera impropia, sin precisión científica, llevando inexorablemente a soluciones jurisprudenciales dispares y, en algunas oportunidades, contradictorias con la *ratio* de la ley y el sentir de justicia. Más sin embargo la responsabilidad civil constituye hoy en día una de las fuentes de litigiosidad más importantes, hasta el punto de poder afirmar que el setenta por ciento de los procedimientos judiciales que se siguen en nuestro país tiende al fin de lograr el resarcimiento por algún daño causado por un tercero.

El abanico de las modalidades de riesgos de responsabilidad civil es amplísimo: responsabilidad entre particulares, de empresas, por accidentes de trabajo, por accidentes de circulación, por daños causados por productos defectuosos, por daños al medio ambiente, por riesgos del desarrollo, por errores u omisiones de profesionales y prestadores de servicios, por daños causados por el funcionamiento normal o anormal de las administraciones, por incumplimientos contractuales, etc. Dentro de aquella y, dejando a un lado la que nace del incumplimiento de los contratos y cuasicontratos, se encuentra la que tiene su génesis en un ilícito, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada; así, encontraremos dos vectores que constituyen la estructura metodológica: por un lado la determinación de la existencia o no de responsabilidad (legal, precontractual, extracontractual, contractual, ex delicto, por hecho ajeno), y por otro lado, la determinación de la cuantía indemnizatoria destinada a reparar el daño material o personal directo, así como los perjuicios económicos derivados de dichos daños, esta es la base del Derecho de Daños.

El Derecho de Daños de manera sucinta podemos decir que es el derecho civil renovado -la institución básica es la de "*responsabilidad civil*", pero no todo se refiere a ésta-, actualizado acorde al desarrollo económico y social, teniendo en cuenta los nuevos criterios de doctrina y el reconocimiento de nuevos daños<sup>17</sup> por la jurisprudencia, nuevos legitimados, cada vez son mayores los legitimados para accionar y más amplias las reparaciones que los acontecimientos antijurídicos generan, y por lo tanto nuevos obligados a reparar, abandonando la arraigada idea de culpa para impulsar la responsabilidad objetiva orientada por la teoría del riesgo en sus diferentes modalidades, bajo el principio '*alterum non laedere*', no causar daño, elaborando una nueva teoría cuyo epicentro es el daño, o sea que la responsabilidad civil ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima; esta postura no se sitúa sólo del lado del responsable que recibirá una sanción sino del acreedor que reclama la indemnización, sin que exista muchas veces un

---

<sup>17</sup> En particular, los "*riesgos del desarrollo*" vinculados a los avances científicos y tecnológicos, las comunicaciones, el uso difundido de la internet, las bases de datos y el comercio electrónico acentúan la posible ocurrencia de un daño, sea a inferirlo o padecerlo

"culpable" que cargue con la pena, ampliando los diferentes supuestos existentes aferrados al secular esquema culpabilista, la culpa dejó así de ser uno de los pilares inmanentes de la responsabilidad civil, abandonando la culpa como la única forma de justificar por qué una persona debía reparar un daño en donde la culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil; cuya indemnización a la víctima no se calcula por la gravedad de la culpa, sino por la extensión del perjuicio, suprimiendo la noción de culpa del vocabulario de la responsabilidad, no persiguen el castigo de los actos injustos, sino la indemnización de los daños injustos; en donde el verdadero problema de la responsabilidad es decidir quién debe de soportar los efectos del daño una vez que éste se ha producido, exige otorgar a las víctimas de daños una indemnización justa y adecuada que repare íntegramente los daños y perjuicios sufridos; es así como el daño pasa a ser el presupuesto a partir del cual debe articularse la responsabilidad, constituyéndose el daño, como presupuesto de la responsabilidad jurídica civil, adquiriendo una gran relevancia, pues se le considera como elemento unificador de todos los supuestos de responsabilidad.

Todo este avance frente a la tesis más reaccionaria de la doctrina civilista, que pretende mantener los viejos privilegios que la ley le otorgaba a los causantes de los daños, cuyos intereses evidentemente resultaban favorecidos cuando se le exigía a la víctima la prueba de la culpa del agente, en algunos casos prueba imposible de aportar, denomina por la doctrina como "*prueba diabólica*"; la insuficiencia de la culpa como factor de atribución en la materia resulta notoria, la crisis de la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad civil, a partir del siglo pasado su evolución marca distintas etapas: desde una exigencia exorbitada de culpa, pasando por distintas atenuaciones a la teoría de la culpa - con la incorporación del concepto de culpa objetiva, las presunciones de culpa, el afinamiento del concepto de culpa-, hasta llegar a prescindir, jurídicamente, de la culpabilidad; no persiguen el castigo de los actos injustos, sino la indemnización de los daños injustos, se tiende actualmente no tanto a reparar el daño injustamente causado sino al daño injustamente sufrido, se asienta en las ideas de justicia y solidaridad, pautas que surgen de la consagración de la responsabilidad objetiva sin mediar en absoluto la culpa, resultando inaplicable el principio '*pas de responsabilité sans faute*', no hay responsabilidad sin culpa, por lo tanto la responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, cuando el acreedor recibe la indemnización, recibe lo suyo, pues ha sufrido un menoscabo; surgiendo la responsabilidad objetiva edificada sobre el "*daño*" y no sobre la "*culpa*", manteniendo el fundamento de la reparación del daño es el genérico del ordenamiento jurídico: la noción de justicia.

El autor español Fernando GÓMEZ POMAR se pregunta: "*Las herramientas diseñadas para el Derecho legislado valen de poco aquí: la averiguación de la voluntad del legislador ¿de qué sirve?; la historia de los preceptos, los conceptos dogmáticos inmutables ¿para qué valen en un contexto como el de los accidentes? Este utillaje tal vez (aunque yo tampoco lo creo, dicho sea de paso) pueda valer para ofrecer una explicación sistemática de un extenso y elaborado conjunto de normas escritas, muchas de ellas, acaso, de origen histórico remoto.*

*Pero en el Derecho de daños el escenario es bien distinto. De lo que se trata aquí es de perfilar y aplicar unas pocas reglas y principios con un alto grado de vaguedad y generalidad (negligencia, responsabilidad sin culpa, reparación integral del daño, por ejemplo) en diferentes sectores de daños en la vida social<sup>18</sup>.*

Más sin embargo, el factor de atribución es el fundamento que el Derecho elige para atribuir un daño a un hecho., estos factores pueden ser: a) Subjetivos: se vinculan con la culpabilidad y se apoyan en la reprochabilidad de la conducta dañosa del responsable, (culpa y dolo), b) Objetivos: no necesitan la presencia de la culpa, sino que basta la mera causación de un daño, (riesgo, equidad, seguridad, garantía).

La responsabilidad constituye una categoría común en todos los órdenes jurídicos: civil, penal, administrativo-sancionador, fiscal, seguridad social, etc.; anotando que el Derecho penal, *última ratio*, únicamente se puede destinar para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más intolerables y además allí donde las otras ramas jurídicas no pueden salvaguardar eficazmente los intereses dignos de amparo. El Código Civil determina que los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier tipo de culpa o negligencia conllevan en el sujeto la obligación de reparar o indemnizar dicho daño, esto es la responsabilidad.

O desde el daño reparable, el listado es infinito, veamos una muestra, partiendo de los más comunes: Daños a las personas. Daño económico: muerte e incapacidad sobreviniente. Daño físico. Lesiones personales, lesión estética. Estado vegetativo. Daño moral. Psicológico. Neurológico. Daños a los derechos personalísimos y los actos discriminatorios. Daños al patrimonio: tangible e intangible. Daños derivados de los principios generales del derecho. Daños derivados de las relaciones de consumo. Bancos de datos e informática. Medios de difusión masiva. Accidentes entre automotores, motos y bicicletas y con peatones. Rubros indemnizables; daño emergente; lucro cesante; pérdida de oportunidad (chance), daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida. Daños derivados de la ecología y medio ambiente. Daños derivados de la actividad profesional. Daños derivados de establecimientos educacionales y asistenciales. Agencias inmobiliarias. Administradores de consorcio. Empresas de seguridad. El contrato de Seguros. Responsabilidad civil del Estado. Responsabilidad civil de los profesionales. Responsabilidad civil de las entidades financieras. Daños causados por la prensa y medios de comunicación, responsabilidad en la obras civiles, etc., etc. De otro lado, la influencia de la acción penal sobre la civil, el Derecho probatorio, la prescripción de la acciones, los legitimados activos y pasivos, Antijuridicidad. Relación de causalidad. Factor de atribución, últimamente el estatuto del consumidor, el Código General del Proceso y reformas por venir.

---

<sup>18</sup> GÓMEZ POMAR, Fernando, La salud del derecho de daños en España, Working Paper N°: 136, Barcelona, abril de 2003, tomado de [www.indret.com](http://www.indret.com)

El derecho de la Responsabilidad Civil constituye una rama del Derecho civil, modernamente Derecho de Daños, se destaca por su constante evolución. Ello no solo obedece a la extensión de su ámbito material, debido a la multiplicidad de los daños y de sus agentes causantes, sino también a su repercusión social, lo que origina novedosos problemas y que la respuesta de los distintos órganos judiciales a los mismos no sea unívoca. Actualmente el Derecho de Daños, la responsabilidad civil, constituye un mecanismo adecuado de reparación del daño tanto en su doble vertiente de responsabilidad contractual o extracontractual, siendo en esta segunda donde se plantean las mayores disquisiciones doctrinales sobre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo, es decir, responsabilidad extracontractual subjetiva u objetiva,

De otra parte, la realidad social no es la misma y el derecho no puede permanecer distante; es por ello que se abre paso a una nueva concepción del derecho, el Derecho de Daños, fundada en lo que se ha llamado la era del daño bajo la premisa de la no causación dañina, lo contrario sería conceder el derecho a causar daño; corresponde, efectivamente, a una necesidad que escapa de cualquier dosis de romanticismo jurídico y se enmarca perfectamente en la necesidad de una realidad legal que no puede esquivar la exigencia que impone el convivir de la comunidad.

La expresión “*responsabilidad civil*” no significa responsabilidad residenciable ante la jurisdicción civil, sino simplemente responsabilidad no criminal, sin prejuzgar la naturaleza (contractual o extracontractual), ni la jurisdicción competente civil, administrativa e incluso laboral.

Hasta no hace mucho tiempo el tema central de la responsabilidad civil era el castigo al agente o culpable de las consecuencias del daño, mientras que la víctima ocupaba un lugar secundario dentro de la institución. En los días que corren es la reparación de las consecuencias del daño a la víctima, sean ellas patrimoniales o extrapatrimoniales, o ambas, las que ocupan un lugar de privilegio en el sistema. De ahí que se aluda a un “*derecho de daños*” o, mejor aún, a un derecho de reparación de las consecuencias de los daños, siendo uno de sus mejores exponentes el español LuíS DÍEZ-PICAZO<sup>19</sup>, de quien el autor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO en su artículo “*El ‘Derecho de Daños’ en el umbral de un nuevo milenio*” del año 2011 expresa

“Es interesante anotar la posición asumida por DÍEZ-PICAZO en lo que atañe a la evolución de la responsabilidad civil. El autor opina que *‘el derecho de la responsabilidad civil o Derecho de daños se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a un acierta dosis de restricción’*”. Es decir, interpretando su admonición, se debe encontrar el justo equilibrio entre audaces propuestas y la

---

<sup>19</sup> DÍEZ-PICAZO LuíS, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 19

necesaria cautela que es de rigor en materia tan sensible y delicada como es la responsabilidad civil o Derecho de Daños.

“DÍEZ-PICAZO considera que la ‘indefinición’ a la que alude se demuestra, en España, ‘en las vacilaciones de la jurisprudencia y de los tribunales y en las dificultades que hoy existen para encontrar una correcta delimitación del fenómeno y para solucionar sus problemas centrales’. Y, agrega al respecto que, ‘por eso, parece necesario o, al menos, conveniente, **replantear desde sus raíces** las cuestiones que en esta rama del Derecho privado se encuentran implícitas y hacerlo desde una perspectiva metodológica que ponga en juego todos los criterios de que hoy es posible disponer”<sup>20</sup>.

“En relación con lo anotado por el maestro DÍEZ-PICAZO, cabe señalar que la situación por la que atraviesa la doctrina y la jurisprudencia española es diferente a la italiana donde muchos de los problemas que suscita el cambio que se evidencia en el Derecho en materia de responsabilidad civil se han ido solucionando paulatinamente. Muestra de ello es la aceptación, casi general, del “daño a la persona” bajo algunas de las diversas etiquetas que a él se refieren.

“La situación de crisis por la que atraviesa la institución de la responsabilidad civil o Derecho de Daños se evidencia a través de lo expresado por el maestro español en el sentido de que se debe ‘replantear desde sus raíces’ las cuestiones que se hallan implícitas en esta rama del Derecho. La mayoría de las autorizadas voces en la materia coinciden en la formulación de este requerimiento que, por lo demás y como lo hemos señalado, se halla en pleno proceso de estudio. El replanteo que se viene efectuando no es exclusivo de la responsabilidad civil sino que se extiende a otras importantes instituciones jurídicas”<sup>21</sup>.

Por lo expresado, el Derecho de Daños se encuentra en un histórico momento de transición que el autor español denomina “indefinición” entre dos épocas, cada vez con más arraigo y transformación de las figuras clásicas del derecho, como la inveterada concepción de culpa.

Además de la función indemnizatoria el nuevo derecho de daños tiende no sólo a reparar los daños ya ocurridos, sino a prevenir los futuros, siendo indudablemente preferible evitarlos que repararlos, la participación del Estado es muy importante; sólo los instrumentos que suprimen las fuentes de peligro, o de daño, resultan idóneos para satisfacer globalmente a los grupos sociales que en estos casos se encuentran interesados en forma colectiva; pretendiendo por la socialización del riesgo con políticas de aseguramiento globales y la conformación de fondos que garanticen la reparación de las víctimas sino plena por lo menos parcialmente; junto a la sanción penal debe ir necesariamente la respectiva indemnización.

"Estaba bailando y lo último que recuerdo es que un tipo empezó a disparar al aire, muy borracho, para celebrar la Navidad -narra John-, quien luego de tres años todavía tiene en su cuerpo la bala que lo dejó cuadripléjico. Me desperté en la

---

<sup>20</sup> *Ibidem* pág. 19

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos, “El ‘Derecho de Daños’ en el umbral de un nuevo milenio” tomado de Internet, 4 de enero de 2011

camilla de un hospital y no podía moverme. Me dijeron que habían pasado tres días y que había quedado invalido"<sup>22</sup>.

Dice el joven de menos de 20 años de edad, deportista, quien había ganado tres campeonatos de microfútbol. La persona que festejo de esta manera, cuyo resultado no se lo representó ni tuvo intención de causar daño, es condenado a 11 años de cárcel, condena que es ratificada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2010.

En el 2008 el juez de primera instancia le impuso una condena de 20 años de prisión por el delito de tentativa de homicidio agravado. Los testimonios de varios asistentes a la fiesta -que afirmaron que el hombre intentó escapar después del incidente- fueron claves durante el juicio. Sin embargo, la decisión del Juzgado 32 penal del circuito fue apelada y llegó al Tribunal Superior de Bogotá, que cambió el delito a tentativa de homicidio simple. La pena pasó de 20 a 11 años. En un nuevo intento por tumbar la condena, el implicado interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, argumentando que los testigos en su contra eran poco confiables, pues habían consumido licor esa noche de Navidad. La Corte desechó el recurso y dejó en firme la condena de 11 años de prisión, "*(el implicado) plantea su propia valoración de las pruebas (...) No expresa argumento alguno que haga evidente cuál fue el error cometido por el Tribunal (...) Es una demanda carente de los mínimos requisitos para la impugnación*", consideró la Corte.

Casos de balas perdidas cada vez más frecuentes, tanto de los particulares (atraco callejero) hay disparos e impacta a una persona que no hace parte de los hechos.

Desde el Derecho de Daños, el Estado debe ir más allá de la sanción penal, el satisfacer una indemnización, inicialmente por el implicado que de tener medios económicos lo hará, pero en los caso de balas pérdidas que no se encuentra al causante, que de ser un ente del Estado se ejercita la acción directa pero si es una persona del común, el Estado debería responder por medio de un fondo, similar por ejemplo a cuando el responsable es un "*vehículo fantasma*", con mayor razón si el Estado condena a una persona, y de ser insolvente, debe indemnizarse por cualquier medio, la sola sanción social, es insuficiente; de otra parte, el artículo 489 del CPP habilita al Juez competente que vigila el cumplimiento de las condiciones de las que depende la suspensión de la ejecución de la pena, para autorizar al condenado a seguir disfrutando de dicho beneficio cuando acredita la incapacidad material de indemnizar a las victimas por insolvencia económica, situación que de ninguna manera puede confundirse con la actitud negativa y reticente a resarcir los daños y perjuicios

---

<sup>22</sup> Tomado del Tiempo, Casos de condenas por balas perdidas, 08 de Enero del 2011

ocasionados con el delito cometido, cuando cuenta con los medios requeridos para tal fin.

Podría incluirse, como una propuesta para dar inicio al proceso de reflexión y de consecuente construcción del derecho de daños por medio de principios rectores, el criterio de equidad, aplicado por la jurisprudencia nacional, la responsabilidad objetiva como régimen aplicable a la actividades peligrosas; la acumulabilidad de la acción personal y la acción hereditaria, la imputación objetiva, el reconocimiento de la reparación integral, el criterio de equidad, la carga dinámica de la prueba, entre la multiplicidad de principios que integrarán el marco de la responsabilidad civil, bajo el manto del Derecho de Daños. Sin abandonar el paradigma que se focaliza en el deber de responder por el daño y fundamentándose en una clasificación preexistente de Matilde ZABALA, los autores argentinos TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA sostienen que la evolución de lo que conocemos como Responsabilidad Civil puede esquematizarse en nueve hitos pasos o hitos. A saber:

1. De la venganza a la reparación del daño
2. Desde la causalidad material a la responsabilidad subjetiva
3. Desde la culpabilidad como paradigma excluyente hacia un esquema bipolar donde la culpa comparte el escenario con el riesgo creado y otros factores objetivos de atribución.
4. Desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido.
5. Desde una concepción patrimonialista del daño hacia otra personalista
6. Desde la responsabilidad individual hacia las responsabilidades colectivas.
7. Desde el individualismo hacia la solidaridad.
8. Desde un derecho a seguir daño, mientras se paguen los daños, hacia el rotundo no a la causación del daño.
9. Desde un derecho resarcitorio clásico al Derecho de Daños que se complementa con fondos indemnizatorios y otras herramientas no tradicionales<sup>23</sup>.

Entre otros autores, supo advertirlo André TUNC, nada menos: el sistema de responsabilidad civil clásico, será confinado a una función residual, ocupándose de incidencias menores y siendo reemplazado paulatinamente por sistemas públicos de compensación<sup>24</sup>. Por nuestra parte, nos permitimos observar que cada uno de las etapas de evolución señalada por estos autores, ha servido para consolidar definitivamente alguno de los ejes conceptuales por lo que el Derecho de Daños, exhibe los modos de su construcción continua en la actualidad, cada vez con mayor aceptación y aplicabilidad en nuestro medio. Aunado a la

---

<sup>23</sup> TRIGO REPRESAS, Feliz y LOPEZ MESA. Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo I, pág. 18 y ss, con nota de Matilde ZABALA de GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de Daños, tomo 4, pág., 79 y ss.

<sup>24</sup> TUNC, André *La responsabilité civile*, sin datos traductor, Edición Económica, Paris, Francis, pág. 177 y ss

sustitución antológica en las herramientas del daño es un dato cierto que conmueve los esquemas propios de todas las incumbencias jurídicas.

## A. DERECHO DE DAÑOS (Responsabilidad Civil)

*“El derecho de daños se cuele por los poros de cualquier controversia jurídica, es transversal en todas las acciones que se incoen”*

Fernando Reglero Campos

### 1. ¿Qué es el Derecho de Daños?

El Derecho de Daños pretende ofrecer, por una parte, un estudio riguroso y profundo de las transformaciones sufridas en el derecho civil, sus paradigmas actuales y las perspectivas de futuro, en relación con sus elementos sustanciales: daño, imputación, causalidad y reparación. Y por otra parte, una panorámica de la fenomenología de los daños y su distinto tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia foránea como nacional.

De esta manera la responsabilidad civil se consagra como una de las materias más vivas del Derecho Civil en este momento, que ha dado lugar a la creación del Derecho de Daños, que ha provocado la evolución en los últimos años de los principios clásicos de la responsabilidad civil, culpa y riesgo, y que tiene como función prevenir los comportamientos antisociales, determinar las indemnizaciones de las víctimas, la socialización del riesgo y, fundamentalmente, garantizar los derechos de los ciudadanos. Hay principios comunes: por ello, los autores prefieren hablar de “*derecho de daños*”, con el deliberado propósito de desarrollar una teoría general de los daños, independiente de quien los cause, y no de “*responsabilidad civil*”, denominación atada al derecho privado.

El derecho civil, así cómo todas las ramas del derecho no es un cuerpo estático sino que, a nuestro entender, todas sus áreas se presentan como ciencia dinámica, pues ellas responden a enmarcar conductas humanas que evolucionan varían y se mueven, por lo tanto el derecho cambia, incluso sin que la ley lo haga, el procedimiento de interpretación de la norma, no solo fija su sentido y alcance en un caso particular, sino que también lo hace en una época y un lugar, interpretación que claramente varía según lo hace la sociedad que se rige por la ley, así como también lo hace la doctrina y finalmente la jurisprudencia que cuando proviene de los tribunales superiores de justicia fija, de cierta manera precedentes, sin que sea obligatorio acatarlos, produce un efecto en los tribunales menores, algo así como una persuasión moral.

La moderna concepción del derecho de daños posa su atención en la víctima en lugar del victimario. Por ello, la preocupación actual no es castigar sino reparar y en esta tesitura se debe procurar la reparación del daño injustamente sufrido en vez del injustamente causado,

Transformaciones que se originan en lo cuantitativo, dada la “*explosión*” de reclamaciones que verdaderamente han inundado los juzgados y tribunales, la ingente jurisprudencia que ello conlleva, y la monumental cantidad de trabajos y

estudios doctrinales sobre el tema (en especial en España y Argentina); y en lo cualitativo, por los cambios que las exigencias sociales y la creciente depuración técnica han introducido en el tratamiento de la temática. Tan es así, que se ha dado lugar a toda una disciplina, el Derecho de Daños que, sin perjuicio de su raíz y vocación indiscutiblemente civil, goza ya de cierta autonomía y acogida en nuestro país, siendo imperioso actualizar y renovar el Código Civil y crear la Ley de Seguros básicamente. Esta construcción teórica busca, en principio, establecer una especie de jerarquía entre las distintas funciones que se le atribuyen a la responsabilidad civil: indemnizatoria y sancionatoria –con sus dimensiones: retributiva y, o de pena privada, y preventiva-<sup>25</sup>

El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo; a su vez, en el Derecho Civil moderno el daño –no la culpa-, como presupuesto de la responsabilidad jurídica civil, ha adquirido una gran relevancia, pues se le considera como elemento unificador de todos los supuestos de responsabilidad y en ese sentido ha comenzado a conformarse lo que muchos autores, entre ellos el español LUÍS DÍEZ PICAZO, denominan “*Derecho de Daños*”<sup>26</sup>.

“En esta disciplina hay que recordar de los viejos maestros como Carnelutti ‘*El Derecho de hoy no es el Derecho de ayer*’, y también las de Portalis de que las leyes se hacen con el tiempo, más en verdad no acaban de hacerse nunca. Es cierto que todos los que nos dedicamos al moderno Derecho de Daños, hemos comenzado estudiando Responsabilidad Civil, y más cierto es que siempre tenemos presente la Regla Romana del *neminem laedere* que siempre sale en nuestra ayuda para captar todos los actos perjudiciales a fin de hacer reinar el orden y la equidad en la sociedad”<sup>27</sup>.

Es así como “*la responsabilidad civil abarca un campo extensísimo de la realidad social y económico cuyas fronteras están todavía por descubrir, pues no hay relación jurídica que pueda considerarse ajena a la idea del daño*”<sup>28</sup>. El texto transcrito, recogido en la contraportada del libro “*Tratado de Responsabilidad Civil*” del español Fernando REGLERO CAMPOS, expresa una idea en que los juristas

---

<sup>25</sup> COLEMAN J., y MENDLOW G., Las teorías del derecho de daños, 2010, (trad. de M. Aramburo, en Responsabilidad Civil y del Estado, No. 27, pág. 31-81

<sup>26</sup> DÍEZ PICAZO LUÍS, en su libro *Derecho de Daños* insiste en la idea de la configuración del Derecho de daños. DÍEZ PICAZO LUÍS: *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, S. A, Madrid, 1999.

<sup>27</sup> XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Argentina, “*Homenaje a los 180 años de la universidad de la responsabilidad clásica al derecho de daños*”, ponente Lidia M. R. Garrido Cordobera

<sup>28</sup> REGLERO CAMPOS Fernando (coordinador), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2002, con 1552 páginas, (la edición, año 2004, en la que se incorporan las últimas tendencias, tanto nacionales como internacionales, legislativas y jurisprudenciales, producidas en el ámbito del Derecho de daños en los dos años escasos transcurridos desde la anterior edición con 2272 páginas).

están de acuerdo que el derecho de daños se cuele por los poros de cualquier controversia jurídica, es transversal en todas las acciones que se incoen, no hay litigio al que el derecho de daños sea ajeno; basta echar una ojeada a los repertorios jurisprudenciales de cualquier país, incluido el nuestro, para constatar, no sólo la abundancia de sentencias que versan sobre cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil, sino la pluralidad de conflictos que pueden originar la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios.

El Derecho de Daños o sistema de responsabilidad civil, aunque tiene una función prioritariamente de resolver conflictos entre sujetos y de prevenir en materia de riesgos, está repartido en diferentes normas, incluso de diferentes sectores del ordenamiento jurídico, y es aplicado por las diferentes jurisdicciones. Hay textos civiles, leyes penales, normas administrativas, normas de carácter laboral, etc. Esto crea un panorama de complicación, así como un problema de ajuste normativo y de competencia jurisdiccional.<sup>29</sup>

Sobre este último aspecto hay una jurisdicción administrativa especializada, que ha tratado históricamente y, acaso de modo aún más claro recientemente, que absorba todos los asuntos donde una Administración es demandada por su responsabilidad patrimonial, la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa considera la contencioso administrativa como la competente, y nunca las jurisdicciones civil o penal. Por otro lado, existen normas de responsabilidad civil en el ámbito laboral, que es uno de los principales sectores de siniestralidad. Finalmente, existe un conjunto de normas sobre responsabilidad civil en los textos penales, básicamente el Código de Penal, que regula la responsabilidad civil derivada del delito o falta. Tradicionalmente, esta responsabilidad condujo al problema conceptual sobre si la responsabilidad civil derivada del delito era diferente de la responsabilidad civil del Derecho de daños.

En síntesis la responsabilidad constituye una categoría común en todos los órdenes jurídicos, civil, penal, administrativa, fiscal, social, etc.

En otros términos *“el Derecho de daños es o debiera ser en realidad un derecho transjurisdiccional, ya que en todos los ámbitos del Derecho se debe entrar a juzgar sobre los perjuicios causados y su resarcimiento. Ya sea en lo civil, penal, social o en lo contencioso-administrativo los juzgadores se enfrentan a un mismo mandato: una vez determinada la existencia de un daño y su atribución causal a una persona, debe procederse a su valoración y fijar una cifra, con la peculiaridad de que debe dejar ‘indemne’ a la víctima. En principio no debería haber diferencia, pero la hay”*<sup>30</sup>. Aun reconociendo los avances conseguidos en los últimos veinte años en el Derecho de Daños, es esta, quizás, una de las mayores faltas de sintonía que perviven en el manejo diario de esta área de práctica. No todo es

---

<sup>29</sup>

<sup>30</sup> CALDERÓN PLAZA, Óscar, Los Derechos Existenciales y la Valoración del Daño, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista N° 39, 3er trimestre año 2011

achacable a una normativa incompleta o poco elaborada, el juez tiene un deber interpretativo, de no ser así, nunca se hubiera llegado a conceptualizar la culpa objetiva u objetivación de culpa, ya que el objeto de estudio tiene una complejidad y casuística difícilmente abarcable y un innegable afán expansionista propiciado por el rápido avance de la sociedad actual que motiva una conciencia ultrasensible al perjuicio propio.

Se puede decir que tiene como funciones, primero, ser un instrumento de regulación social mediante la prevención que es indispensable y primordial (algo que no ocurría casi en la Responsabilidad Civil), y lograr la indemnización a las víctimas mediante la aplicación de los daños resarcibles, la socialización de riesgos, el aumento de las legitimaciones activas y pasivas, el aumento de los factores de atribución de responsabilidad, la certeza en el cobro de la indemnización y su prontitud; que los esquematiza en tres pilares del derecho de daños.

## 2. Origen del Derecho de Daños

El Derecho de Daños como teoría en general se basa en que *“el fin perseguido es la construcción de una buena teoría, y, al efecto, opera una selección de problemas. En el segundo, el objetivo es la solución de problemas y, al efecto, opera una selección de teorías. En el primero, las doctrinas se construyen desde la dogmática y sientan criterios con que resolver una serie de casos que a menudo carecen de trascendencia jurisprudencial. En el segundo, las teorías se elaboran a partir de un problema real, y proporcionan criterios para resolver buena parte de las cuestiones causales con que lidian en la actualidad los jueces y tribunales”*<sup>31</sup>, abandonando posturas absurdas como la concebida hace dos mil años, cuando, según el derecho Romano, el dueño de un esclavo atropellado por un auriga (cochero) debía indemnizar por los daños a los caballos.

El Derecho de Daños desde una óptica práctica es un cambio de enfoque, en donde el daño adquiere tal importancia que actualmente hablamos de un *“derecho de daños”*, dejando de lado la tradicional denominación de *“responsabilidad civil”*, o la expresión *“según la teoría de la indemnización”*; pero ese cambio de expresiones o de palabras, no es sólo una mutación semántica, *“sino que implica un cambio de lentes en el microscopio de la teoría del responder, que de enfocar al autor del daño (daño injustamente causado) pasa a observar a la víctima del mismo (daño injustamente sufrido)”*<sup>32</sup>; de otra parte, la transformación del Código Civil que: *“Nunca, como sucede en los últimos años, la idea tradicional del derecho*

---

<sup>31</sup> MEDINA ALCOZ Luis, *“Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, No. 30, Segundo Trimestre, año 2009

<sup>32</sup> PIROTA Martín Diego, Responsabilidad por daños derivados del peaje, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pág. 77

y, más ampliamente, de los restantes, había sido sometida a una disfunción tan vehemente y progresiva”<sup>33</sup>.

La función de la responsabilidad civil no se agota con la reparación, sino que con igual jerarquía axiológica se le suma la prevención y hasta la punición.

El moderno derecho de daños es, por sobre todas las cosas, un producto de los avances de la ciencia del derecho. Numerosas instituciones del moderno derecho resarcitorio no surgen de la letra de la ley (Códigos y leyes complementarias), sino que son creaciones de la doctrina y la jurisprudencia; “es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole –afirma el Consejero de Estado, Dr. Enrique Gil Botero- que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la ‘constitucionalización del derecho de daños’, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil”<sup>34</sup>.

Algunos autores prefieren cambiar la denominación de responsabilidad civil por “teoría general de la reparación del daño”, no como mero formalismo, sino con el fin de desprenderse de prejuicios para así abrir los ojos a la realidad y elaborar una nueva teoría cuyo epicentro sea el daño. Esta postura no se sitúa sólo del lado del responsable que recibirá una sanción sino del acreedor que reclama la indemnización, sin que exista muchas veces un “culpable” que cargue con la pena; sin embargo<sup>35</sup>, otros autores opinan que la expresión responsabilidad civil puede ir referida tanto a los actos lícitos como a los ilícitos, sin distinguir en estos últimos que la imputación sea a título subjetivo u objetivo; entienden que no hay razones históricas ni filológicas para llegar a la conclusión de que la noción de responsabilidad se debe ligar exclusivamente a la culpa, por ende, la responsabilidad civil supone el deber que pesa sobre una persona de reparar el daño injusto ocasionado a otra<sup>36</sup>

En definitiva, otras nuevas formas de causación y también otras nuevas formas de atribución de daños que, antes, quedaban sin resarcir por desconocimiento de su etiología, vinculación causal, autoría o incluso modo de reparación (especialmente en caso de daños masivos y colectivos).

---

<sup>33</sup> “La actualidad del Derecho Civil” por William Namen Vargas, Magistrado Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, artículo de la Revista Judicial No. 22 de Septiembre 2008.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 76001-23-24-000-1997-03977-01(20480), Aclaración de voto del Dr. Enrique Gil Botero

<sup>35</sup> MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ Graciela Nora, La responsabilidad civil en la era tecnológica, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pagina 20-22

<sup>36</sup>TRIGO REPRESAS y STIGLITZ (dirs.), Derecho de daños, Buenos Aires, La Rocca, 1989, (obra en homenaje al profesor Mosset Iturraspe), pagina 141.

Es una reflexión sobre el mantenimiento o cambio en la forma de implementar y orientar la responsabilidad civil en sus diferentes ámbitos; o sobre la necesidad de ampliar los diferentes supuestos existentes aferrados al secular esquema culpabilista, y el espíritu forjado por una sociedad mucho más sensible a los intereses de las víctimas y mucho más expuesta a los riesgos y los daños, y por ello, abiertamente proclive a modelos objetivos de responsabilidad, dado que los viejos odres resultaron insuficientes para contener soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes.

“En un primer momento se abordaba el tema con normas moldeadas como expresión de la filosofía individualista, que centraba la óptica de la responsabilidad en el elemento subjetivo de atribución ‘*dolo o culpa*’, pero la realidad condujo a la eliminación del carácter absoluto de la idea de la culpa; el régimen de la responsabilidad civil no puede –en el derecho moderno– basarse exclusiva y excluyentemente en el factor subjetivo<sup>37</sup>

Debe tenerse presente que *"la revisión del sistema de la responsabilidad civil no significa dar vuelta a las cosas, ni destruir los cimientos para edificar de nuevo. Significa ampliar las fronteras de la responsabilidad civil [...] Más allá de la culpa, sin [excluirla]; más allá de la responsabilidad civil, sin desecharla"*<sup>38</sup>.

No es la influencia extranjera injustificada en la jurisprudencia, ni una importación de conceptos por estar a la moda, sino la adecuación del ordenamiento a las exigencias sociales actuales, reales, y no a la realización de una justicia inconsulta de los fenómenos sociales que se desarrollan; a su vez, la doctrina, como siempre, atenta del desarrollo conceptual de los ordenamientos, y en ocasiones, con observancia de la dinámica social de los mismos, ha sido la principal propulsora de los cambios e innovaciones en los diferentes sistemas, ella ha sido la artífice de la atribución de nuevos significados a los conceptos, de nuevas perspectivas; gracias a ella se ven nuevas aristas, nuevos enfoques, se pasa de situaciones indefinidas a concretas, de la posición anacrónica a la de vanguardia, siempre acorde al desarrollo socioeconómico de un país.

Desde un panorama amplio y pretérito, en un principio, el instituto de la responsabilidad partía de la idea de que cada sujeto debía cargar con sus propios daños como lo señala Luis DÍEZ PICAZO: *"la conciencia imperante en la época de la Codificación, conforme a la cual el daño se veía como un castigo de Dios por los pecados cometidos o como prueba del temple del alma de la víctima, parece cambiar a raíz de la Revolución Industrial. A partir de ese momento la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social. Se impone, como una exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una*

---

<sup>37</sup> GARRIDO CORDOBERA Lidia María, La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad, Revista Universitas. Bogotá (Colombia), N° 118:15-30, enero-junio de 2009

<sup>38</sup> BUSTAMANTE ALSINA Jorge, Responsabilidad civil y otros estudios, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, página 235.

*defensa más vigorosa a la persona*",<sup>39</sup> víctima o perjudicado. Esto se convierte en una búsqueda sistemática de un responsable.

En donde la responsabilidad civil se concebía como una excepción dado que debía demostrarse la culpa del causante, el comportamiento culpable; sin embargo, estas ideas comenzaron a tambalearse ya con la Revolución Industrial; el cambio económico-social, el paso de una economía rural a otra industrial y las nuevas fuentes potenciales de peligro llevaron a considerar insuficiente la culpa como criterio para atribuir la obligación de responder a un determinado sujeto.

Si bien en esa época la responsabilidad civil la culpa era la única forma de justificar por qué una persona debía reparar un daño causado en donde *"no es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil con que haya sufrido un perjuicio el demandante ni con que se haya cometido culpa por el demandado. Debe reunirse un tercero y último requisito: la existencia de un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño: se precisa que el daño sufrido sea la consecuencia de la culpa cometida"*<sup>40</sup>.

Difícilmente se podía buscar al culpable, por ejemplo, cuando el daño había sido producido, en esa época, por una máquina que funcionaba automáticamente por vapor; situación injusta lo cual surge la responsabilidad objetiva (el obrero no tiene que probar la culpa del patrón, sino exclusivamente que el accidente ocurrió con motivo o a causa del trabajo), junto a factores como la educación científica, el avance tecnológico, la progresiva secularización de la población, abandonando la creencia que se atribuyen los daños sufridos al Destino, derivó en un paulatino cambio de la mentalidad social, que pasa a centrar su atención no ya en la reprobabilidad de un comportamiento, sino en la necesaria reparación del daño sufrido por la víctima, esta es la esencia del Derecho de Daños, a partir de aquí, en la percepción social, la responsabilidad civil pasa a ser la regla, y la asunción del propio daño, la excepción, se instaura progresivamente un principio de favorecimiento a la víctima, que se manifiesta, en la pretensión de reparar los daños o perjuicios que sufra una determinada persona tanto patrimonial como extrapatrimonialmente, con lo que la responsabilidad parece asumir nuevas funciones en la percepción social, la culpa dejó así de ser uno de los pilares inmanentes de la responsabilidad civil y por ello desapareció la forma tradicional de concebir la responsabilidad exclusivamente bajo su égida.

Como consecuencia de este principio del Derecho de Daños de favorecimiento de la víctima, el daño pasa a ser el presupuesto a partir del cual debe articularse la responsabilidad y, lo que es más interesante, el propio concepto de daño se amplía concibiendo nuevos daños, el incremento de daños resarcibles implica correlativamente, la ampliación de la legitimación por activa, frecuentemente se

---

<sup>39</sup> DÍEZ PICAZO Luis, "La responsabilidad civil hoy", 1979, ADC, pág. 728

<sup>40</sup> MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, Tomo segundo volumen II, pagina 1.

otorga acción con alcances mayores que los tradicionales; *“la reacción que se advierte en pos de delinear nuevas situaciones indemnizatorias, satisface criterios de justicia compatibles con la denominación ‘Derecho de Daños’, que va desplazando a la tradicional ‘responsabilidad civil’, ..., los nuevos daños jurídicos que se van evidenciando y sincerando cada día en el mundo del Derecho, contribuyen a superar forzadas interpretaciones basada en criterios eufemísticos”*<sup>41</sup>; así, en un primer momento, a comienzos del siglo XX, se admite la indemnización del daño moral y, posteriormente, se van admitiendo nuevos tipos y formas de daños, a partir del manejo de un concepto reevaluado de daño como lesión a un interés jurídicamente protegido; *“El daño es entonces la fuente de la cual surge la obligación que determina la reparación del perjuicio”*.<sup>42</sup>

El profesor Andrés CRUZ MEJÍA de la Facultad de Derecho de la UNAM (México) sintetiza:

“Ahora bien, para la segunda mitad del siglo XX, se produce un desarrollo inusitado en la doctrina de la responsabilidad civil. Se habla ya de un derecho de daños como centro nervioso del derecho privado; se abandona la vieja teoría de la culpa al volver la mirada hacia la víctima, preocupándose más por la reparación que por la búsqueda de culpables; se hacen interesantísimos estudios sobre los costos económicos de los daños y las diversas formas de enfrentarlos; se identifica como función esencial de la responsabilidad civil la distribución de los infortunios; se intenta una distribución social de los daños, destacando la importancia de la seguridad social y la creación de fondos de reparación; los seguros toman un papel relevante en la reparación de daños en la sociedad actual; crece la nómina de los daños reparables y se descodifica la materia al no encontrar posibilidades de desarrollo en el molde estrecho de la legislación civil. El intenso crecimiento de daños y de situaciones de riesgo en las sociedades altamente tecnificadas de la época posindustrial nos obliga a concluir que es momento de repensar sobre nuevas estructuraciones normativas que den respuesta a la necesidad urgente de la sociedad para enfrentar el fenómeno del daño”<sup>43</sup>.

Al respecto el profesor Gilberto MARTÍNEZ RAVE se pregunta:

“¿Por qué no se invierten los papeles como ya lo indicamos anteriormente? ¿Por qué no presumir la culpa del causante y dejar sobre él la carga de destruir esa presunción que nace de la comisión o imputación física del hecho dañoso? ¿Y por qué dejar al perjudicado o lesionado la carga de demostrar un elemento subjetivo, relativo, gaseoso y difícil, como es la culpa, si él fue la víctima del hecho dañoso y no participó en su realización? ¿Acaso no se viola la constitución Política cuando se presume inocente civil a quien causo el daño y responsable a quien lo sufre, si

---

<sup>41</sup> DE ANGEL YAGÜEZ Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Cívitas-U.D., 3ra. edición, Madrid, 1993, página 131.

<sup>42</sup> PLANIOL Marcelo y RIPERT Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VI. Las Obligaciones. Primera Parte. Ed Cultural S.A. Habana. Pág. 13.

<sup>43</sup> CRUZ MEJÍA Andrés, “La responsabilidad civil en el Código Napoleón. Las bases de su estructura dogmática”, artículo de la Revista Latinoamericana de Derecho, Universidad Autónoma de México, UMAN, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UMAN, año 2005

aquella garantiza la efectividad de los derechos desconocidos al perjudicado y no los del causante?”.<sup>44</sup>

Y analizando la culpa expresa:

“En síntesis, en nuestros tribunales se ha exigido la prueba de la culpa del causante, como norma general, con excepción de las presunciones que consagran los artículos 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2353, 2355, 2356 del Código Civil, manteniendo la creencia general de que la culpa la debe probar el perjudicado pero exceptuando los casos que contempla la ley como presunciones.

“Pretendemos que las excepciones se conviertan en norma general por ser una solución justa y equitativa. No hay necesidad de forzar la interpretación de las normas sino adecuarlas a los nuevos conceptos de solidaridad, equidad y justicia que consagra la Constitución Política de 1991”<sup>45</sup>.

Y en su clásico texto en la undécima edición de Responsabilidad Civil Extracontractual, esta vez en conjunto con Catalina MARTÍNEZ TAMAYO del año 2003, amplía su posición, así:

“Parece atrevida esta tesis de la responsabilidad con tendencia objetiva para Colombia, pero es tan lógica, jurídica y equitativa, si la miramos desde el punto de vista del perjudicado, que bien vale la pena insistir en ella, no obstante que somos conscientes de la incomprensión y resistencia que puede crear en quienes siempre miran, ha mirado y seguirán mirando estos problemas de la responsabilidad civil extracontractual desde el punto de vista del causante, a quien pretenden favorecer por encima de los derechos de quien sufre el daño.

“¿Por qué se ha mirado estos problemas desde el punto de vista del patrimonio del causante y se ha exigido, para cargar a su patrimonio las consecuencias económicas de sus hechos, la prueba de la culpa? ¿Por qué se ha exigido que para ser responsable civilmente debe establecerse un vínculo subjetivo entre el hecho y la voluntad o ‘*error de conducta*’ del causante? La única explicación resulta de la confusión manifiesta entre las responsabilidades penal y civil, los principios que las rigen y sus consecuencias, por cuanto la presunción de inocencia que consagra la Constitución Política y las leyes en el ámbito penal, por ninguna parte aparece consagrada, ni constitucionalmente ni civilmente, la presunción de inocencia civil.

“¿Por qué se ha desprotegido el patrimonio del perjudicado cuando de acuerdo con la Constitución Política y las leyes es quien merece y debe recibir la protección del Estado que le garantiza la efectividad de sus derechos según la Constitución? ¿Por qué, si soporta las consecuencias de un hecho cometido por otra persona se le obliga a demostrar que el causante cometió un ‘*error de conducta, una culpa*’? ¿No es acaso suficiente prueba de su derecho, el daño recibido? ¿Por qué si el causante no actuó con ‘*error de conducta*’, es decir, con culpa, tiene el perjudicado que cargar con las consecuencias? Si el perjudicado no cometió ningún error y no causó ningún

---

<sup>44</sup> MARTINEZ RAVE Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, 10ª. Ed. Editorial Temis, página 200

<sup>45</sup> MARTINEZ RAVE Gilberto, ob. Cit. Pág. 586.

daño. ¿Por qué tiene que sufrir las consecuencias patrimoniales del hecho dañoso cometido por otro, así lo haya ocasionado sin culpa?

“Nadie esta obligado a asumir las consecuencias patrimoniales de los hechos dañosos, sino cuando estos provienen de fuerzas de la naturaleza o de hechos no imputables directa o indirectamente a otra persona. ¿Por qué se le obliga al perjudicado a asumir las consecuencias de hechos cometidos por otros (aunque sea sin culpa), o por personas que están bajo la dependencia de otras o por cosas de las cuales sus dueños ostentan todos los derechos que da la propiedad?

“En la época que vivimos se hace necesario modificar esa posición que equivocadamente, creemos nosotros, ha venido sustentándose por los defensores acérrimos de la posición subjetiva de la responsabilidad civil”.<sup>46</sup>

Permítame adicionar el comentario sobre el artículo 95 de la Constitución Política que consagra: “*Son deberes del ciudadano: respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”; estos autores expresan: “*Cuando se ocasiona un daño con una cosa en una persona o en un patrimonio, se abusa del derecho de dominio y por tanto, su propietario debe asumir las consecuencias o perjuicios ocasionados*”<sup>47</sup>. Al respecto el doctor Enrique GIL BOTERO en su obra “*Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*” expresa:

"En este estadio de evolución en que nos encontramos, la insuficiencia de la culpa como factor de atribución en la materia resulta notoria; la realidad social no es la misma y el derecho puede permanecer distante. Es por ello que se abre paso a una nueva concepción del derecho, fundada en lo que se ha llamado la era del daño bajo la premisa de la no causación dañina, teniéndosele como principio general en materia de responsabilidad patrimonial. Es así como se establece no la prioridad de buscar un culpable para sancionarlo, sino la de comprender y reparar a la víctima del mal injustamente sufrido”.<sup>48</sup>

Y en calidad de Consejero de Estado en una excelente aclaración de voto en la sentencia del Consejo de Estado del 15 de enero de 2009, incluye el factor Constitucional:

En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantar la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la

---

<sup>46</sup> MARTINEZ RAVE Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina, Responsabilidad Civil Extracontractual, 11va. edición, año 2003 Ed. Temis, página 801 y 802.

<sup>47</sup> *Ibídem* pagina 808

<sup>48</sup> GIL BOTERO Enrique "Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado", Ed. Comlibros, Pág. 37 y 38.

conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a luz de la constitución vigente<sup>49</sup>.

El español Luis DÍEZ PICAZO señala que la antijuridicidad, más que referirse a la *conducta* del causante del perjuicio, se relaciona con la antijuridicidad o injusticia del *daño*, en cuanto que el que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo<sup>50</sup>. A su turno el español Pablo SALVADOR CODERCH en similar sentido dice:

“Para decidir el daño sufrido por una persona sea puesto por el derecho a cargo de otra ha de mediar una buena razón: en derecho español, la regla general no es que quien sufre un daño tiene derecho a su compensación sino que quien lo inflige habrá de indemnizarlo si y sólo si se dan determinadas circunstancias: la culpa, la realización de una actividad particularmente arriesgada o definida por la ley como fuente de la obligación de indemnizar, la suscripción de un contrato de seguro, etc.”<sup>51</sup>.

La profesora Mirta Susana PONTI sobre el país argentino expresa: “*A lo largo de este trabajo se intentó demostrar que la culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil. Desde la reforma de 1968 al Código Civil argentino, la imputabilidad basada en la culpabilidad vio limitado su campo de aplicación por la existencia de factores objetivos, que prescindiendo de toda culpa, liga una causa a un resultado.*”<sup>52</sup>

De ahí que la jurisprudencia penal fue desplazando los criterios de realización del delito culposo hacia aspectos meramente objetivos, situados en la categoría de la tipicidad, con la introducción y consolidación del concepto, acuñado por Hans WELZEL<sup>53</sup>, de la infracción al deber objetivo de cuidado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia expresa:

---

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 15 de enero de 2009, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 19001233100019969500701, proceso: reparación directa. Aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero

<sup>50</sup> DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, reimpresión de la primera edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, pág. 290 y sgts.

<sup>51</sup> SALVADOR CODERCH Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE Carlos. El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra y Facultad de Derecho Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, febrero de 2005, InDret 1/2005, [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>52</sup> En su escrito “*Cómo surge en el Código Civil Argentino la distinción: Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*” Universidad del Salvador, Argentina, Universidad de Concepción del Uruguay.

<sup>53</sup> WELZEL Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 187 y ss.

“Gracias a esta evolución, lo esencial de la culpa no residía ya en actos de voluntariedad del sujeto agente, como se consideraba en la concepción clásica, sino en el desvalor objetivo de la acción por él realizada, siempre y cuando estuviera acompañada del resultado típico, es decir, del desvalor del resultado.

“Con la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000 <Código Penal vigente>, el legislador acogió los planteamientos de la Corte y, en su artículo 23, definió a la conducta culposa como aquella que produce un resultado típico mediante la infracción a un deber objetivo de cuidado en la que el sujeto debió haberlo previsto o, habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.<sup>54</sup>

En el fondo, cuando tratamos de la responsabilidad, siempre estamos hablando de lo mismo: como evitar el daño (que es seguro que se va a producir) y como podemos indemnizarlo, del modo más justo posible, obligación de reparar; lo que se trata, desde la perspectiva del derecho de daños es de garantizar la adecuada indemnización de la víctima que los clásicos doctrinantes hermanos MAZEAUD de su obra famosa *“Responsabilidad Civil”* en la cual

“Los profesores de la Facultad de Derecho de París, al publicar su tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, en 1957 fue laureada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de a, permaneciendo el prefacio de la primera edición, perteneciente a Henri CAPITANT, considerado como un jurista clásico de la Escuela Francesa quien fue maestro de los hermanos MAZEAUD, así como Louis JOSSERAND, donde se incorporó casi diez años de jurisprudencia, donde la doctrina y jurisprudencia belgas han sido estudiadas y presentadas casi sistemáticamente, agregándose algunas remisiones al derecho de la Provincia de Quebec, al de la Luisiana y a los países de la *Common law*, pero creando unos cimientos sólidos en la Doctrina sobre la muy antigua idea de la responsabilidad civil que genero unas de las primeras concepciones en el Derecho o sea, de una obligación de reparar el daño causado”<sup>55</sup>.

La evolución del Derecho de Daños se va modificando constantemente, incorporando nuevos enfoques, nuevos daños, nuevos responsables y, lógicamente, nuevos legitimados, variando los criterios de aplicación, lo cual va tornando inutilizables criterios tradicionales, elaborados para otras necesidades o situaciones y para entornos social, científico, médico y jurídico diferentes, evolución enfocada cada vez más al bienestar del individuo en armonía con el bienestar social; *“la principal ventaja que proporciona hablar de ‘derecho de daños’ en lugar de ‘responsabilidad civil’: en cuanto se gana perspectiva, el segundo término, por mucho que sea el más corriente en la jerga de nuestro sistema jurídico, se queda pequeño para referirse a todas las alternativas legales para compensar y prevenir adecuadamente los costes sociales de los accidentes y de*

---

<sup>54</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 27388, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, 8 de noviembre 2007.

<sup>55</sup> PIZARRO DE LOS SANTOS David, Propuesta de reparación civil dentro de un sistema acusatorio garantista dentro de la sociedad peruana 2007, tomado de Internet <http://www.monografias.com/trabajos/hombre-historia/hombre-su-historia.shtml>

*los daños en general*<sup>56</sup>; como muy bien lo expresa el profesor Saúl Uribe García: “*para que algún día se pueda hablar de una teoría pura de la responsabilidad civil, o si se quiere, del derecho de daños, la misma que depure conceptos que le son extraños, que no guardan coherencia con el instituto, que permitan la evolución ajena a conceptos inextricables y que la técnica jurídica se apersona para que se pueda hablar con propiedad, de una dogmática de la responsabilidad civil*”<sup>57</sup>.

Es entonces aceptar que los cambios sociales tienen entidad suficiente para nutrir al Derecho y es aceptar el reto de solucionar los conflictos que nuestra realidad nos presenta hoy, básicamente la culpa dejó así de ser uno de los pilares inmanentes de la responsabilidad civil y por ello desapareció la forma tradicional de concebir la responsabilidad exclusivamente bajo su égida.

Del derecho civil se ha ramificado el derecho comercial, el derecho laboral, el derecho administrativo en cuanto hace a contratos y responsabilidad y, también, leyes “*especiales*” se han expedido para regular sectores particulares en atención a las realidades y urgencias, en donde las transformaciones del derecho civil en todas sus áreas son profundas.

“Basta mencionar el reconocimiento de las nuevas formas de constituir la familia (unión marital), el derecho a la verdad de procedencia y origen genético, las acciones de Estado, las técnicas de reproducción asistida, la simetría afortunada entre derechos y obligaciones de la pareja e hijos; la aparición de nuevos esquemas económicos y relaciones de dominio, la función social de los derechos, las nuevas tecnologías; la responsabilidad frente a las exigencias de la sociedad industrializada, riesgos del desarrollo, innovaciones tecnológicas, productos defectuosos, medicamentos, deterioro del ambiente, los intereses difusos, colectivos, acciones de grupo, el daño informático, la proliferación de conductas dañosas, el papel del seguro y la socialización por solidaridad de la reparación; las relaciones masivas, en serie, estándar de consumo, la diversa concepción de la posición y situación jurídica de las partes de un negocio jurídico, el ámbito de la “*autonomía de la voluntad*”, autonomía privada o libertad contractual, la aparición de figuras contractuales sofisticadas, complejas, la negociación electrónica, firma digital, forma electrónica, el cambio de percepción del contenido relacional, las cláusulas generales, los deberes de cooperación y protección, la intervención del contenido por orden público social, económico, político, el control del abuso de posición dominante y cláusulas abusivas, etc.”<sup>58</sup>

El objetivo social no es sólo indemnizar a la víctima, sino minimizar las pérdidas totales asociadas a la evitación del accidente. Los costes sociales de evitar el accidente son la suma de las precauciones adoptadas y de los daños esperados

---

<sup>56</sup> PINTOS AGER Jesús, Baremos, seguros y Derecho de daños, Cívitas-IUDEC, 2000, pagina 75 y ss.

<sup>57</sup> URIBE GARCÍA Saúl, artículo “Caos dogmático de la Responsabilidad Civil”, Revista de Responsabilidad Civil y del Estado del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado; No. 20 de Octubre de 2006. pagina 142

<sup>58</sup> “*La actualidad del Derecho Civil*” por William Namen Vargas, Magistrado Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, artículo de la Revista Judicial No. 22 de Septiembre 2008

(se puede crear un modelo o función matemática contando con los factores y variables requeridas, en otros términos estadísticas), en donde la precaución óptima es la que minimiza la suma de gastos invertidos en precaución y costes de los accidentes.

### 3. Tres pilares del Derecho de Daños

Los tres pilares del Derecho de Daños son: la prevención del daño; la indemnización de la víctima y la socialización del riesgo.

Un primer pilar es la prevención del daño, tanto del Estado como las empresas teniendo como nueva teoría el análisis económico del derecho que se trata de confrontar el costo del daño frente a su costo de prevención desde el estado y desde la empresa, asignando previamente unos responsables bajo la denominación de “*circulo de responsables*” bajo criterios objetivos, mirando a la víctima, el daño como su epicentro y no la culpa de otrora. Lo que sí ha variado en los últimos años, ha sido la incorporación de la faz preventiva en el Derecho, el asignarle al Estado un rol distinto y el de perseguir la creación de Fondos de Garantía.

Dentro de un deber genérico de seguridad o previsibilidad que surge del añejo y liminar principio jurídico de no dañar a los demás (*alterun non laedere*); ello es así, desde el momento en que un ordenamiento jurídico estima que nadie puede dañar a otro en su persona o patrimonio, de donde surge automática e implícitamente el deber de prevenir el daño para garantizar un resultado no lesivo. El profesor italiano Enrico ALTAVILLA, señala que “*prever significa proyectar un juicio en el porvenir, pronosticando que de nuestra conducta se seguirá determinado resultado, con relaciones de causa y efecto*<sup>59</sup>”. Es más, se sostiene doctrinalmente “*que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños*”<sup>60</sup>. Esta realidad circundante nos permite hablar modernamente de una teoría del Derecho de Daños en Colombia.

Es interesante el planteamiento de Carlos A GHERSI:

“El conflicto social aparece así superando la previsión y la vigilancia sobre los múltiples factores y situaciones del sistema, lo que implica un abanico muy grande donde se pueden apreciar desde necesidades insatisfechas -robó para comer- hasta

---

<sup>59</sup> ALTAVILLA, Enrico, “La Culpa – El delito culposo, Sus repercusiones civiles su análisis psicológico”, Temis, Bogotá, 1956, pág. 2,

<sup>60</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p..171.

falta de vigilancia en las condiciones de seguridad –accidentes viales- o desequilibrios económicos que generan cierres de bancos, quiebras, etc.; todas estas situaciones causan daño social e individual. En este contexto, la ingobernabilidad se plasma en la crisis. Ambas quedan anudadas y confundidas, pues son las que institucionalizan el conflicto. Por lo tanto, el daño es una de las tantas formas en que se materializa el estallido de ingobernabilidad del sistema de previsión. El daño aparece así como una situación de conflicto irresuelto de poderes, como una contradicción del sistema. En última instancia es la materialización de una puja ideológica entre: a) la máxima protección del ser humano, con todo lo que esto implica en su fase de prevención que hace precisamente a la gobernabilidad del sistema, y b) las empresas, los agentes económicos, que desean desarrollar su actividad con el mínimo de riesgos posibles y el mayor traslado de daños a la sociedad. En este conflicto el Estado debe arbitrar”<sup>61</sup>.

Por otra parte, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO plantea que es necesario revisar la cuestión de los derechos del hombre como persona y no "*restringir la tutela de la persona a la reparación del daño una vez que éste se haya producido sin haber previsto su evitamiento*"<sup>62</sup>, no solo reparar sino que medidas se tomaron para prevenir el daño.

Las indemnizaciones insignificantes hacen del sistema de la responsabilidad civil pérdida de vista uno de sus objetivos, cual es el de estimular la evitación de los daños. Según la teoría del bienestar una indemnización que no conlleva la idea de la prevención no es justificable, pues resultan menor costo pagar la indemnización que adoptar las precauciones tendientes a que los daños no se produzcan. De este modo se advierte con nitidez como, a veces, las circunstancias objetivas del hecho dañoso inciden en el "*quantum*" del daño individual.

Un segundo pilar es la indemnización de la víctima, nadie debe porque sufrir las consecuencias de un daño que él no ha causado, del cual se expone en extenso en la presente obra, tanto en sus componentes, conceptos, doctrina, jurisprudencia, reconocimiento y su cuantificación. "*Hay acusaciones particulares - afirma Mariano YZQUIERDO TOLSADA-, que lo hacen muy mal, Fiscales que lo hacen peor, y jueces penales que parecen decir a las claras que en el proceso penal lo único importante es el castigo, mientras que la pieza de responsabilidad civil es sólo una propina que merece pocos esfuerzos discursivos*"<sup>63</sup>. Que las normas del Derecho de Daños sirven para compensar a las víctimas es una obviedad (las reglas de responsabilidad, que son su principal componente, son reglas que transfieren costes de accidentes de la víctima a su causante), por lo que su función sería más bien determinar en qué condiciones las víctimas serán compensadas.

---

<sup>61</sup> GHERSI Carlos A., Teoría general de la reparación de daños, editorial Astrea Ciudad de Buenos Aires, 1997, pagina 49

<sup>62</sup> SESSAREGO FERNÁNDEZ Carlos, Derecho y persona, pág. 25.

<sup>63</sup> YZQUIERDO TOLSADA Mariano "Querellas chantajistas y derecho civil Light, sobres las disfunciones de la acción civil en el proceso penal", en el libro "Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y filosofía del Derecho, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, editorial Dike, tomo I, pág. 453

Un tercer pilar es la socialización del riesgo, bajo la premisa de que la sociedad debe soportar sus daños bajo la cual se impulsa el seguro obligatorio en determinadas actividades, la seguridad social, la creación de fondos, ya sea estatales, estado y empresa y solamente de esta segunda, en aras a que todas las víctimas de un hecho dañoso sean indemnizadas, de manera plena o al menos como mitigación de su daño. El Derecho de Daños sirve para socializar los riesgos de accidente que existen en la vida social mediante las reglas de responsabilidad civil. Los daños sufridos individualmente por una persona en un accidente se trasladan a categorías más amplias de ciudadanos y ello permite distribuir mejor los riesgos entre toda la sociedad, evitando su concentración en unos pocos desafortunados (las víctimas directas, que los sufrieron inicialmente).

Es interesante el planteamiento de Carlos A. GHERSI y Celia WEINGARTEN en su obra del año 2011 que releva la (no menor) tarea del Estado en sus tres roles de poder:

- Desde el Legislativo, actualizando constantemente las normativas;
- Desde el Ejecutivo, haciendo cumplir las leyes y reglamentos y generando control de anticipación y de prevención de accidentes, así como efectuando las obras necesarias para una adecuada circulación.
  
- Desde el Judicial, solucionando los conflictos con la mayor celeridad y el menor costo posible para la jurisdicción, los operadores del derecho y las partes<sup>64</sup>.

El derecho de daños es un derecho que se ocupa de la reparación del daño causado. Pero, no obstante, en ocasiones, cuando la reparación del mismo sea dificultosa, el derecho permite un resarcimiento del perjudicado mediante la indemnización de los perjuicios irrogados. Esta obligación legal de indemnizar el perjuicio o reparar el daño causado generará en el obligado, normalmente, el ánimo de no volver a cometer el hecho que dio lugar al evento dañoso, so pena de incurrir de nuevo en la conducta ilícita que dio lugar a la necesidad reparadora.

En este sentido, podemos decir que el derecho de daños es también un derecho preventivo, pero no constituye la peculiaridad más representativa del mismo.

Sobre los principios Europeos del Derecho de Daños<sup>65</sup> el artículo 1.101 consagra por norma fundamental que 1) “[a]quel a quien se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo. 2) En particular, el daño puede imputarse a la persona (a) cuya conducta culposa lo haya causado; o (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”, precisando que, se “es responsable sobre la base de

---

<sup>64</sup> GHERSI, Carlos A., WEINGARTEN Celia, Tratado de accidentes y daños derivados de la circulación, ed., La Ley, año 2011, tomo 1

<sup>65</sup> *Principles of European Tort Law*, 2005

*la culpa por la violación dolosa o negligente del estándar de conducta exigible*” (artículo 4), para señalar una noción objetiva de culpa consistente en la “*conducta exigible*” tomando por referente el patrón estándar de “*una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias*” (artículo 4:102, susceptible de variar y adaptarse por las características de la categoría de personas a que se pertenece y en cuya determinación se tendrán en consideración la “*naturaleza y valor del interés protegido de que se trate*”, entre más importante mayor la exigencia para evitar el daño, “*la peligrosidad de la actividad*” y la “*pericia exigible a la persona*” que la desarrolla según un nivel de diligencia superior al corriente, “*la previsibilidad del daño*” ex ante, la “*relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas*”, “*la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos*” y también “*deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta*” (normas de tránsito, construcción, reglamentos); asimismo, el artículo 4.201, contempla la inversión de “*la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta*” según “*la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse*” y “*la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente*”; de la misma manera, el artículo 5.101 enuncia una cláusula general de responsabilidad objetiva, prescribiendo: “1) *La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. 2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común. 3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo. 4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional*”. En si esto es el Derecho de daños.

Del concepto “*ético*” se pasa al “*social*”, de éste al normativo y al “*económico*”; la culpa también, se miró en cuanto ruptura del equilibrio del derecho a la libertad y el respeto de los derechos ajenos, falta de adopción de las medidas de precaución para evitar un daño, ya como una vulneración del deber de cuidado exigible en el tráfico jurídico del cual dimana la exigencia de advertir el peligro, realizar las acciones tendientes a prevenirlo y evitarlo, actuar dentro del riesgo permitido y no exponerse al peligro y, asimismo, desde el punto de vista de la ausencia de medidas preventivas idóneas en la evitación de un daño, considerando su costo económico, la posibilidad de asumirlo o los deberes de cuidado exigibles al autor y a la víctima.

Para lo cual la Corte Suprema en sentencia del 24 de agosto de 2009 expreso “*En rigor, en la sociedad actual es incontestable la inadecuación del criterio de la culpa para todas las hipótesis y la injusticia a que conduciría su aplicación rígida en numerosos casos de responsabilidad, como manifestación del espíritu de solidaridad humana y social, coexistiendo una pluralidad de criterios de imputación. Por haberse perpetuado en la conciencia del hombre la ingénita*

*necesidad de recuperar y mantener la equidad y el equilibrio social para obtener la justicia en el diario vivir, la aparición del maquinismo, la proliferación de accidentes asociados al transporte y la circulación de vehículos, la utilización de artefactos, instrumentos, sustancias y el despliegue de actividades riesgosas, repercutieron en la esfera de la responsabilidad civil retomando un papel preponderante su faceta objetiva”<sup>66</sup>.*

En cuanto a la definición del criterio de imputación aplicable al sistema de responsabilidad civil por actividades peligrosas -responsabilidad subjetiva por culpa presunta o responsabilidad objetiva- no se varió la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con la aclaración de voto a la sentencia de 13 de mayo de 2010, *"la concepción mayoritaria de la Sala al respecto, es decir, la responsabilidad por culpa presunta, no ha variado, por cuanto la rectificación doctrinaria contenida en la sentencia de casación de 24 agosto de 2009, expediente 01054-01, atañe a la doctrina adoptada por el Tribunal en la providencia impugnada, o sea, la aplicación del régimen de la culpa probada a las actividades peligrosas concurrentes, mientras en relación a la postura de la 'responsabilidad objetiva', se presentó un empate”<sup>67</sup>.* Consideremos este empate como un avance importante que mueve la fortificación de la culpa a tierras movedizas, donde sus bases son endeblas para dar paso a nuevos conceptos, socializantes y equitativos, por lo tanto más justos; más aun tratándose de la responsabilidad, donde *“la verdad de ayer no es la de hoy, y ésta, a su turno, deberá ceder su puesto a la de mañana”*.

#### **4. Responsabilidad Civil y Derecho de Daños**

A pesar de que la reparación del daño es casi tan antigua como el Derecho mismo, en los últimos 30 años el Derecho de la responsabilidad civil ha evolucionado muchísimo, denominado hoy como Derecho de Daños, fenómeno éste debido a razones de índole prácticas, directamente relacionadas con el desarrollo y evolución tecnológica e intelectual y por supuesto acorde al avance socioeconómico de cada país.

Toda la problemática a la responsabilidad civil tiende a conseguir la reparación del daño injustamente causado. Quien deba ser el obligado a llevar a cabo esta compensación y los medios de que el perjudicado puede hacer uso son prioridades tanto en el ámbito civil, penal y administrativo, que son las vías jurídico legales por las cuales pueden hacerse efectivas estas peticiones y pueden alcanzar la satisfacción de los intereses injustamente lesionados.

---

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de agosto de 2009 expediente 1001-3103-038-2001-01054-01 M.P.: William Namén Vargas

<sup>67</sup> Corte Suprema de Justicia, aclaración de voto a la sentencia de 13 de mayo de 2010, exp. 7331931030022001-00161-01

“En las últimas décadas se ha puesto de moda referirse a esta parte del ordenamiento como ‘Derecho de daños’, terminología excesivamente amplia, dado que el daño es simplemente un resultado que puede tener un origen muy variado, como el incumplimiento contractual o la comisión de un delito, y que en algunos códigos, como el alemán (cf. §§ 249 y ss. BGB) tiene una regulación general muy detallada. También a menudo nos referimos a esta materia como ‘responsabilidad civil’, expresión de un alcance más reducido pero todavía demasiado amplia, dado que esta responsabilidad puede derivar de la infracción de un vínculo obligatorio previo entre las partes (responsabilidad contractual) o de la conducta o actividad de una persona que causa daños a otros con los que no tiene ningún vínculo obligacional previo (responsabilidad extracontractual). Por estas razones, esta última expresión, la de ‘responsabilidad extracontractual’, también la más tradicional, parece preferible de entrada”<sup>68</sup>.

En la actualidad el sistema de la responsabilidad civil está atravesando una etapa de revisión, tanto en España, México, Argentina, y en nuestro país, en razón a que “el esquema clásico, individualista, propio de las codificaciones civiles decimonónicas, cuyo exponente más conspicuo es el Código Napoleónico, ha sido largamente superado”<sup>69</sup>, la autora francesa, Geneviève VINEY afirma “aunque es evidente que entre esta responsabilidad moderna y la que habían concebido los redactores del Código Civil francés, la distancia es inmensa”;<sup>70</sup> a su turno el jurista francés André TUNC afirma que “la responsabilidad civil está ciertamente en un estado lamentable”, y se pregunta si existe otro ámbito del derecho que haya sido tan acusado por todos de incertidumbre y de inadaptación al mundo contemporáneo;<sup>71</sup> pues, exponen Georges RIPERT y Jean BOULANGER, “aunque el Código Civil haya admitido un principio general de responsabilidad, la regla general se ha revelado insuficiente para asegurar la reparación del perjuicio en razón del aumento considerable del número de los daños y principalmente de los accidentes corporales. La gran industria, al desarrollar el maquinismo e imponer la aglomeración de los obreros en las fábricas, ha tenido por consecuencia el accidente de trabajo. Este se ha vuelto frecuente, inclusive en los trabajos agrícolas, con el empleo de las máquinas. El accidente de tránsito es más frecuente aún. El número de accidentes debido a la circulación de los automóviles sobre las rutas está en progresión constante”<sup>72</sup>; el doctor Gilberto MARTÍNEZ RAVE puntualiza que “el estatuto civil colombiano, vigente desde 1873, ha tenido muy pocas modificaciones, y ninguna en el campo de la responsabilidad Civil”, complementa que “se requieren normas nuevas que no solo establezcan con

---

<sup>68</sup> MARTÍN CASALS Miquel, La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual, ponencia en la Jornadas 2011 de la Asociación de profesores de Derecho civil (de España)

<sup>69</sup> BESALÚ PARKINSON Aurora V. S., “La Responsabilidad Civil tendencias actuales 2009” en la Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año 2009-II, tomado de [www.juridicas.uman.mx](http://www.juridicas.uman.mx).

<sup>70</sup> VINEY Geneviève, “Les obligations. La responsabilité: conditions”, en Ghestin, Jacques (dir.), Traité de droit civil, París, LGDJ, 1982, página 75.

<sup>71</sup> TUNC André., “Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé”, en Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zurich, 1991, página 21

<sup>72</sup> RIPERT Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. v, 2ª parte, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1956, pagina 28

claridad los derechos sustantivos de los perjudicados, sino, además, procedimientos rápidos y ágiles, que permitan al lesionado obtener una indemnización adecuada, justa y equitativa (...) Ha sido la jurisprudencia la encargada de actualizar normas que correspondían a otras épocas y concepciones. En Colombia, siguiendo los pasos de aquella jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia en el derecho civil, y el Consejo de Estado en el derecho administrativo, han aquilatado y decantado algunos principios interpretativos que han permitido que las normas del Código Civil Colombiano, vigentes desde el siglo pasado, permitan resolver los conflictos y problemas que se presentan en esta época”<sup>73</sup> y plantea lo siguiente:

“Siempre nos hemos cuestionado por qué en nuestros medios judiciales se presume inocente al que ocasiona el daño y corresponde al perjudicado o víctima cargar con los costos patrimoniales y afectivos, esto es, que se le presume responsable. No es lógico ni equitativo que la persona que sufre el daño se presuma responsable y a la que los ocasiona se le presuma inocente”.<sup>74</sup>

Es un hecho que las disposiciones del Código Civil fueron dictadas en lejanos tiempos y adaptadas a una época que hoy nos parece distante. Del sencillo y bucólico pastoreo de animales y el cansino paso de las reses rompiendo la tierra para recibir la semilla, se ha pasado al complejo mundo del desarrollo técnico y científico aplicado a todas las actividades del hombre. Así también los riesgos creados por el desarrollo social son mayores y más graves, en su naturaleza como en sus resultados.

#### Y sobre el Código Napoleónico

“La confusión manifiesta entre las responsabilidades penal y civil se incrustó dentro del derecho napoleónico y se transmitió a través del Código Civil Chileno al Código Civil Colombiano. Esa confusión se manifiesta en diferentes aspectos procesales, entre ellos el probatorio y la interpretación normativa. Siempre las dudas probatorias y las interpretaciones de las normas se dan en contra el perjudicado y a favor del causante del daño.

“Creemos que ya es tiempo de modificar esa posición y volver al imperio de la equidad y de la lógica, presumiendo la culpa en quien ocasiona el daño y la inocencia de quien lo sufre”<sup>75</sup>.

Tan influyentes ideas en autorizados expositores franceses como Jean DOMAT<sup>76</sup> y Robert Joseph POTHIER<sup>77</sup>, se proyectaron en el Código Civil Francés de 1804 según evidencia el discurso de TARRIBLE, ante el Cuerpo Legislativo en la sesión

---

<sup>73</sup> MARTÍNEZ RAVE Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, editorial Temis, 10 Edición, 1998, página 37 a 40

<sup>74</sup> Ibídem pagina 44

<sup>75</sup> Ibídem pagina 45

<sup>76</sup> DOMAT Jean *Les loix dans leur ordre naturel*, lib. II, Tít. VIII; Euvres complètes, al cuidado de J. REMY, t. I, París, 1835, p. 467 y 472

<sup>77</sup> POTHIER Robert Joseph, *Traité des obligations*, Bruselas, 1837, pagina 141

de 18 pluvioso del año XII [18 de enero de 1804]: “*El daño, para que pueda ser objeto de reparación, debe ser el efecto de una culpa o de una imprudencia de alguien: si no puede ser atribuido a esta causa, no es más que la obra de la suerte, de la que cada uno debe soportar las consecuencias*”<sup>78</sup>, cuyo artículo 1382 consagró el principio general conforme al cual “*cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo*”, previendo también la responsabilidad por el hecho de las personas por quien se responde, de las cosas (artículo 1384) o de los animales bajo guarda (artículo 1385) y por la ruina de edificios (artículo 1386).

En la época de la sanción de nuestro Código Civil (año 1873), el industrialismo era aún incipiente en nuestro país, por lo que las máquinas no constituían el mayor peligro para el hombre; sí lo eran, en cambio, los animales que se utilizaban para el trabajo agrícola, para el transporte, etc., ejerciendo una evidente influencia el Código Napoleónico.

Don Andrés BELLO, tomó algunas de estas doctrinas para el Código Civil de Chile de 1855, finalmente adoptado para la República (artículo 1º, Ley 57 de 1887, Código de la Unión sancionado el 26 de mayo de 1873 correspondiente al Código del Estado de Cundinamarca de 1859, similar al de Santander de 1858 y al de ocho de los nueve Estados Unidos de Colombia), introdujo genuinas modificaciones y agregaciones en cuanto a la solidaridad de los autores del daño (artículo 2344), la responsabilidad reforzada o agravada por daños causados por animales fieros (artículo 2354), colectiva de los moradores de la parte superior del edificio (artículo 2355), por actividades de peligro o riesgo (artículo 2356), la dosificación del monto de la reparación por concurrencia de la culpa de la víctima (artículo 2357), las acciones de daños temidos o contingentes (artículo 2359) y populares (artículo 2360), disposiciones vigentes.

El esquema clásico de la responsabilidad por culpa, demostró ser totalmente insuficiente e ineficaz para solucionar los problemas planteados por la transición de la economía agrícola a la de producción industrial. La razón puede hallarse en el hecho que esta última determinó un incremento de las hipótesis de daño, fundamentalmente por la utilización de complejos mecanismos de producción y la intervención de “cosas” y actividades en la causación de aquellos catalogadas como peligrosas; si bien es cierto el desarrollo tecnológico y científico ha traído grandes adelantos y ha cubierto cada vez más las necesidades básicas del ser humano.; sin embargo, esto también ha significado la introducción de nuevos problemas en el mundo moderno.

En perspectiva exacta, así lo entendió esta Corporación hace setenta y dos años en la célebre sentencia de 14 de marzo de 1938 (XLVI, 1932, pp. 215 y ss.), en la que, sin doctrinas dicotómicas, asimétricas, antinómicas ni reforzadas, sentó las bases de la responsabilidad civil por actividades peligrosas sustentada en la *ratio*

---

<sup>78</sup>vid. FENET Pierre Antoine, “*Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*”, t. XIII, reimpresión de la edición de 1827, ZELLER, Otto, Osnabrück, 1968, pp. 465 ss. y 474 ss

*legis* y el sentido genuino del artículo 2356 del Código Civil, más no en el fantasma dogmático de la culpa.

Si bien este artículo se refirió a una “*presunción de responsabilidad*”, denotó el carácter estricto del deber legal indemnizatorio para cuyo surgimiento basta la imputación causal del daño por los riesgos o peligros inherentes, y para cuya exoneración es menester prueba de la causa extraña o la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención exclusiva de la víctima o de un tercero, sin requerir probanza ninguna de culpa, no por presumirse, sino por no exigirse, tanto cuanto más que la diligencia y cuidado tampoco rompe el nexo causal.

La respuesta de la responsabilidad civil fue, entonces, la “*Teoría del riesgo*” como fundamento de una responsabilidad objetiva, y su función pasó a ser reparadora o resarcitoria. En virtud de estos nuevos principios, la víctima no se ve necesitada de probar la culpa del presunto autor del hecho dañoso por el cual reclama la indemnización, sino que le basta con acreditar, en principio, el hecho, el daño y la relación de causalidad entre ambos, teniendo el sindicado, como responsable, la prueba de la ruptura del nexo causal.

En consecuencia la revisión de algunos de los postulados clásicos, en materia de responsabilidad civil, y la crisis de ciertos principios que en este campo se han tenido como incuestionables son, en buena medida, determinantes de lo que se ha denominado “*la crisis de la responsabilidad civil*”; se trata de fórmulas jurídicas en las que prácticamente todos los ingredientes o elementos de la responsabilidad civil, experimentan alguna novedad, empezando por la determinación del sujeto pasivo del daño, hasta llegar a la forma de reparación del mismo, pasando por la valoración del elemento “*relación de causalidad*”, entre otros ejemplos, que dan cabida a nuevos legitimados, otros conceptos como “*la oportunidad perdida*”, la responsabilidad objetiva, el riesgo creado, el riesgo beneficio, la actividad peligrosa, entre otros; corresponden “*a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño*”<sup>79</sup>.

“El viraje que se produjo en torno de esta problemática fue muy amplio; se comenzó a estudiar el fenómeno –afirma Carlos A. GHERSI- desde la perspectiva del dañado y el daño, y no exclusivamente a partir del dañador; se advirtió que también algunos daños en que no aparecen ni la ilicitud, ni la voluntariedad, ni la culpabilidad, merecen ser reparados. Todo ello motivó que se ampliaran notoriamente las fronteras de la reparación: hoy es moneda corriente hablar de la responsabilidad de los profesionales, de la obligación tácita de seguridad en el orden contractual, de los

---

<sup>79</sup> Aclaración de voto Dr. Enrique Gil Botero, fallo del 15 de enero de 2009, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, No. Interno: 16.726, expediente: 190012331000199605007 01, actor: Belén Valencia Yepes y otros, demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, proceso: Reparación directa.

intereses difusos, del riesgo empresario, y otras cuestiones relacionadas con su actuación. Esta tendencia renovadora del derecho, con hondo contenido social, se acerca más al hombre en sí mismo y se aleja del patrimonio como meta central de protección”<sup>80</sup>.

En la vida de relación, todo ser humano está expuesto al daño, ya como autor, bien como víctima; de otra parte, el avance científico y tecnológico plantea una perspectiva diversa para el tratamiento de “*nuevas categorías*” de daños por fuera del esquema tradicional, singularmente, tratándose de daños causados con el uso de las máquinas, elementos y utensilios de trabajo, sustancias, procedimientos técnicos e intelectivos, el secreto profesional, las nuevas tecnologías, el medio ambiente, el uso de ordenadores, la informática y electrónica, las bases de datos, el ejercicio de nuevas profesiones y actividades que implican un peligro y riesgo potenciales.

Al respecto, que la responsabilidad civil es uno de los campos del derecho privado en el que más se ha advertido la necesaria adaptación del Derecho a las realidades de los tiempos, *“lo cual ha obedecido, en buena medida, a los efectos que en materia de daños han producido nuevas problemáticas sociales derivadas, particularmente, de los avances científicos y tecnológicos que, por una parte, han provocado el surgimiento, en lo que aquí interesa, de distintas actividades que califican como peligrosas o, dicho de otra forma, conllevan una mayor exposición o riesgo para los asociados, entre las cuales, aunque sólo a título ilustrativo, pueden citarse los medios de transporte que con la utilización de diversas formas de energía superan velocidades antes no alcanzadas, la construcción de estructuras con diversa finalidad de magnitudes cada vez mayores, la instalación de plantas nucleares, o el establecimiento de centrales eléctricas que se sirven de fuerzas naturales, como las del agua, el calor o el viento, y, por otra parte, han conducido a la revisión de los criterios tradicionales de prevención y de evitación de daños, con el propósito de determinar con la mayor precisión posible hasta dónde ha de responder el sujeto cuyo comportamiento antijurídico se examina, y a partir de qué parámetro se puede considerar que el daño ha sido el producto de una causa extraña a él”*<sup>81</sup>.

La evolución del derecho civil hacia el derecho de daños, se tiene que *“entre las diferentes ramas del derecho privado, la responsabilidad civil o el derecho de daños, como actualmente se le denomina, ha ocupado un lugar preponderante desde la llamada Revolución Industrial. A partir de allí, la injerencia primaria de la regulación propia del derecho de daños ha logrado extenderse hasta abarcar la sociedad entera. Ello, por supuesto, de la mano con los avances tecnológicos, que a la postre supuso una ampliación de los riesgos a los que podían verse expuestas las personas (...) En efecto, pese a la relativa estabilidad normativa, la cambiante realidad de la sociedad actual invadida de bienes y servicios*

---

<sup>80</sup> GHERSI Carlos A., Teoría general de la reparación de daños. Respuesta del Derecho, la Sociología y la Economía, Editorial Astrea Ciudad de Buenos Aires, 1997, Pág. 8

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, sentencia del 27 de febrero de 2009. Ref: 73319-3103-002-2001-00013-01

*producidos en niveles inimaginables, ha implicado una necesaria afectación de la regulación del derecho de daños. Sin embargo, la responsabilidad civil como una disciplina moldeable, ha logrado satisfacer las necesidades sin que para ello, a lo sumo en Colombia, se llevaran a cabo sustanciales reformas legislativas en esta materia”<sup>82</sup>.*

Cuadro 1. Responsabilidad Civil  
(Cambio de terminología y de óptica)

<b>RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	<b>DERECHO DE DAÑOS</b>
Mira al autor del daño	Mira a la víctima del daño
Tiene en cuenta el daño causado	Tiene en cuenta el daño injustamente sufrido
Se habla de una deuda de responsabilidad del victimario para con la víctima	Se habla de un crédito de indemnización que tiene la víctima
Tienen más relevancia los factores de atribución subjetivos	El lugar preponderante lo ocupan los factores de atribución objetivos (se aplican en el 90% de los casos)
“Castigo” del responsable	Resarcimiento del daño

El argentino Martín Diego PIROTA<sup>83</sup> lo sintetiza, así: *“el derecho por ser un instrumento que contribuye a la paz y seguridad social no tiene que ser teórico-estático, sino más bien dinámico-práctico, acompañando a la realidad<sup>84</sup> y dándole a los ciudadanos los mecanismos idóneos para poder acceder a la justicia. Por suerte el Derecho de Daños, es una de las ramas del derecho que más ha evolucionado en los últimos años, logrando adaptarse a las circunstancias fácticas que plantea la vida de relación y conteniendo apropiadamente y con éxito las nuevas formas de dañar”<sup>85</sup>*, generados básicamente por los adelantos tecnológicos, científicos, acompañado de un adecuado régimen de seguros que cubran los necesarios riesgos del desarrollo.

El ordenamiento jurídico impone la responsabilidad contractual para la protección de intereses limitados a las partes de una relación jurídica; a su vez, el derecho

<sup>82</sup> ARIZA FORTICH, Alma, Importancia de los principios en la construcción del derecho de daños en Revista de Derecho Privado No. 45 Enero-Junio de 2011. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

<sup>83</sup> Texto de la disertación brindada en el Foro Anual de Inauguración realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua de Panamá (Ciudad de Panamá – Panamá/28-01-05 por el Dr. Martín Diego Pirola. Abogado Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Belgrano – Argentina y Universidad de Salamanca – España) y Seguridad Vial.

<sup>84</sup> Como dice el maestro platense Augusto Mario Morello, el derecho no debe ser *“fugitivo de la realidad”*; conf. PIROTA Martín Diego, “Responsabilidad por daños derivados del peaje”, Ed. Belgrano, Buenos Aires, 1999, pág. 31.

<sup>85</sup> PIROTA Martín Diego, “Responsabilidad por daños derivados del peaje”, Ed. Belgrano, Buenos Aires, 1999, pág. 31.

penal y el derecho administrativo protegen intereses públicos y su aplicación corresponde al Estado. Es necesario un sector del ordenamiento que tenga por objetivo básico la compensación de los daños que sufran las personas en sus bienes –patrimoniales y no patrimoniales- e intereses y/o derechos legalmente reconocidos. Este sector es el Derecho de Daños que se analiza en este libro, esencialmente desde la óptica de la indemnización y reparación.

La responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro; el Derecho de Daños que es un nombre acorde con su objetivo: la indemnización, reparación o resarcimiento de los daños o perjuicios, así, para el doctrinante Arturo ALESSANDRI *“en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”*<sup>86</sup>

Desde esta nueva perspectiva se estudian los diferentes tipos de daños entre los que se incluyen los daños extracontractuales y contractuales o derivados de una obligación preexistente.

Existen unos daños ciertos, reales, los cuales se deben indemnizar o reparar sin demostrar la culpabilidad sino la responsabilidad de quien esta obligado a indemnizar o reparar, el perjudicado solo debe demostrar el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro, la doctrina lo denomina responsabilidad objetiva. El profesor Saúl Uribe García, sintetiza: *“con el moderno derecho de daños, el fundamento de la responsabilidad civil está en el daño”*<sup>87</sup>, más no en el comportamiento culposo o doloso de su causante, incluyendo la clásica división de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual.

El profesor peruano Fernando DE TRAZEGNIES dice:

“Parecería que, para comprender adecuadamente la forma como opera la responsabilidad civil en las varias situaciones en que se presenta, no basta la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual: se requiere fragmentar aún más el campo de estudio a fin de diferenciar una nueva nación dentro de esa confederación denominada responsabilidad civil; o cuando menos una provincia que no era usualmente mostrada como tal por los mapas clásicos: el territorio de los accidentes”.

---

<sup>86</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile, tomo I, Imprenta Universal, 1987, pág. 10.

<sup>87</sup> URIBE GARCÍA Saúl, Artículo: La responsabilidad por riesgo, Revista Ratio Iuris N° 1 – Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín – UNAULA, Facultad de Derecho, tomado de la Cita 1.

La responsabilidad civil atiende fundamentalmente al concepto de daño: la obligación de indemnizar surge como consecuencia de la existencia de una responsabilidad civil, pretende siempre remediar un daño. Sin embargo, cuando analizamos los daños que son materia de la responsabilidad civil encontramos que no todos son del mismo tipo, no sólo en cuanto a sus efectos sino también en lo que se refiere a las circunstancias en que los daños son producidos”<sup>88</sup>.

Otro argumento para el término Derecho de Daños, este autor sostiene una necesidad de una modernización del derecho, partiendo de las tesis de Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, en tal sentido que las fuentes de la responsabilidad son tres: El contrato, el delito y la ley. Las dos primeras corresponden a las clásicas responsabilidades contractual y extracontractual; la tercera constituye un tipo distinto de responsabilidad que no está fundamentada en el incumplimiento contractual ni en el dolo o culpa, sino en un mandato de la ley<sup>89</sup>.

El instituto de la responsabilidad civil extracontractual, al lado de la responsabilidad civil contractual, ambas conocidas modernamente como derecho de daños, se les ha reconocido la categoría de fuentes de obligación; por lo tanto *“el puesto que ocupa el derecho de daños en el derecho de las obligaciones es a través del ámbito común de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”*<sup>90</sup>. El Derecho de Daños funciona a través de las reglas de responsabilidad, que imponen a una persona, normalmente el causante del daño, la obligación de indemnizar los daños causados a la víctima. Esta obligación se entiende en sentido técnico y se somete, por tanto, al régimen de los art. 2341 y ss del CC. La complejidad del Derecho de Daños no radica en el mecanismo técnico, que es el común del Derecho de obligaciones, sino en los presupuestos de la acción de indemnización. El sistema para calcular la indemnización de daños y perjuicios, partiendo de un presupuesto de hecho y llegando a una consecuencia jurídica concreta, en el sentido de una cantidad determinada, es diferente respecto a la forma en que opera la responsabilidad penal o administrativa.

Esta responsabilidad actúa siempre *ex post* en relación con la producción del daño, en razón a que quien padezca un daño tiene derecho a la indemnización, tal como lo prescribe el artículo 2341 del Código Civil

“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”.

El soporte normativo del artículo 2341 Código Civil se ha enriquecido con su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, por lo que se debe interpretar de manera amplia, llegando a la indemnización integral que abarca e involucra todas las

---

<sup>88</sup> DE TRAZEGNIES Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, tomo II, pág. 471

<sup>89</sup> *Ibíd.* Pág. 472 y 473

<sup>90</sup> DE ANGEL YAGÜEZ Ricardo, “Lugar que ocupa el derecho de daños en el derecho de obligaciones”, estudios Deusto, Universidad de Deusto, Bilbao, España, Enero-Junio de 1995

afectaciones a la integridad psicofísica de la persona y resarce todas las repercusiones, no sólo laborales o productivas, sino también las personales, familiares y sociales de la víctima. El catálogo de fallos es nutrido y el arsenal argumentativo muy variado y de importante riqueza.

Es así como, el título XXXIV del Código Civil se constituye en el marco normativo regulatorio de la responsabilidad civil en Colombia, sin perjuicio de que existan reglas referentes a la responsabilidad contractual ubicadas a lo largo del libro cuarto del código citado, como los artículos 1604, 106, 16010, 1612, 1613 y 1614, que a la postre, han enriquecido la estructura normativa del derecho de daños. Lo que si puede identificarse es la expedición de estatutos particulares para actividades concretas, los que en todo caso encuentran semejanzas en la medida en la que todos buscan favorecer a la víctima.

La obligación del resarcimiento del daño tiene lugar con independencia de que el daño haya sido causado de forma voluntaria, por negligencia o por omisión, pues la ley únicamente exige que se haya producido daño en un sujeto como consecuencia del actuar de otra persona.

En el artículo 2302 del mismo código que fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 57 de 1887, se dispone

“Las obligaciones que se contraen sin convención, 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”.

Y en las obligaciones que surgen del contrato se tiene el artículo 1494 de la misma normatividad preceptúa como fuente de obligaciones:

“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 injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Las tres normas citadas tienen como elemento común el daño, *“los artículos 2302 y 2341 se refieren a las obligaciones que se contraen sin convención, vale decir, a las obligaciones extra contrato, entre ellas, el delito; el dolo y la culpa son los únicos criterios de imputación y expresamente le otorgan la categoría de fuente de*

*obligaciones al daño causado, tanto en la esfera contractual como extracontractual*<sup>91</sup>, lógicamente que sin daño no existe la obligación.

Un caso de responsabilidad extracontractual es el que puede surgir por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a la misma (la conducción de un automóvil, el desarrollo de una actividad industrial, la conducción de energía eléctrica, etc.), para el chileno, Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, afirma que *“para determinar el fundamento de la responsabilidad extracontractual es averiguar la causa o razón en virtud de la cual el que, infiere un daño a otro está obligado a repararlo”*<sup>92</sup>, fundamento que a través del tiempo ha ido cambiando, evolucionado, adecuándose a la nueva realidad.

La responsabilidad puede tener su origen en actos de otra persona, por la que debemos responder: un padre es responsable de los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad, un empresario por los que causen sus empleados. O sea que se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia, en donde el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

Es la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso. Para los hermanos MAZEAUD, en la responsabilidad extracontractual o delictual *“no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”*<sup>93</sup>; a su vez para el autor chileno Arturo ALESSANDRI la define como *“la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... . No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella... . Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño”*<sup>94</sup>; para el argentino Louis JOSSERAND, se está en presencia de responsabilidad delictual cuando *“un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente... Si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida”*<sup>95</sup>, introduce un elemento clave la negligencia; y para

---

<sup>91</sup> URIBE GARCÍA Saúl, Artículo “Caos dogmático de la Responsabilidad Civil”, Revista de Responsabilidad Civil y del Estado del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado; No. 20 de Octubre de 2006, pág. 143

<sup>92</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno, Imprenta Universitaria Santiago de Chile, Chile 1943-Pag. 99.

<sup>93</sup> MAZEAUD, Henri – León – Jean. Obra citada, pág. 116.

<sup>94</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981, pág. 42.

<sup>95</sup> JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II Vol. I Teoría General de las Obligaciones. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. 1951. Pág. 291

el autor colombiano Gilberto MARTÍNEZ RAVE define la responsabilidad extracontractual como “*la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso*” a la que no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica previa.

En la responsabilidad extracontractual por su misma naturaleza se edifica sobre los avances de la doctrina que la jurisprudencia ha ido asimilando de manera evolutiva, “*así la responsabilidad extracontractual funciona en nuestro país con base en un sistema de antecedentes jurisprudenciales, en el cual los operadores jurídicos encuentran el fundamento de derecho en sus decisiones en los pronunciamientos que frente a casos similares han dada la altas Cortes o los Tribunales*”<sup>96</sup> y jueces que han proferido sentencias que marcan la historia como por ejemplo las que han reconocido la indemnización del perjuicio al daño a la vida de relación, en donde el fallo se legitima en la medida que hace alusión a un pronunciamiento judicial anterior que se haya analizado un supuesto fáctico similar.

En síntesis: las obligaciones que nacen de un contrato son específicas, concretas, voluntariamente acordadas y previstas, surge la responsabilidad contractual; en cambio, la obligación general, que contempla la ley es de prudencia y diligencia, en donde el daño proviene de situaciones, circunstancias o hechos no derivadas de un contrato surge la responsabilidad extracontractual.

## **5. La víctima siempre debe ser indemnizada**

Ya desde el año 1979 en las VII Jornadas de Derecho Civil en argentina se trató el tema: Extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva se hacia la siguiente reflexión: “*en que la falta de culpa colocaba frente a frente a dos inocentes: victimario y víctima. Y de allí que no pudiera condenarse a reparar -o debiera hacerse limitadamente- en supuestos de ‘riesgo creado’. Tuvimos oportunidad de precisar que la supuesta inocencia del dañador o victimario, en casos de responsabilidad por riesgo creado, era relativa. El hecho del cual se seguía el daño era un hecho suyo -obrado con suitas o mismidad además antijurídico; también se le atribuye el haber potenciado o multiplicado la posibilidad de perjudicar a otro, con el uso o empleo de cosas peligrosas no en sí mismas sino en su dinámica o utilización. De allí que sólo una de las partes en la relación, la víctima, sea auténticamente inocente*”<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> YEPES RESTREPO Julio César, y VILLADA ARENAS Mario Andrés, Anotaciones a cerca de la indemnización del Lucro Cesante en Colombia, Revista No. 17 Responsabilidad civil y del estado, pág. 103.

<sup>97</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge, Estudios sobre responsabilidad por daños, Tomo I. Rubinzal y Culzont S. C. C. Editores, BS/ Argentina, 1980, en la cita 9 pagina 19.

Los nuevos hechos y las nuevas exigencias no hallaban satisfacción en el sistema codificado; de ahí que, subsistiendo formalmente inalterado, se lleve a cabo por la Jurisprudencia una interpretación de las normas que en el practica supone un nuevo sistema de valoración de la responsabilidad por los daños causados a las víctimas dado el declive de la doctrina de la culpa ha dado espacio al nuevo enfoque con que empieza a mirarse el problema de la responsabilidad:

El derecho de daños, en su actual concepción, ya se ha dicho, pone el acento en la víctima y no en el victimario; la finalidad es que no queden perjuicios sin reparar, mientras que, con anterioridad la responsabilidad civil giraba en torno a la culpa como "*reproche*", como falta de contenido psicológico, cuya prueba le incumbía siempre a quien había experimentado los detrimentos.

Jorge MOSSET ITURRASPE con respecto al ensanchamiento que apuntamos, dice que el derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del bien común debe luchar por la solución justa en materia de responsabilidad civil, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo<sup>98</sup>. En el mismo sentido, los clásicos MAZEAUD-TUNC sostuvieron:

“Para explicar la importancia cada vez mayor que adquiere la cuestión de la responsabilidad civil, el número sin cesar creciente de los litigios de responsabilidad, hay que tener también en cuenta una moderna tendencia de los espíritus a exigir la seguridad. Se quiere estar garantizado contra todo riesgo. Por consiguiente, cuando se produce un riesgo y no está cubierto por un seguro o por la Seguridad Social, se busca a cualquier precio un responsable` *Allí donde antaño se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al autor del daño*”; se quiere a toda costa ser indemnizado, se pretende no soportar ya nada, no se retrocede ante las molestias y los gastos de un pleito, se proclama la injusticia cuando no se consigue reparación”<sup>99</sup>.

Como se ha repetido una y otra vez por la jurisprudencia y la doctrina, todo autor de un daño debe indemnizar a quien lo padece, pero también se ha reiterado que esa reparación no debe ser inferior a lo que se debe, ni tampoco superior a los perjuicios que en verdad aquejan a la víctima. **La víctima siempre debe ser indemnizada.** Es esto lo que se considera justo, a *contrario sensu*, se estima injusto que sea la propia víctima quien repare los daños, en otrora la protección dispensada al dañador no culpable puede llevar a la desprotección de la víctima también no culpable.

La regla es que todo aquel que causa un daño está obligado a su reparación.

---

<sup>98</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge, Nuevas fronteras de la responsabilidad civil, 136, Revista Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 1. 1977

<sup>99</sup> MAZEAUD-TUNC, Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual, EJE, 1961, t. I, vol. I, p. 12, (énfasis agregado)

No obstante el criterio expuesto, no todos los daños sean reparables y no siempre el autor sea solvente, como para satisfacer efectivamente a la víctima: "*no por ello dejará de ser responsable*"<sup>100</sup>.

En el moderno derecho de daños se llega a admitir la resarcibilidad de los daños lícitos<sup>101</sup>, prescindiendo de la antijuridicidad para centrar el sistema en el daño injustamente sufrido por la víctima, y no en el injustamente causado. "*Este criterio no significa que siempre deba ser resarcido todo daño. Lo que pretende evitar es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento, cuando no puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo de algún obrar dañoso*"<sup>102</sup>.

El Derecho de la víctima siempre debe ser indemnizada no es creación caprichosa o meramente producto de la razón humana, del voluntarismo. Un Derecho injusto no es Derecho o lo es sólo desde el punto de vista formal y no material; así como una sentencia injusta no es sentencia.

Dado que el responder no es un simple sancionar sino reconocer daños e indemnizarlos estableciendo la obligación de reparación del daño causado que comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos, la responsabilidad puede definirse diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra; en tal sentido, varios tratadistas, especialmente de derecho civil, al analizar el tema de la responsabilidad, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por la noción de responsabilidad, y la mayoría de ellos concuerda en decir que es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño, veamos algunos.

Su consecuencia fue que la mira de los movimientos doctrinarios más importantes, tanto nacionales como extranjeros, dejara de estar focalizada en la persona del deudor y se colocara sobre la persona de la víctima y que el concepto de responsabilidad evolucionara primero hacia el derecho de la reparación o más modernamente Derecho de Daños. Así, para Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ<sup>103</sup>, "*en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor*". En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño.

---

<sup>100</sup> ALTERINI Atilio Anibal, AMEAL Óscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, página 144.

<sup>101</sup> ALTERINI Atilio Anibal, Lesión al crédito y responsabilidad del Estado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pp. 68 y ss

<sup>102</sup> ALTERINI Atilio Anibal y LÓPEZ CABANA Roberto, Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, Derecho de daños, Cuestiones modernas de responsabilidad civil, Buenos Aires, La Ley, 1988, pagina 58.

<sup>103</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981, pág. 10.

Para los hermanos MAZEAUD<sup>104</sup>, “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro”. PLANIOL y RIPERT<sup>105</sup> expresan que “existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra.”

Tal responsabilidad genérica se clasifica tradicionalmente en Contractual y Extracontractual o Aquiliana.

La Responsabilidad Contractual supone la trasgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato y la responsabilidad Extracontractual o Aquiliana responde, por el contrario, a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo de los demás.

## 6. El principio '*alterum non laedere*' (no causar daño)

El principio *alterum non laedere* configura una regla constitucional de vasto alcance, entrañablemente ligada a la idea de reparación de los daños causados y que, si bien constituye la base de la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes, no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica, bajo la óptica del Derecho de Daños.

Los códigos civiles, en general, contienen reglas que ordenan la compensación de los daños causados en ciertas circunstancias. No es habitual que incluyan referencias al derecho a no ser dañado, ellos únicamente establece derechos de compensación, el derecho a no ser dañado permite derivar un derecho a ser compensado, y ello implica a la vez que alguien está obligado a indemnizar.

La pregunta es: ¿de dónde se extrae que la Constitución ampara la regla de no dañar a otro, y quien es dañado tiene derecho a ser reparado? La autora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI responde: “*El tribunal sostiene que si la violación de un derecho constitucionalmente amparado no se repara, o se otorgan sumas insignificantes, el mentado derecho no existe; si frente a la violación del derecho no hay respuesta del ordenamiento, o la respuesta es absurda, la conclusión es: el derecho mencionado en la Constitución no existe en la realidad. Si la violación de ese derecho (por ej., la propiedad, la salud) queda sin respuesta adecuada, se debe concluir que ese derecho no es tal. La seguridad jurídica consiste en que un derecho existente debe ser amparado por el Estado; si no hay amparo, no hay*

---

<sup>104</sup> MAZEAUD, Henri – Leon – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 7.

<sup>105</sup> PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Tomo sexto, Las Obligaciones (primera parte). La Habana: Editorial Cultural, S.A, 1936, pág. 664.

*seguridad. Por lo tanto, reparar los desafíos a la violación de los derechos constitucionalmente amparados, como son la propiedad, la salud, la vida de las personas, es realizar, dar eficacia a los valores de seguridad y justicia. En lenguaje de los años 2000, podríamos decir que si el ordenamiento no responde adecuadamente, hay una violación del derecho humano a la vida que queda privado de verdadera existencia”<sup>106</sup>.*

La responsabilidad civil extracontractual, la cual se encuentra fundada en el postulado general del derecho, según el cual, nadie puede sufrir perjuicio por el hecho ajeno, y cuando se produce el acto dañoso frente a un tercero, éste se convierte en la razón de ser del resarcimiento, pues hay un interés jurídico violado que debe ser tutelado, mediante la compensación del menoscabo ocasionado.

El principio de *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o como veremos más adelante cuando la víctima ha sido culpable del daño.

El deber general *neminem lcedere* -no causar daño- es genérico; se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que se hayan estipulado pautas de su conducta recíproca; es fundamento del orden jurídico y su violación genera responsabilidad como sanción. Por eso el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. El principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado,

El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “*responder*” o ser “*responsable*” o tener “*responsabilidad*” por el daño padecido por otra persona. La obligación de reparar el daño ha sido considerada como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal.

Compartimos, para este caso, los argumentos expuestos por el profesor GHERSI: “*La obligación de no dañar es el fundamento de la convivencia y representa este fenómeno universal a que aludimos, con un contenido particular para cada lugar y tiempo, y se manifiesta en la protección de la integridad del ser humano en toda su plenitud (como esencia del ser) y en la preservación de sus bienes y servicios*

---

<sup>106</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, Revista Chilena de Derecho, Val. 28 N° 4, Sección Estudios, año 2001, pág. 673

*como signo vital de su existencia. Ello, como hemos podido ver, con una formación concreta en nuestro derecho positivo*<sup>107</sup>.

No se parte pues del principio según el cual la vida en sociedad inexorablemente causa daños, los cuales cada uno debe asumir, por lo que la conclusión necesaria es que toda persona que demuestre haber sufrido un mal causado por otro, puede, en calidad de principio, demandar su indemnización. Por lo tanto el precepto primario que gobierna al derecho de daños, está plasmado en la regla que prohíbe dañar a otros, *alterum non laedere*; entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

El Derecho civil siempre ha brindado mecanismos de protección preventiva de la posesión (interdictos), de la propiedad (acción negatoria) y de otros derechos subjetivos de carácter patrimonial. Con mayor motivo habrá de hacerlo en relación con ese "*derecho a la indemnidad*" que tratamos de proteger mediante el Derecho de daños y que se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la persona, elevados casi siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales.

Entonces la ley prohíbe dañar, eso es lo que genéricamente está dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil que obliga a indemnizar el daño causado, al tiempo que el artículo 2356 manda repararlo a tono con el artículo 16 de la Ley 448 de 1998, donde se ordena que dicha reparación sea integral, sin que el legislador haya excluido de allí algún concepto de daño; por el contrario, la normativa plantea una obligación genérica y no se olvide que en el restablecimiento del equilibrio se incluye el del Ordenamiento Jurídico, agredido por el dañador.

De otro lado, el primer deber de conducta radica en el principio elemental de "*nemine laedere*" que determina a obrar y a abstenerse de obrar en forma de no causar esa injuria o daño. Ese deber general de no dañar a nadie "*se particulariza y robustece para ciertos aspectos y en tomo a determinadas personas, ya porque se encuentren dentro del caso previsto singularmente en la norma ya por que ellas mismas hayan regulado sus relaciones de modo especial, afirmando ciertas prestaciones con relieve, adaptando un régimen cierto para su identificación será posterior al daño, el concreto se atiene a un solo sujeto, único que lo ha de cumplir y que lo puede viola*"<sup>108</sup>

El principio *alterum non laedere* se puede traducir en la regla "*el que daña repara*", o en su opuesto "*no dañar*" supone, obviamente, "*reparar el daño causado*"; pero

---

<sup>107</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Reparación de Daños. Buenos Aires, Universidad, 1992, pp. 184 y 185.

<sup>108</sup> HINESTROSA Fernando. Curso de Obligaciones editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Segunda Edición Mimeografiada, 1961, pág. 329 y ss.

sobre todo es eso, “no causar daños” o, lo que es igual, evitar que se produzcan o mitigar los mismos, regla de oro en que se base el moderno Derecho de daños que indudablemente todavía esta construcción; por lo tanto, acaecida su infracción, la reacción jurídica, resarcitoria o preventiva, cuenta también con un fundamento basado en la Constitución nacional. Es decir, este fundamento constitucional asiste en los modos preventivos de actuar del derecho de daños, que persiguen evitar o cesar las situaciones lesivas, por cuanto, también el peligro de daño o de su prolongación, incide negativamente sobre la seguridad en el goce de los bienes, amparados por la Constitución, por parte de los miembros de la comunidad.

El Derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo; pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “derecho a perjudicar”<sup>109</sup>. Al respecto el autor Eugenio LLAMAS POMBO, dice:

“El tremendo desplazamiento que se ha producido en el Derecho de daños de las últimas décadas, que ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima, avala antes la prevención que la reparación. Como es sabido, puede afirmarse, plásticamente, que en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el ‘primer actor’ ya no es ‘el que causa daño a otro’, ni tampoco ‘los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...’, sino precisamente ese ‘otro’ que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca.

El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que ‘todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado’, o algo parecido”.<sup>110</sup>

Y mas adelante afirma:

“Pues bien, ¿Qué mejor para la eventual víctima de un daño que no llegara a serlo? El principio *alterum non laedere* no deja de mirar la realidad desde la óptica del dañador, destinatario de la prohibición de perjudicar. Frente a ello, si queremos ocupar la perspectiva de la víctima hemos de pensar más bien en un ‘derecho a la indemnidad’, oponible *erga omnes*

---

<sup>109</sup> ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, Derecho de obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 307. También en Seguí-Japaze-Amenábar, “Prevención y reparación de los daños ambientales en el proyecto de Código civil de 1998”, en Responsabilidad Civil y Seguros, N° 4, 1999, pág. 20

<sup>110</sup> LLAMAS POMBO Eugenio, ponencia “Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños” en el XXV Congreso de Derecho de la Circulación (CDC), organizado por INESE y la revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro). Madrid, España, 26 y 27 de marzo de 1999, publicado por la Revista de Responsabilidad Civil y Seguro de España. 1er Trimestre del 2009

Con mayor motivo habrá de hacerlo en relación con ese '*derecho a la indemnidad*' que tratamos de proteger mediante el Derecho de daños y que se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la personalidad, elevados casi siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales. Sólo así podrá mantener nuestra disciplina su secular papel defensor del deber general de respeto a la persona".

En este sentido, se hallan en los Códigos Civiles más destacados, algunas normas generales de responsabilidad que abren la puerta al reconocimiento de los nuevos tipos de daños que deben considerarse resarcibles, entre otros el código civil francés en el artículo 1382<sup>111</sup> establece que cualquier hecho del hombre que ocasione un daño, debe ser reparado o el código civil italiano en el artículo 2043<sup>112</sup> indica: "*todo aquel que cause un daño injusto debe repararlo*" al indicar que cualquier hecho fraudulento o culposo que causa un perjuicio injusto, obliga a aquél que lo causó a reparar el daño provocado; a su turno, el Código Civil alemán enumera los eventos en los que el daño debe ser reparado, haciendo uso de tipos más o menos amplios: "*el que cause un daño a la vida, a la salud, a la integridad, etc.*"; tendencia a partir de la cual, la doctrina determinó que daños resultaban injustos, pues este es el filtro que se utilizó para establecer los daños resarcibles, entendiendo por injusto que no existiera ningún derecho para causarlos y que la víctima, viera afectado un interés tutelado sin tener el deber de soportarlo.

## 7. La reparación a cargo de quien crea el riesgo

Los partidarios de las Teorías Objetivas o Teoría del Riesgo preconizan la necesidad de indemnizar a quién haya sido víctima del riesgo creado por el causante del daño con su actuar, sostienen que el sujeto es responsable por los riesgos o peligros que su actuar origina, aunque ponga de su parte toda la diligencia necesaria para evitar esos daños, pues si además se beneficia con ello (teoría del riesgo beneficio) también ha de asumir el pago de las consecuencias dañosas, surgió debido a la necesidad de dejar indemnes a aquellas víctimas que sufrieron daños causados por el auge de las máquinas en la vida social y que aplicando la teoría clásica de la culpa no era posible reparar el perjuicio puesto que no quedaba debidamente demostrado el hecho doloso o culposo.

Los preconizadores de esta teoría denominan a la responsabilidad por riesgo creado como "*objetiva*" o "*basada en la mera causación*" o bien se limitan a señalar su nota negativa, la falta de culpa, sin aludir a la positiva, la atribución a título de riesgo creado.

---

<sup>111</sup> Código Civil Francés. Art. 1382: "(...) *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause á autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, á le réparer.* (...)".

<sup>112</sup> Código Civil Italiano. Art. 2043: "(...) *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.* (...)".

Respecto al ensanchamiento, el Derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del bien común, debe luchar con la solución justa en esta materia, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo.

Es así como no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño.

La sociedad moderna está llena de peligros, los cuales de una u otra forma tienden a restringir el desarrollo de algunas actividades, ahora para la Ciencia Penal la conducta reprochable es aquella que pone en riesgo de manera no justificada un bien jurídico tutelado, en palabras de Claus ROXIN, "*el injusto es la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal*"<sup>113</sup>, de donde se desprende que el autor del ilícito no es solo quien vulnera un bien jurídico, sino quien lo pone en riesgo; o sea que cada persona en la vida actual, por lo que en estos casos, quien comete el delito, no es quien pone en riesgo el bien jurídico tutelado, sino quien eleva o crea uno no justificado.

Ahora dada la manera especializada y veloz con que se suscitan las relaciones dentro de un grupo social, es necesario en pos de un desarrollo óptimo de la sociedad que ciertos riesgos sean permitidos por esta misma, toda vez que al no permitirse dicha elasticidad conllevaría a un estatismo que en nada beneficia a la sociedad moderna; es entonces claro que en la actualidad se hace imperativo convivir con el riesgo, "*Sociedad de Riesgos*", pero la creación o participación de estos encuentran ciertos límites, los cuales necesariamente son impuestos por el Estado y que encuentran respaldo en la regulación estricta del rol que cumple; las actividades inherentemente peligrosas, esto es, aquéllas que, aun realizándose con el nivel de precaución en sentido estricto "*strictu sensu*" socialmente deseable, siguen manteniendo unos niveles apreciables de daño esperado, bien por alta probabilidad del daño o bien por elevada magnitud de éste.

De acuerdo a la teoría del riesgo beneficio, el sujeto que obtiene el provecho de una cosa o de una determinada actividad, debe también cargar con los riesgos que crea esa actividad o cosa, pues es un imperativo de la lógica que quien obtiene los beneficios, asuma el peligro y responda por los daños.

Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de daño.

El riesgo creado es el factor objetivo de atribución; se responde no por una mera causación física del daño, sino que hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño, se desprende el perjuicio, lo fundamental: se reparan las consecuencias dañosas desprendidas de una actividad riesgosa lícita, entonces será lícito crear riesgos, pero no dañar con base en esos mismos riesgos porque nadie tiene el derecho a dañar.

---

<sup>113</sup> ROXIN Claus, La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal.

“De ahí el distingo entre el daño causado por el hombre con las cosas, empleando o usando cosas dóciles, fácilmente manejables o conducibles, y el daño causado por las cosas; con esta expresión se quien, aludir a cosas que, en alguna medida, por su peligrosidad cuando son usadas, transportadas o puestas en movimiento, escapan al perfecto control por el ser humano. Recordemos que si el daño es meramente causado con las cosas, la ley crea una presunción de culpa que puede destruirse con la prueba en -contrario. En cambio si es originado por el riesgo o vicio de las cosas se imputa a un factor distinto a la culpa y de allí la intrascendencia de la prueba de la no culpa. La exoneración sólo se logra con la demostración de otros extremos”<sup>114</sup>.

En síntesis, la infracción de un deber de precaución o el incremento indebido de un riesgo son los criterios generalmente aceptados para distinguir la responsabilidad por culpa de la responsabilidad objetiva. La causación de un daño es, por supuesto, un requisito común a ambas reglas de responsabilidad.

Desde el año 1980 el argentino Jorge MOSSET ITURRASPE conceptuaba que *“la denominación adecuada es responsabilidad por riesgo creado. Es responsable quien debe reparar o restituir las cosas a su estado anterior; sin que el vocablo implique necesariamente una connotación subjetiva, relacionada con el reproche de conciencia; el riesgo creado es el factor objetivo de atribución; se responde no por una mera causación física sino por haber creado el riesgo del cual se desprende el perjuicio”*.<sup>115</sup>

Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de daño. De allí que no toda cosa dañadora sea en sí una cosa riesgosa; que no todo animal sea riesgoso; que no toda actividad empresarial lo sea. Y ello es así aunque en ocasiones tales cosas, animales o actividades hayan dañado. Manejar un automóvil, poner en marcha calderas, máquinas complicadas, instalaciones atómicas o de energía nuclear, son hechos riesgosos; empero son lícitos. No hay contra ellos reproche alguno. Más, si de esos hechos se sigue un daño, el Derecho se vuelve contra el dueño o guardián y estima antijurídica ese perjuicio y sobre esa base construye la responsabilidad.

Las consecuencias del riesgo propio de una empresa en una actividad peligrosa al tener una base para reparar los daños que se sigan de ese mismo riesgo, es una consecuencia previsible. Con mentalidad utilitarista podemos sostener que el empresario debe computar esa situación en los costos de sus productos: más aun, que debe llegar a la contratación de un seguro para cubrir de este modo los infortunios o accidentes.

---

<sup>114</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge, Estudios sobre responsabilidad por daños, Tomo I. Rubinzal y Culzont S. C. C. Editores, BS/ Argentina, 1980, pie de pagina No. 22

<sup>115</sup> Ibídem

La idea esencial de la teoría del riesgo, en todas sus versiones, consiste en admitir que quien incorpora un riesgo al cuerpo social, debe reparar los perjuicios operados consecuentemente o, en otras palabras, que quien obtiene los beneficios debe soportar las cargas

Es innegable que el hecho que crea el riesgo y del cual se origina luego el daño es antijurídico partiendo del concepto de garantía, de la integridad de las personas y de sus bienes; la agresión a tal integridad constituye en si mismo de la violación del Derecho: a) porque nadie tiene el derecho a dañar; b) porque carece de una causa de justificación; c) por su ubicación en el Código Civil dentro del Título XXXII “*Responsabilidad común por los delitos y las culpas*” en especial el artículo 2341 de Responsabilidad Extracontractual.; luego no puede hablarse de una responsabilidad por un daño procedente de hecho lícito, será lícito crear riesgos, pero no causar daño con base en esos mismos riesgos. Puede sostenerse, dentro de la concepción de los derechos subjetivos, que toda persona tiene un derecho a no ser dañado y, a contrario *sensu*, que nadie tiene un derecho a dañar es el *neminem laedere* de los romanos.

Finalmente es de analizar la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una “*acción a propio riesgo*”<sup>116</sup>, o una “*autopuesta en peligro dolosa*”<sup>117</sup>.

El argentino Alfredo ORGAZ ha formulado distingos con el fin de esclarecer la cuestión acerca de si la víctima que aceptó cierto riesgo está incurso en culpa y, por tanto, carece de derecho a indemnización. Conforme a las enseñanzas del mencionado jurista, sólo la aceptación de un riesgo anormal o extraordinario, conocido o conocible por la víctima, inherente a la cosa o a la actividad ajena que le produce el daño (aceptación en sentido propio) excluye su derecho a resarcimiento. En caso contrario, mediando el riesgo normal de una situación (aceptación impropia), ello no incide en el derecho indemnizatorio<sup>118</sup> para cuya procedencia la Corte Suprema de Justicia ha señalado los siguientes requisitos:

“Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o partícipe es necesario que ella:

Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

---

<sup>116</sup> GÜNTHER Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

<sup>117</sup> CLAUS Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997. § 24, 45

<sup>118</sup> ORGAZ Alfredo, *La culpa*, Buenos Aires, 1970, pagina 241

Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”<sup>119</sup>.

En cambio, “*por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido*”<sup>120</sup>. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “*cuando una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño*”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636.

<sup>120</sup> CLAUS Roxin, *Op. cit.*, § 24, 17.

<sup>121</sup> Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696.

## **B. FINALIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS**

El aumento de las causas de dañosidad producidas por el industrialismo (accidentes de trabajo, riesgos derivados de actividades, de utilización de cosas, de productos elaborados, etc.), que exponen a la persona humana a mayores riesgos, ha revelado la insuficiencia e injusticia del principio tradicional de atribución subjetiva basado en la culpa del autor del daño. Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con un criterio más solidarista, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, que prescinde de la culpa como factor de atribución y en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc., que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero.

El derecho de daños ha crecido enormemente en los últimos años y constituye la base de la actuación profesional de una gran parte de los abogados en ejercicio profesional que estudian, analizan, asimilan y aplican sus principios, conceptos y elementos en la sustentación de sus pretensiones, y de quienes están en los tribunales adoptan una posición acorde al avance de otros países, básicamente de Francia, Italia, España y Argentina, que los abogados denominan derecho comparado.

El Derecho de Daños o en principio sistema de responsabilidad civil, aunque tiene una función prioritariamente de resolver conflictos entre sujetos y de prevenir en materia de riesgos, está repartido en diferentes normas, incluso de diferentes sectores del ordenamiento jurídico, y es aplicado por las cuatro jurisdicciones (civil, penal, contencioso-administrativa y laboral); pues las reglas de responsabilidad objetiva y las normas del Código Civil son susceptibles de una orientación armonizada a través de principios comunes y de su aplicación por la jurisdicción civil. También hay normas de Derecho de Daños de carácter administrativo que establece el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por los daños que deriven del funcionamiento normal o anormal de las Administraciones Públicas, siendo la contencioso-administrativa como la competente, y nunca las jurisdicciones civil o penal, mediante la acción de reparación directa.

Se pretende concientizar sobre el status de la vida humana en el derecho, el rol de la responsabilidad por daños en ese aspecto, las posibilidades de prevención para la disminución de las contingencias con consecuencias en el ámbito del derecho, y la reparación de los perjuicios generados por estas razones, teniendo en cuenta las diferentes profesiones

“En efecto, si bien puede decirse que los accionamientos por responsabilidad civil contra arquitectos, ingenieros y notarios abren la brecha de la jurisprudencia, y que a ellos le siguen los profesionales de la medicina, lo cierto es que la responsabilidad

civil de los abogados aparece en nuestro medio como el último eslabón -por el momento- de esta tendencia responsabilizadora contra los profesionales, eslabón que difícilmente se retrotraiga más allá de la década del noventa. Lo expuesto ha llevado a algunos a sostener acertadamente que la responsabilidad civil de los profesionales del Derecho aparece como *el desenlace de una crónica anunciada que llega con retraso*, demostrando así que ya no existen profesionales *'intocables'*<sup>122</sup>.

Profesionales que no se condenaban, es más, ni siquiera se instauraba una demanda o denuncia, situación que ha experimentado al presente un verdadero cambio, tanto la doctrina como la jurisprudencia evolucionaron suficientemente como para poder enjuiciar hoy a los otrora privilegiados profesionales, en nuestro país, se ha enfatizado contra los médicos, *"la gran diferencia está en que ya no mistifica ni sacraliza la profesión sino que cada día se exige del profesional conocimientos más actualizados, especializados y profundos"*<sup>123</sup>.

Los motivos de esta drástica evolución en la materia son múltiples, y bien puede decirse que responden ellos, en buena parte, a los mismos principios que explican y justifican el notable incremento, tanto cuantitativo como cualitativamente, que ha tenido la materia de la responsabilidad civil en general; esta multiplicación de las acciones de responsabilidad civil es tanto mayor por cuanto antaño era lo más frecuente que la víctima de un daño no buscara un responsable, en la actualidad, toda víctima se esfuerza por obtener reparación, tímida tendencia hacia la reparación por los daños derivados de su negligencia y/o impericia se va transformando en una corriente cada vez más acusada; la responsabilidad civil de los profesionales no constituye un régimen autónomo sino que se presenta como un mero capítulo o apartado dentro de la materia general de la responsabilidad civil, o ya como una etapa en la evolución del Derecho de Daños.

La idea se centra no ya en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado, esto es, resarcir a la víctima del daño sufrido, independientemente de la cuestión de su ilicitud. Por esta vía, y al no exigirse la prueba de la culpa, se facilita a la víctima el acceso a la reparación. Por otra parte, se amplía considerablemente el número de legitimados pasivos, al poder accionar contra distintos sujetos aun cuando no sean los autores inmediatos del daño, resguardando al afectado de una posible insolvencia de quien ha causado el perjuicio directamente

El derecho de daños, entendido como las nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil, cumple, desde sus orígenes y entre otras, una función compensatoria que, cuando concurren los presupuestos previstos por el ordenamiento jurídico, exige otorgar a las víctimas de daños una indemnización

---

<sup>122</sup> BARRIOS MIGLIARINI Fernando, "Apuntes sobre la responsabilidad civil del abogado en el Derecho Uruguayo. Perspectiva Dogmática y Jurisprudencial", en la Revista Jurídica No. 28 Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, noviembre del 2010, pagina 84

<sup>123</sup> ORDOQUI, Responsabilidad Civil del Profesional Liberal, FCU, 1993, pág. 12

justa y adecuada que repare íntegramente los daños y perjuicios sufridos. “*El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido*”.<sup>124</sup>

## 1. Algunos doctrinantes del Derecho de Daños

Resulta importante resaltar cómo la tendencia del derecho civil moderno denominado Derecho de Daños, en el campo de la responsabilidad civil es la de proteger cada vez más los intereses de las víctimas de los daños que se han venido incrementando en la sociedad contemporánea, cualitativamente en razón a los nuevos daños y cuantitativamente debido a su continuo aumento; en términos del español Luís DÍEZ PICAZO: “*En el Derecho Civil moderno el daño, como presupuesto de la responsabilidad jurídica civil, ha adquirido una gran relevancia, pues se le considera como elemento unificador de todos los supuestos de responsabilidad y en ese sentido ha comenzado a conformarse lo que muchos autores denominan Derecho de Daños*”<sup>125</sup>, todo este avance frente a la tesis más reaccionaria de la doctrina civilista, que pretende mantener los viejos privilegios que la ley le otorgaba a los causantes de los daños, cuyos intereses evidentemente resultaban favorecidos cuando se le exigía a la víctima la prueba de la culpa del agente, la cual en la mayor parte de los casos resultaba muy difícil de obtener, cuando, sin duda, el reconocimiento elemental del peligro, de la exposición y la imprescindible tutela de los derechos e intereses del sujeto jurídico son aspectos sobresalientes de sus contornos actuales, pasando de la venganza a la compensación económica o restablecimiento del derecho.

Así que, actualmente, el verdadero problema de la responsabilidad civil o finalidad del Derecho de Daños, es el de la aplicación efectiva e igualitaria del conocido principio de la reparación integral. En este sentido, el principio de reparación integral del daño (*restitutio in integrum*) exige que la cuantía indemnizatoria ni infra- ni sobrecompense a la víctima.

Por lo tanto el objeto de la responsabilidad civil bajo la nueva concepción de derecho de daños es la reparación del daño y no la represión de una conducta, la indemnización a la víctima no se calcula por la gravedad de la culpa, sino por la extensión del perjuicio, suprimiendo la noción de culpa del vocabulario de la responsabilidad, no persiguen el castigo de los actos injustos, sino la indemnización de los daños injustos; en donde el verdadero problema de la responsabilidad es decidir quién debe de soportar los efectos del daño una vez que éste se ha producido: Si la misma víctima del daño es quien lo ha causado, es

---

<sup>124</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-409/09 del 17 de junio del 2009, expediente D-7478, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 (parcial) de la Ley 906 de 2004. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez

<sup>125</sup> DÍEZ PICAZO LUÍS, *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, S. A, Madrid, 1999.

obvio que ella deba soportarlo, pero si el causante es otro, no hay razón por la que ella deba sufrirlo; es el autor del daño quien debe soportar las consecuencias.

El autor Ricardo DE ANGEL YAGUEZ es enfático en la reparación:

“En efecto, creo que si por responsabilidad civil entendemos lo que siempre hemos interpretado, su función no puede ser otra que la de reparación del daño causado, sin perjuicio de que de forma indirecta despliegue otras, como pueden ser la sancionadora o la de prevención. Lo que sucede es que no podemos, a mi juicio, seguir planteándonos la pregunta a la luz de un concepto, por así decirlo, clásico de la responsabilidad civil. Parece más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de la reparación de los daños. Es aquí donde a mi entender se manifiesta la mayor corrección, en el aspecto terminológico, de la expresión Derecho de daños... Si se desgaja del fenómeno de los daños, como hoy parece inexcusable, la idea de responsabilidad en su acepción clásica..., no hay ningún inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva, y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras”<sup>126</sup>

En relación con la evolución de la concepción culpabilista de la responsabilidad patrimonial, la doctrina ha señalado:

“En este estadio de evolución en que nos encontramos, la insuficiencia de la culpa como factor de atribución en la materia resulta notoria; la realidad social no es la misma y el derecho puede permanecer distante. Es por ello que se abre paso a una nueva concepción del derecho, fundada en lo que se ha llamado la era del daño bajo la premisa de la no causación dañina, teniéndosele como principio general en materia de responsabilidad patrimonial. Es así como se establece no la prioridad de buscar un culpable para sancionarlo, sino la de comprender y reparar a la víctima del mal injustamente sufrido.

La culpa como factor de imputación de responsabilidad compite con otros fundamentos de atribución o de responsabilidad de tipo objetivo, tales como la equidad, la garantía, el riesgo creado, la solidaridad, la distribución de las cargas públicas, etc...”<sup>127</sup>

Las normas de la responsabilidad civil tienen una finalidad fundamentalmente reparadora y su función primera es restablecer el bien lesionado por el hecho dañoso, en este sentido, no persiguen el castigo de los actos injustos, sino la indemnización de los daños injustos; de ahí que las normas de responsabilidad civil se diferencien de las normas del Derecho penal y, por tanto, no tienen la fuerza que revisten a efectos de la responsabilidad penal principios tales como el de identificación o imputabilidad del autor, el de individualización de la pena o el *in dubio pro reo*, que llevan en el ámbito penal a no imputar el resultado de una acción cuando su autor es desconocido.

---

<sup>126</sup> DE ANGEL YAGUEZ Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, Cívitas, Madrid, 1995 págs. 230-231

<sup>127</sup> GIL BOTERO Enrique “Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Ed. Comlibros, 2006, Pág. 37 y 38.

En este orden de ideas, “*resulta notorio que durante los últimos tiempos hemos asistido a un cambio importante de los pilares clásicos de la responsabilidad civil, cuales son la culpa, la ilicitud o la antijuridicidad del hecho y la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado, tanto desde un punto de vista jurisprudencial, como legal, sobre todo a través de diversas Leyes especiales. Estos elementos se han visto transformados en repetidas ocasiones en una responsabilidad donde lo injusto es el daño, sin que exista culpa o incluso causa cierta*”<sup>128</sup>.

El doctrinante francés Philippe LE TOURNEAU<sup>129</sup>, en entrevista como conferencista en el “*V Congreso Iberoamericano de Derecho Privado, La responsabilidad civil contractual, homenaje al maestro Philippe Le Tourneau*” efectuado el 10 y 11 de Septiembre de 2007 en Cartagena (Colombia), manifestó:

“Yo propongo una reforma radical: los daños que atenten contra la integridad corporal y todos los daños corporales, sin importar su origen (doméstico, profesional, por accidentes de tránsito, médicos, por actos terroristas, etc.), tanto contractuales como por delitos, deben ser indemnizados automáticamente por la seguridad social. De este modo, la utilidad de regímenes específicos nuevos sería menor.

Durante mucho tiempo, el legislador no ha intervenido, mientras que si han surgido nuevos daños. Los jueces han estado obligados a inventar soluciones para resolver los litigios que les han sido sometidos. Se ha fundamentado, más que todo en la teoría del riesgo, lo que ha provocado el desarrollo de la responsabilidad objetiva.

Tres tipos de razones explican el debilitamiento de la responsabilidad subjetiva y el fortalecimiento paralelo de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo. Algunos aseguran que se trata de la evolución provocada por nuevos hechos; otros, por la evolución de mentalidades y, finalmente, algunos señalan que eso se debe al desarrollo de los seguros, ..., finalmente, y por encima de todo, está el desarrollo de la industria: máquinas y otras herramientas multiplican las posibilidades de daño y, al mismo tiempo, aumentan su gravedad. Entonces la víctima se encuentra frecuentemente con la dificultad de demostrar la causa

La evolución de las mentalidades, a su vez, han influido en el reconocimiento jurisprudencial y legal de la teoría del riesgo. ¿De qué evolución hablo? De la valorización de la persona humana, que se traduce, por lo general, en que el deber de indemnizar se traslada a la colectividad. El centro de atención del derecho de la responsabilidad ha pasado del autor del daño a la víctima. Hay un tipo de eslogan que predomina: ‘*todo daño debe ser indemnizado*’, aunque suene exagerado.

La última causa del éxito de la teoría del riesgo es el incremento notable de los seguros de responsabilidad. Los tribunales no dudan en condenar a alguien al pago de una indemnización, incluso cuando hay ausencia de verdadera culpa, pues saben

---

<sup>128</sup> MÚRTULA LAFUENTE Virginia, Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil, Barcelona, abril de 2006, pág. 4, InDret 2/2006, [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>129</sup> tratadista francés, autor de más de 500 publicaciones, entre ellas “La responsabilidad Civil”, editada en español, traducida por el doctor Javier Tamayo Jaramillo, editorial Legis

que, en definitiva, no será él quien soporte la carga de la condena. Como los seguros de responsabilidad eran poco frecuentes, era difícil condenar a una persona 'inocente' a pagar una indemnización. Actualmente la responsabilidad objetiva está ligada a la posibilidad de asegurarse: el responsable es aquél que tiene un seguro para la víctima. Si esa persona es desconocida, no asegurada o insolvente, otra forma de colectivización de los riesgos entra en juego: la intervención de algún fondo de garantía previsto en la ley”..

Finalmente manifiesta:

“La jurisprudencia sobre responsabilidad cambia tan rápido, porque los jueces son más sensibles que antes a los movimientos de la opinión. También puede ser porque ellos respetan cada vez menos la ley, de suerte que se sienten más libres para innovar, pero lógicamente, sin admitirlo”<sup>130</sup>.

El español Luis MEDINA ALCOZ

“Advierte que tales pautas se han reforzado por influjo de la concepción delincencial de la responsabilidad civil que, mantenida abiertamente en el siglo XIX y principios del XX, explica la existencia, aun hoy, de tendencias que, descuidando su función resarcitoria, restringen de algún modo el ámbito material del instituto; concepción que, proyectada sobre el área de los daños y perjuicios resarcibles, se ha traducido en la exigencia de una rigurosa demostración de su existencia y de su extensión, como si operara el altísimo estándar probatorio propio del Derecho penal, con el resultado paradójico de que la responsabilidad civil, cuando se encara bajo un prisma represivo, es menos reparadora que cuando aparece desligada de sus tradicionales tintes punitivos.

(...)

“En este orden de cosas, aun hoy da la sensación de que la jurisprudencia no sólo opera con un principio de presunción de inocencia, sino que, a veces, marca el instituto por el principio tendencial *pro reo* o *pro debitore* porque cualquier duda existente sobre la existencia y la cuantificación del daño se resuelve con la solución más favorable al agente dañoso, con detrimento de la víctima. Mas este principio es exactamente el contrario al que debe operar tendencialmente en el instituto de la responsabilidad civil que, en atención a su estricta función reparatoria, ha de estar presidido por el principio *pro victima*. Así las cosas, en caso de duda, la solución seleccionable es la que favorezca al perjudicado y no la que beneficie al agente dañoso”.<sup>131</sup>

El jurista español Mariano MEDINA CRESPO, presidente de la “Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro” concreta:

“El instituto de la responsabilidad civil quedó, no obstante, construido a imagen y semejanza de la responsabilidad criminal, manifestándose ello en la instauración del monismo atributivo de la culpa que, además, quedó montado lógicamente sobre la

---

<sup>130</sup> Ámbito Jurídico, periódico de Legis, del 27 al 9 de Septiembre de 2007, pagina 25

<sup>131</sup> MEDINA ALCOZ LUÍS, Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos, Dykinson, Madrid, 1997, p. 113.

presunción de inocencia del agente dañoso, en el entendimiento de que esa proyección, protectora del agente dañoso, a costa de la víctima, se producía respecto de la imputación y también respecto de la selección de los daños resarcibles y su cuantificación”<sup>132</sup>

En este orden de ideas dos son las grandes teorías monistas que inspiran al derecho de daños.

Una la teoría utilitaria, para quienes la norma principal de maximizar el bienestar social agregado (*aggregate social welfare*) se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión (*compensation and deterrence*), que debe lograrse con un sistema de solidaridad social en el sentido que ninguna víctima se queda sin indemnizar, se socialicen los riesgos, se implemente al indemnizaciones directas y/o automáticas.

La otra, es la teoría aristotélico kantiana del derecho o la justicia, que se basa en la igual libertad de todos los hombres; para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una “*justa*” compensación y disuasión (*just compensation and deterrence*).

Las dos contemplan la compensación y disuasión diferenciándose por el calificativo, convergiendo en que la víctima debe ser indemnizada. Al respecto el doctrinante Gilberto MARTÍNEZ RAVE

“Pretendemos que los perjudicados conozcan los derechos que tienen, que las facultades de derecho programen en su currículum ordinario o en los cursos para otorgar títulos de abogados, de maestros en derecho o de doctores, materias referidas a este tema, que los jueces y magistrados superen la rutina de sus fallos y adecuen sus conocimientos a las nuevas concepciones de la responsabilidad civil extracontractual que ya rigen en la mayoría de los países del mundo y, en síntesis, que la sociedad colombiana sienta que el derecho que se desarrolla a través del principio ‘*todo el que ocasione un daño a otro debe indemnizarlo*’, si es real y efectivo, y no queda supeditado a formalismos o a pruebas imposibles”<sup>133</sup>.

En concreto tenemos que el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.

## **2. Cambio de paradigma: de la culpa a la reparación**

En un principio, el instituto de la responsabilidad partía de la idea de que cada sujeto debía cargar con sus propios daños y de que la responsabilidad civil debía

---

<sup>132</sup> MEDINA CRESPO, Mariano, El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte. Luces y sombras del sistema valorativo, diez años después; y, sobre todo, el indefectible porvenir, tomado de Internet de la página de la *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*”

<sup>133</sup> MARTÍNEZ RAVE Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, 1º Ed., Editorial Temis, año 1998, página 26

concebirse como una excepción. En otras palabras, se partía del principio de que el traspaso de la carga del daño experimentado por un sujeto a otro sujeto sólo se puede realizar cuando existe un motivo suficiente que lo justifique, motivo que inicialmente se identifica con el comportamiento culpable. Sin embargo, estas ideas comenzaron a tambalearse ya con la Revolución Industrial; el cambio económico-social, el paso de una economía rural a otra industrial y las nuevas fuentes potenciales de peligro llevaron a considerar insuficiente la culpa como criterio para atribuir la obligación de responder a un determinado sujeto. Difícilmente se podía buscar al culpable, por ejemplo, cuando el daño había sido producido por una máquina que funcionaba automáticamente por vapor.

Decía ya André TUNC que es banal comprobar la explosión de la Responsabilidad Civil, ya que en todos los países industrializados, estos se multiplican.

El eje va a estar dado en el daño y no tanto en el factor de atribución por el cual un sujeto será determinado como el jurídicamente responsable de reparar el daño

Como señala Luís DíEZ PICAZO: la conciencia imperante en la época de la Codificación, conforme a la cual el daño se veía como un castigo de Dios por los pecados cometidos o como prueba del temple del alma de la víctima, parece cambiar a raíz de la Revolución Industrial. A partir de ese momento *“la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social. Se impone, como una exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona”*.<sup>134</sup> Esto se convierte en una búsqueda sistemática de un responsable; con ello, a partir de aquí, en la percepción social, la responsabilidad civil pasa a ser la regla, y la asunción del propio daño, la excepción. Hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora porque el Derecho contemporáneo mira del lado del víctima y no del lado del autor, o sea desde la óptica del derecho de daños.

Tradicionalmente se ha asentado la responsabilidad en la culpa; aserto que se generalizó e hizo absoluto para concluir que donde no se presente culpa no hay responsabilidad ni se decreta indemnización. Pero con el correr de los tiempos y los cambios de mentalidad operados conducen a modificar la ubicación de los términos, a radicar en el daño la causa de la responsabilidad y a hacer de la culpa, en vez de elemento de existencia de la obligación, dato cuya ausencia puede llevar a la exoneración.

*“Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: ‘El mundo marcha, y la ley del progreso, que todo lo mueve, no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños, es entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos...Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos*

---

<sup>134</sup> DíEZ PICAZO Luís, “La responsabilidad civil hoy”, ADC, pagina 728

*años, tiende a ampliar aun más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño... ”<sup>135</sup>.*

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad.

De esta manera, se altera en cierto modo el punto de partida, y se instaura progresivamente un principio de favorecimiento a la víctima, se trata, de hecho, de una tendencia generalizada en el derecho actual, que se manifiesta, por lo que aquí nos interesa, en la pretensión de reparar cualquier revés o contrariedad que sufra una determinada persona, con lo que la responsabilidad parece asumir nuevas funciones en la percepción social. Como consecuencia de este principio de favorecimiento de la víctima, el daño pasa a ser el presupuesto a partir del cual se articula la responsabilidad y, lo que es más interesante, el propio concepto de daño se amplía a la vez que se imponen nuevos criterios como por ejemplo de la acción directa de la víctima contra la entidad aseguradora, o todos los perjudicados son considerados víctima a la luz de la ley 906 del 2004, o que el llamamiento en garantía se transforma en la citación al asegurador al incidente de reparación integral, esto en nuestro país; en España la oferta indemnizatoria de acuerdo con los baremos que tienen carácter vinculante, o en Francia dichos promedios en caso de la indemnización dada por la asegurador es muy inferior a esta tiene sanción pecuniaria, obligando al asegurador a pagar el valor de estos promedios a pesar de no ser vinculantes legalmente, pero en la práctica lo son; y en Argentina se cuenta con una base de datos que provee la información de la indemnización por un caso muy similar a la víctima, información válida tanto para la víctima como para los responsables penales y civiles. En los países Europeos ya no se cuestiona la necesidad de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil sino que el mayor énfasis se coloca en la forma como deben cuantificarse los daños y perjuicios, estableciendo algunos límites, promedios o baremos.

Cabe señalar que la doctrina es importante en todo ámbito jurídico ya que ayuda a aclarar conceptos y a determinar la correcta interpretación de las leyes y de los reglamentos acorde al avance social y económico de un país, a tono con el desarrollo internacional, que los abogados denominan Derecho Comparado.

“El derecho es un instrumento limitado y más acotada aún es la sentencia que puede elaborarse a partir de un ordenamiento jurídico dado. La actuación del juez apunta evidentemente a obtener en todos los casos la solución más justa posible, obviamente dentro del marco normativo, doctrinario y jurisprudencial que resulte

---

<sup>135</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 1938, G.J. No.1932, pág. 58.

aplicable. El criterio judicial será entonces, una herramienta altamente eficaz para obtener una reparación equitativa ante la existencia de un daño injusto”<sup>136</sup>.

Una rígida aplicación de los clásicos principios de culpa, causalidad y carga de la prueba, puede llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, pues la demostración de la culpa y la causalidad con arreglo a los esquemas tradicionales pueden llegar a convertirse, en algunos casos, en una verdadera prueba diabólica.

Influyeron en buena medida para que naciera la idea de responsabilidad sin culpa; la situación de la víctima y la necesidad de acreditar la culpa del agente trasgresor, a veces poco menos que imposible, y la cantidad de accidentes que trajera el maquinismo, hicieron que naciera la idea de la responsabilidad sin culpa, en tanto no se respondía de los daños causados sin culpa.

Se ha señalado, precedentemente, la crisis de la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad civil, a partir del siglo pasado su evolución marca distintas etapas: desde una exigencia exorbitada de culpa, pasando por distintas atenuaciones a la teoría de la culpa -con la incorporación del concepto de culpa objetiva, las presunciones de culpa, el afinamiento del concepto de culpa-, hasta llegar a prescindir, jurídicamente, de la culpabilidad

“El principio ‘*pas de responsabilité sans faute*’, no hay responsabilidad sin culpa, resultado del pensamiento filosófico *iusnaturalista* racionalista de los siglos XVII y XVIII, ha inspirado las concepciones jurídicas de los ordenamientos de Europa continental, de base romanista y, por lo tanto, de América Latina, y se ha plasmado en los códigos decimonónicos. Además del individualismo liberal, en su defensa exagerada del respeto a la voluntad y a la libertad (desde una visión unilateral o de un solo ojo), sumado a la visión filosófica del *iusnaturalismo* racionalista, fueron factores relevantes de la fundamentación de la responsabilidad en la culpa: en el plano religioso, las ideas protestantes, en especial de Calvino, con orden en la base moral de la responsabilidad; en el plano económico, la ayuda que ello importó para la burguesía en ascenso y al pequeño empresariado, favorecido por el hecho de que sólo los comportamientos negligentes darían lugar a la obligación de reparación; habría sido un freno para el desarrollo económico e industrial, el haber tenido que responder por los daños producidos por la incipiente maquinaria de la época, y, en general, por el incremento de la peligrosidad que, para la vida del ciudadano medio, supusieron la industrialización y el desarrollo de la técnica”<sup>137</sup>.

El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “*todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado*”. Así, lo relevante hoy no es la antijuricidad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuricidad del daño mismo. Y por eso,

---

<sup>136</sup> MEDINA Graciela, FAMÁ María Victoria y REVSIN Moira, “Tutela Jurídica de la persona por nacer frente al derecho de daños” tomado de su pagina [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)

<sup>137</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge, "Introducción a la responsabilidad civil", en Mosset Iturraspe (dir.), Responsabilidad civil, Buenos Aires, Hammurabi, página 26

cabe hablar de un relativamente nuevo principio general de nuestro Derecho, que podría formularse como el favor *victimae* o principio *pro damnato*, encierra una regla general por la que “*todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño*”<sup>138</sup>.

La responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento, que lo asuma el patrimonio del causante no el patrimonio de la víctima, en donde el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o sus bienes; en este sentido es muy acertada la apreciación del doctor Gilberto MARTÍNEZ RAVE en su décima edición:

“Por eso el Estado no puede presumir civilmente inocente a quien causa un daño porque la protección, como forma de garantía, se debe a quien lo sufre. Es preciso proteger al titular del derecho. ¿Porqué entonces es su patrimonio el que tiene que cargar con las consecuencias del daño? El Estado es garante de que el perjudicado será resarcido o compensado, de los perjuicios que sufre como consecuencia del desconocimiento de un derecho consagrado en la Constitución. Presumir inocente a quien lo ocasiona, que equivale a convertir en responsable a quien lo sufre, ¿no es desconocer esta disposición constitucional?”<sup>139</sup>.

Y en la undécima edición en conjunto con la doctora Catalina MARTÍNEZ TAMAYO, da la siguiente respuesta:

“¿Porqué se ha desprotegido el patrimonio del perjudicado cuando de acuerdo con la Constitución Política y las leyes es quien merece y debe recibir la protección del Estado que garantiza la efectividad de sus derechos según la Constitución? ¿Por qué, si soporta las consecuencias de un hecho cometido por otra persona, se le obliga a demostrar que el causante cometió ‘un error de conducta, una culpa’? ¿No es acaso suficiente prueba de su derecho, el daño recibido? ¿Por qué si el causante no actuó con ‘*error de conducta*’, es decir con culpa, tiene el perjudicado que cargar con las consecuencias? Si el perjudicado no cometió ningún error y no causó ningún daño. ¿Por qué tiene que sufrir las consecuencias patrimoniales del hecho dañoso cometido por otro, así lo haya ocasionado sin culpa?

“¿Por qué se ha mirado estos problemas desde el punto de vista del patrimonio del causante y se ha exigido, para cargar a su patrimonio las consecuencias económicas de sus hechos la prueba de la culpa? ¿Porqué se ha exigido que para ser responsable civilmente debe establecerse un vínculo subjetivo entre el hecho y la voluntad o ‘*error de conducta*’ del causante? La única explicación resulta de la confusión manifiesta entre las responsabilidades penal y civil, los principios que las rigen y sus consecuencias por cuanto la presunción de inocencia que consagra la

---

<sup>138</sup> DIEZ PICAZO, “La responsabilidad civil hoy”, en A.D.C., 1979, pág. 732.

<sup>139</sup> MARTÍNEZ RAVE Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, editorial Temis, 10 Edición, 1998, página 48.

Constitución Política y las leyes es en el ámbito penal. Por ninguna parte aparece consagrada, ni constitucional ni civilmente, la presunción de inocencia civil”<sup>140</sup>.

Dado que el Artículo 2º de la Constitución consagra los fines esenciales del Estado: “*Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”; y en el inciso 2º del mismo artículo establece: “*Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares*”.

Las modernas tendencias del derecho civil o sea la teoría del “*Derecho de Daños*” en donde hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra; esto no es nuevo, lo novedoso es el cambio de enfoque, el derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor, operando un cambio de paradigma, de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, surgiendo la responsabilidad objetiva edificada sobre el “*daño*” y no sobre la “*culpa*”, el declive de la doctrina de la culpa bajo la distinta perspectiva con que empieza a mirarse el problema de la responsabilidad: “*la víctima debe ser indemnizada siempre*”, no requiere la existencia de culpa por parte de quien habrá de responder; la concepción de nuevos daños, nuevas pautas y criterios; reconociendo a la víctima otros intereses adicionales al indemnizatorio: derecho a conocer la verdad, derecho a participar de la justicia, formas alternativas de reparación, indemnización integral, reclamación de la víctima directamente a la entidad aseguradora, un proceso judicial pronto, oportuno y eficaz, restauración de sus derechos en el menor tiempo posible, etc., cambios que apuntan a una transformación del sistema tradicional que se va traduciendo en realidades legislativas que tienden a la inmediata indemnización de la víctima por medio, básicamente, del seguro, regidas por el principio de reparación integral que preside el Derecho de daños

A nivel legislativo en Argentina se tiene:

“La culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil. Desde la reforma de 1968 al Código Civil argentino, la imputabilidad basada en la culpabilidad vio limitado su campo de aplicación por la existencia de factores objetivos, que prescindiendo de toda culpa, liga una causa a un resultado.

La doctrina moderna sostiene que es ‘*el daño el elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio*’ por la necesidad de reparar a la víctima “*el daño injustamente sufrido*”, es decir, cuando ‘*es injusto que lo soporte quien lo recibió*’, aunque el sindicado responsable no haya obrado ilícitamente.

---

<sup>140</sup> MARTÍNEZ RAVE Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO Catalina, Responsabilidad Civil Extracontractual, editorial Temis, 11 Edición, 2003, página 801

Así, al constituirse el elemento del daño en el centro de referencia del sistema resarcitorio, se arriba a la concepción unitaria de la responsabilidad civil y a un **sistema unificado de reparación**, con independencia de la génesis del deber violado que la origina<sup>141</sup>.

Se ha operado un cambio de paradigma en el derecho de daños más acorde con los lineamientos de la justicia reparadora o restauradora que de la justicia retributiva, de tal modo se tiende actualmente no tanto a reparar el daño injustamente causado sino al daño injustamente sufrido, pautas que surgen de la consagración de la responsabilidad objetiva sin mediar en absoluto la culpa.

Podemos decir sin lugar a dudas que la responsabilidad civil o derecho de daños en su expresión más moderna es una de las ramas del derecho que más ha evolucionado en los últimos tiempos y ha experimentado un notable desarrollo intelectual tanto de parte de la legislación como de la doctrina y la jurisprudencia.

La responsabilidad civil evolucionó de ser una deuda de responsabilidad a convertirse en un crédito de indemnización; la denominación derecho de daños va sustituyendo a la ya clásica responsabilidad civil; y de otro lado, con la generación de nuevos daños aparecen nuevos legitimados y por lo tanto nuevos obligados.

“En este orden de ideas, resulta notorio que durante los últimos tiempos hemos asistido a un cambio importante de los pilares clásicos de la responsabilidad civil, cuales son la culpa, la ilicitud o la antijuridicidad del hecho y la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado, tanto desde un punto de vista jurisprudencial, como legal, sobre todo a través de diversas Leyes especiales. Estos elementos se han visto transformados en repetidas ocasiones en una responsabilidad donde lo injusto es el daño, sin que exista culpa o incluso causa cierta<sup>142</sup>.

Situación que la academia ha coadyuvado con la formación de cursos de actualización, diplomados, especializaciones y doctorados en “*Derecho de Daños*”, siendo abanderado Argentina y España contando cada uno con una revista especializada denominada “*Derecho de Daños*”, de España se toma la siguiente presentación de la especialización “*Derecho de Daños, Problemas actuales del Derecho Civil*”.

“El viejo anhelo humano de obtener la reparación de los daños o quebrantos sufridos por la persona se plasmó en los códigos civiles a través de unos cuantos (pocos) preceptos, reguladores de la llamada “*responsabilidad civil*”. En los últimos

---

<sup>141</sup> Tomado de las conclusiones del artículo “*Cómo aparece la Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Derecho Romano*” 1ra. parte, de la Dra. Nelly Dora Louzan Solimano, profesora de la Universidad Nacional de Buenos Aires y otras; y “*Cómo surge en el Código Civil Argentino la distinción: Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*” 2da. parte, de la Dra. Mirta Susana Ponti, profesora de la Universidad del Salvador y Universidad de Concepción del Uruguay, publicado en Internet.

<sup>142</sup> MÚRTULA LAFUENTE Virginia, Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil, Facultad de Derecho, Universidad de Alacant, Barcelona, España, abril de 2006. Tomado de la revista *Indret* 2/2006 revista para análisis del derecho, [www.indret.com](http://www.indret.com).

cincuenta años y dentro del Derecho Civil, sin embargo, probablemente no haya otra materia que haya sufrido mayor transformación. En lo cuantitativo, dada la "explosión" de reclamaciones que verdaderamente han inundado los tribunales de Europa y América, la ingente jurisprudencia que ello conlleva, y la monumental cantidad de trabajos y estudios doctrinales sobre el tema; en lo cualitativo, por los cambios que las exigencias sociales y la creciente depuración técnica han introducido en el tratamiento de la temática, tanto es así, que se ha dado lugar a toda una disciplina, el "*Derecho de daños*" que, sin perjuicio de su raíz y vocación indiscutiblemente civil, goza ya de cierta autonomía, y requiere un alto grado de especialización.

En esa línea, este curso de especialización en Derecho de Daños pretende ofrecer, por una parte, un estudio riguroso y profundo de las transformaciones sufridas en la materia, sus paradigmas actuales y las perspectivas de futuro, en relación con sus elementos sustanciales: daño, imputación, causalidad y reparación. Y por otra, una panorámica de la fenomenología de los daños y su distinto tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales europeos<sup>143</sup>.

Criterios como el de las presunciones de responsabilidad, de la inversión de la carga de la prueba (que dispensa a la víctima de toda otra carga que no sea la de probar la realidad del daño corriendo a cargo del imputado la demostración de que su actuar fue diligente) como en algunos casos de responsabilidad médica, o apreciar culpa ante la más mínima negligencia, llegando incluso a la declaración de responsabilidad por el hecho de haber ocurrido el daño, que prueba por sí mismo la existencia de aquella negligencia. Dentro de ésta misma línea también se flexibiliza el requisito de la Causalidad que debe existir entre el daño y el hecho productor del mismo. Se pasa de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada; sin desconocer que "*la prueba del daño es de por sí una cuestión ligada al hipergarantismo. Quién dañó se escuda en ese exceso de formalismos y tutelas*"<sup>144</sup>.

Inicialmente nuestro sistema en materia de Responsabilidad Extracontractual aparece dominado por la idea de "*culpa del agente productor del daño*", luego con la aparición de nuevas técnicas y del transporte automotriz multiplicó la producción o posibilidades de producción de daños, haciendo casi imposible la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa. Sistema que no se podía seguir manteniendo al exigir de cada una de las víctimas la prueba de la culpa del autor de la acción dañosa, culpa que en la mayoría de casos era difícil de demostrarla.

---

<sup>143</sup> Programa de especialización de "Derecho de Daños, Problemas actuales del Derecho Civil" de la Universidad de Salamanca", dirección académica por el doctor. Eugenio Llamas Pombo, conferencistas los doctores Luis Díez-Picazo y Fernando Pantaleón Prieto, autores que se citan en el presente libro.

<sup>144</sup>GHERSI Carlos A., "Derecho de Daños" , Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, págs. 71 a 87.

Por otra parte también ha cambiado la postura interna de las personas que antes se resignaban más a su suerte o su desgracia y, si bien no podemos hablar de una “*industria del juicio*”, es notable el incremento de las demandas de daños. Siendo los temas más explotados los accidentes de tránsito o las supuestas malas praxis de los profesionales de la salud, existe una gama tan variada de temas de reclamos como variada es la actividad humana y entonces podremos encontrar desde demandas contra el Estado por el incumplimiento de sus deberes básicos, pasando por el uso de armas, las vacaciones estudiantiles, la contaminación auditiva o visual hasta las que surgen por la caída de frutos u hojarasca sobre el techo del vecino.

Requiriendo del abogado una calidad de los conocimientos pueda tener sobre el derecho de daños exigiendo su dominio y precisión conceptual, su aplicación puntual acompañada de la cuantificación exacta del monto reclamado (o pretensiones) basada en casos similares, con criterios que la doctrina nacional o foránea que la jurisprudencia ha acogido.

El quantum reclamado siempre que sea posible deber ser cuantificado, en cifras de manera discriminada y actualizada con los factores pertinentes, salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso (por ejemplo en una demanda por mala praxis en la que podría reclamarse la pérdida de la chance), o porque la estimación dependiera de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de la demanda fuese imprescindible para evitar la prescripción de la acción.

En la cuarta edición en el año 2008 del libro, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, dirigida por el Profesor Fernando REGLERO CAMPOS, publicada en la Colección Nuevos Clásicos de Thomson Aranzadi, editado en tres Volúmenes, con una extensión total de 4.250 páginas, bajo la óptica del Derecho de Daños, el cual reseñamos a continuación.

La Parte General (tomo I) se divide en nueve capítulos: Conceptos Generales y Elementos de Delimitación; Los sistemas de responsabilidad civil; El daño; Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos a Motor; El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor; Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno; La responsabilidad civil en el proceso penal; La prescripción de la acción de la reclamación de daños; El seguro de responsabilidad civil, en esta edición se dedica el Capítulo IV al sistema de valoración de daños del Anexo de la Ley del Automóvil, como consecuencia de haber pasado dicho sistema de valoración de daños a ser el más habitual en todos los órdenes jurisdiccionales. Se amplía el Capítulo III, dedicado al estudio del daño y se incorpora en el tratamiento del nexa causal (Capítulo V) un apartado dedicado a la teoría de la pérdida de oportunidad.

La Parte Especial incluye nuevos capítulos dedicados a la responsabilidad civil en los más diversos ámbitos; sin limitarse en función de las disciplinas jurídicas que tradicionalmente, por razones académicas o jurisdiccionales, propician la fragmentación del estudio del Derecho; la Parte Especial en los Tomos II y III se divide en 19 capítulos: Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor; Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos; responsabilidad civil por productos defectuosos; Responsabilidad civil médica; La responsabilidad civil de los profesionales del derecho; La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs). La responsabilidad civil en la edificación; responsabilidad civil de administradores de sociedades; la responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo; Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea; responsabilidad civil por daños al medio ambiente; responsabilidad de padres y centros docentes; daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen); Los daños causados por animales y en el ámbito de la caza; la responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas; Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual; Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial; Responsabilidad civil por accidentes de trabajo; La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas; se incorporan dos nuevos Capítulos dedicados a la responsabilidad civil de los profesionales del Derecho (capítulos XIV) y a los daños a la propiedad intelectual (capítulo XXV).

Todas estas modificaciones permiten calificar a esta cuarta edición de obra nueva, a pesar de constituir ya un clásico de nuestra literatura jurídica, del sistema jurídico español que se extralimita al captar la dinámica de su funcionamiento a través de la exposición y revisión de casos resueltos o dictaminados no solamente en España sino en otras jurisdicciones nacionales e internacionales; además, aportar elementos de reflexión en torno a las transformaciones que está sufriendo la teoría general de la causalidad, de las que la doctrina del chance, con su creciente aceptación, incorporando las últimas tendencias, tanto nacionales como internacionales, legislativas y jurisprudenciales, producidas en el ámbito del Derecho de daños constituye, quizá, su más evidente manifestación; obra que refleja la constante preocupación y el firme propósito de ofrecer a los profesionales del Derecho un tratamiento exhaustivo de la responsabilidad civil o responsabilidad por daños en todo los ámbitos en los que la misma puede tener lugar. Al respecto Ricardo LORENZETTI, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el año 2008 manifiesta:

“Tenemos una gran cantidad de nuevas hipótesis de responsabilidad que no están descritas de modo típico sino que, de manera atípica, surgen de una interpretación de todo el ordenamiento jurídico, que es lo que hacen los jueces y la doctrina. Ningún caso de responsabilidad civil actual -salvo los más conocidos, como un accidente de tránsito- se obtiene por la aplicación de una sola ley, sino que es un supuesto de integración, lo que un autor alemán ha denominado ‘diálogo de fuentes’. Es decir, se ponen las distintas fuentes en diálogo”<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> LORENZETTI Ricardo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, “El derecho del seguro, la responsabilidad civil y la economía del seguro”, artículo publicado en la

### 3. El rol preventivo del Estado en el Derecho de Daños

La prevención, en un sentido similar a la prevención general conocida en el ámbito penal, es un instrumento para inducir al comportamiento adecuado a los individuos y a las empresas para reducir la probabilidad y la gravedad de los accidentes, maximizando así el bienestar de la sociedad y minimizando el coste social de los accidentes (no sólo de los daños, sino también de las medidas de precaución para evitarlos). Prevenir accidentes quiere decir, pues, reducir adecuadamente los costes globales de los accidentes para la sociedad

Son numerosos y difícilmente rebatibles los argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la preferencia del “*prevenir*” sobre el “*curar*”, de evitar el daño antes que resarcirlo. Nada obliga a traducir el principio *alterum non laedere* en la regla “*el que daña repara*”. Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. “*No dañar*” supone, obviamente, “*reparar el daño causado*”; pero sobre todo es eso, “*no causar daños*” o, lo que es igual, evitar que se produzcan.

Tanto de la reparación como de la prevención del daño se ocupa el Derecho de Daños. El Derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “*derecho a perjudicar*”.

Es perfectamente aplicable al daño lo que, en relación con el acto ilícito, escribía TRIMARCHI hace algún tiempo: “*La reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción..., sino también con medidas inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se produzcan*”<sup>146</sup>. Con toda la razón se ha afirmado que bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad.

Desde la óptica penal la prevención general básicamente corresponde a la conminación abstracta que a través de los tipos penales se hace, y la prevención especial a la fase de ejecución de la pena. En el momento que el funcionario judicial impone la sanción, operan ambas, particularmente en relación con la prevención general en orden a demostrar que la amenaza del mal que es la pena formulada en el proceso de tipificación, efectivamente se cumple.

---

revista de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros, Revista Novedades, año 9 - Nº 42 de Agosto 2008

<sup>146</sup> TRIMARCHI, voz “Illecito”, en Enciclopedia del Diritto, vol. 20, Giuffré, Milano, 1970, pág. 106.

La indemostrabilidad empírica de la prevención especial -con las medidas de seguridad de carácter socioterapéutico como bandera-, sin embargo, ha dado lugar a que la orientación se desplace a la llamada prevención general positiva, a la cual se atribuyen tres finalidades y efectos diversos, a saber: Un efecto didáctico (de motivación socio-pedagógico) en cuanto ejercitamiento de la fidelidad al derecho; un efecto de confianza, si el ciudadano ve que el derecho prevalece; y, finalmente, uno de satisfacción, si con la sanción por el quebrantamiento del Derecho se considera apaciguada la conciencia jurídica general y concluido el conflicto con el autor, lo que también podría denominarse “*prevención de integración*”, introduciendo a la vez fórmulas que acentúan la prevención y no el carácter retributivo de la pena<sup>147</sup>.

Al respecto los autores Fabio David BERNAL SUÁREZ y Maria Idali MOLINA GUERRERO en su obra “*Proceso Penal y Justicia Restaurativa*” del año 2010, expresan: “*Ahora, la realidad muestra en nuestro caso, que la prevención general relacionada directamente con las tasas de castigo frente a la sanción prevista en la ley, no es más que una utopía, pues, el incremento de las conductas delictivas es inocultable y el legislador Colombiano acude con frecuencia a la amenaza elevando las penas, o tipificando nuevas conductas al respecto de las cuales no se ven formas inmediatas de control por otros medios, ..., en todo caso, actualmente el imperativo inmediato es amenazar y enviar a la prisión para castigar al autor, o la hombre como objeto para ejemplarizar a otros, así sea sobre la base de la presunción de inocencia que perdura durante el proceso, hasta que se dicte la sentencia condenatoria, régimen de amenaza que otra vez debe concluirse no motiva, no intimida, no previene*”<sup>148</sup>

Sin entrar en controversia finalizamos con el pensamiento de Günther JAKCOBS, “*el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación*”<sup>149</sup> argumentado que las pretensiones en el ofrecimiento de respuesta penal al delito, alude a los fines del Derecho penal y las funciones de la pena, lo primero, desde la defensa de los bienes jurídicos hasta la defensa de las normas penales, y lo segundo, desde la retribución, la prevención general y la prevención especial<sup>150</sup>.

Desde la óptica del Derecho de daños es diferente, veamos.

Cuando alguno de los órganos o dependencias del Estado tenga parte, de manera directa o indirecta, en determinado evento dañoso, sea por acción u omisión, el ejercicio irregular o defectuoso del poder de policía de seguridad que le

---

<sup>147</sup> PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Curso de Criminología, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición, 2001, páginas 206 a 210

<sup>148</sup> BERNAL SUÁREZ Fabio David y MOLINA GUERRERO Maria Idali, “Proceso Penal y Justicia Restaurativa”, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, pagina 51

<sup>149</sup> JAKCOBS Günther, ¿Qué protege el Derecho penal: ¿Bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En libro homenaje a l profesor Günther Jakcobs. El funcionalismo en Derecho penal. Eduardo Montealegre Lynett. Coordinador, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pagina 56.

<sup>150</sup> *Ibidem*

corresponde resulta suficiente para atribuirle responsabilidad; en tal caso es justo y razonable activar la responsabilidad general que le incumbe en orden a la prevención, de forma de imputarle las consecuencias dañosas suscitadas con motivo o en ocasión de hechos que no resultan extraños a su deber de intervención.

En la actualidad, asistimos a una revisión del concepto de reacción contra la dañosidad, que consiste en su prevención, ya sea evitando o cesando el perjuicio; el daño, en suma, no es un acontecimiento excepcional que permite tratamientos individualizados, sino un problema social cuando son muchas las víctimas.

“Como cualquier otra política de control social, la que trata de minimizar los costes sociales de los accidentes puede tratarse de alcanzarse con dos tipos de medidas o instrumentos, jurídicos y no jurídicos. Los primeros son de origen o aplicación estatales. Los más importantes son las leyes del parlamento, los reglamentos del gobierno, así como los actos administrativos de los organismos encargados del control de la actividad (las agencias reguladoras) y las sentencias y resoluciones judiciales. En cambio, los segundos son de origen y aplicación no estatales y, entre ellos, destacan las normas sociales”.<sup>151</sup>

El nuevo derecho de daños tiende no sólo a reparar los daños ya ocurridos, sino a prevenir los futuros, siendo indudablemente preferible evitarlos que repararlos; sólo los instrumentos que suprimen las fuentes de peligro, o de daño, resultan idóneos para satisfacer globalmente a los grupos sociales que en estos casos se encuentran interesados en forma colectiva. Se trata de la teoría de la prevención del daño, protagonista principal del pensamiento moderno, que procura una solución ex ante en vez de una respuesta ex post como la que tradicionalmente es dada mediante la indemnización de un perjuicio ya producido. Es que, de no ser así: ello implicaría tanto como crear el derecho de perjudicar.

La prevención que tiene por objeto el daño todavía no provocado, evitarlo, pero que podría ser causado si la actividad peligrosa prosiguiera o que busca neutralizar los efectos perjudiciales, cesar el daño, que han comenzado a ocasionarse, es una de las más importantes preocupaciones actuales del derecho de daños.

“La doctrina ha postulado insistentemente que la prevención es función del derecho de daños, a través de la justicia civil, la que se encuentra facultada para poner en marcha, en los juicios de daños y perjuicios, mecanismos preventivos (órdenes de hacer o no hacer al agente de la actividad dañosa), con el fin de tutelar en forma directa e inmediata intereses humanos lesionados o amenazados. Esta conclusión se impone no sólo por las razones jurídicas esbozadas precedentemente, sino *‘también, hasta por la fuerza de las cosas: el progresivo incremento del número de*

---

<sup>151</sup> SALVADOR CODERCH Pablo, FERNÁNDEZ CRENDE Antonio, “Instrumentos de control social y derecho de daños”, Barcelona, España, Noviembre de 2004, Revista para el análisis del Derecho, InDret 4/2004 tomado [www.indret.com](http://www.indret.com),

*accidentes, que aumenta año tras año a despecho de las medidas de seguridad introducidas por el derecho público y las autoridades administrativas (Tunc)*<sup>152</sup>

Es un tema apasionante que no sólo presenta una faz teórica sino que implica una toma de decisión política, pero no debemos olvidar que el Derecho de Daños no sólo tiene en miras la indemnización de las víctimas, sino que pone énfasis en la prevención, y es allí donde el Estado desempeña su rol fundamental. El Derecho de Daños tiene un contenido más amplio.

“Lo que sí ha variado en los últimos años, ha sido la incorporación de la faz preventiva en el Derecho, el asignarle al Estado un rol distinto y el de perseguir la creación de Fondos de Garantía. Esta realidad circundante nos permite hablar modernamente de una teoría del Derecho de Daños en la Argentina.

“Decía ya André TUNC que es banal comprobar la explosión de la Responsabilidad Civil, ya que en todos los países industrializados, estos se multiplican.

“El eje va a estar dado en el daño y no tanto en el factor de atribución por el cual un sujeto será determinado como el jurídicamente responsable de reparar el daño.

“Dice MOSSET ITURRASPE que respecto al ensanchamiento, el Derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del bien común, debe luchar con la solución justa en esta materia, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo”<sup>153</sup>.

Como los nuevos daños se amplía el ámbito del Derecho de Daños

“Hay que recordar cuál es nuestra nueva realidad que va a influir en nuestro Derecho de Daños, hay una profusión del uso de la energía nuclear con fines pacíficos, que plantea el problema de los desechos radioactivos, y situaciones de tal magnitud como Chernobyl, el desarrollo espacial y satelital conlleva el problema de la basura espacial que rota alrededor del Planeta, la lluvia ácida contamina tierras y ríos de todo el Planeta. El factor invernadero también complica la diversidad biológica del Planeta, y a esto se suman todos los problemas que la genética ha cambiado respecto a la alteración de diferentes especies, desde vegetales y animales hasta humanas”<sup>154</sup>.

De la cual infiere en esta misma ponencia *“esta realidad debe ser vista por el Derecho de Daños y adecuar la norma a las personas y circunstancias temporo-espaciales, no para negar una indemnización ‘a priori’, sino para estudiarla y ver si*

---

<sup>152</sup> BESALÚ PARKINSON Aurora V. S., “La Responsabilidad Civil tendencias actuales 2009” en la Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año 2009-II, tomado de [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

<sup>153</sup> XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Argentina, “Homenaje a los 180 años de la universidad de la responsabilidad clásica al derecho de daños”, ponente Lidia M. R. Garrido Cordobera

<sup>154</sup> *Ibidem*

*depués de ese daño, existe un sujeto responsable patrimonialmente –aunque no medie culpa- que esté en mejor situación que la víctima para soportar el daño”, favorable a las víctimas de los daños que de otro modo no obtendrían reparación.*

Pero recordemos que para se aplicable la responsabilidad colectiva imponiéndose a todos los miembros del grupo la obligación de reparar se requiere:

1. La falta de individualización del autor del daño
2. La participación de todos los autores posibles en la acción (riesgosa en nuestra opinión del grupo, esa actividad puede ser lícita o ilícita
3. La relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo.

El doctor Alsina BUSTAMANTE en las V Jornadas de Derecho Civil puntualizo:

1. Que el autor del daño no sea individualizado
2. Que los responsables sean integrantes del grupo
3. Que el daño provenga de un grupo que ejecuta una acción riesgosa, sea esta lícita o ilícita.
4. El resarcimiento puede o no ser integral y la responsabilidad no solidaria según las circunstancias.

Sobre la Teoría del Riesgo, fue DUGUIT quien se alejó de las ideas de ilegalidad y culpa para plantear la cuestión con un criterio objetivo; habla del “riesgo”, pero como niega personalidad al Estado, hace responsable a la “Caja Pública”, que funciona como un fondo o seguro colectivo que reparará el perjuicio particular en pro del interés colectivo: su criterio sigue siendo de aplicación en Francia y se ha expandido notablemente<sup>155</sup>.

“Se puede decir que tiene como funciones, primero, ser un instrumento de regulación social mediante la prevención que es indispensable y primordial (algo que no ocurría casi en la Responsabilidad Civil), y lograr la indemnización a las víctimas mediante la aplicación de los daños resarcibles, la socialización de riesgos, el aumento de las legitimaciones activas y pasivas, el aumento de los factores de atribución de responsabilidad, la certeza en el cobro de la indemnización y su prontitud”.<sup>156</sup>

Volvemos a sostener que dada la situación actual de complejidad del mundo en el que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores de los Derechos de Daños, es que volvemos a sostener que es la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños para poder ser

---

<sup>155</sup> REIRIZ María Graciela: La responsabilidad del Estado, Bs. As., 1969, pagina 37.

<sup>156</sup> XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Argentina, “Homenaje a los 180 años de la universidad de la responsabilidad clásica al derecho de daños”, ponente Lidia M. R. Garrido Cordobera

soportados por quien mejor pueda absolverlos, y que ellos no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos.

En virtud de la incertidumbre que existe acerca del lugar que le corresponde al Derecho de Daños a cerca del papel que éste debería desempeñar frente a las diferentes técnicas de indemnización de perjuicios, en un momento en el que pareciera reclamar el auxilio de la justicia distributiva, típica de la solidaridad, para complementar la justicia conmutativa que le es propia y que se ha mostrado insuficiente frente a los casos de daños corporales más graves. Con lo que, en palabras de Philippe LE TOURNEAU, tenderían a conciliarse la eficacia y el humanismo<sup>157</sup>.

El derecho como respuesta social intenta acompañar los acontecimientos actuales mediante el trabajo de la jurisprudencia, mediante una verdadera labor creativa, por razón de los estudios de la doctrina y los proyectos legislativos.

El rol preventivo del Estado en el Derecho de Daños es quizá la cuestión más trascendente, aún más que el tema del *quantum* indemnizatorio, pues sitúa al Estado en una actividad primordial para la organización de la vida en comunidad, ya que el individuo actual, al no aceptar el daño como un designio divino, exige que se tomen las acciones preventivas para evitarlo, y si esto falla, que sea resarcido.

Existen áreas donde, innegablemente, el Estado actúa cumpliendo o intentando cumplir este rol, tales como el control de medicamentos, alimentos o contaminación de afluentes hídricos. Pero, desgraciadamente, son más los supuestos en los que esa tutela no existe, se realiza deficientemente o de manera insuficiente.

Es necesario un cambio de mentalidad tanto de los integrantes de la comunidad como del Estado, pues es un área confluyente, pero no excluyente ni exclusiva., aquí se intenta que los procesos de control eviten los daños al detectar las situaciones de peligro; es contrarrestar los efectos lesivos, o bien, cuando éstos comienzan a originarse, obstaculizar su producción atacando la causa desde su raíz.<sup>158</sup>

Recordemos las palabras de Adriano DE CUPIS sobre el ejercicio de la prevención requiere una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés a quien puede imputarse el peligro, y que una aplicación estricta de la prevención implica el riesgo de oprimir las libertades de los demás.<sup>159</sup> Finalmente, en palabras de MORELLO y de STIGLITZ, que le dan

---

<sup>157</sup> LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2006-2007, pagina 39

<sup>158</sup> STIGLITZ Gabriel: La responsabilidad civil, ps. 94 y ss., Ed. La Ley, Bs. As., 1984

<sup>159</sup> DE CUPIS Adriano: El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, ps. 575 y ss., Ed. Bosch, Barcelona, 1975

a la prevención el rango de garantía constitucional individual y social que merece.<sup>160</sup>

Compartimos la concepción de que nunca soberanía puede ser sinónimo de impunidad pues significa el ejercicio de poderes superiores, pero dentro del Derecho; en lugar de la presunción de infalibilidad del poder público se erige el principio de la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido en el ejercicio de sus funciones y en nuestro Derecho se predica la existencia del “*estado social de derecho*”, por lo que es posible e imperioso plantearnos el tema de la responsabilidad del Estado, al que, según la doctrina clásica sería de aplicación el principio *alterum non ledere*.

Nosotros pensamos que puede incluirse su tratamiento en el Derecho de Daños, pues en él convergen tanto los principios del Derecho común, que en realidad son principios del Derecho, como del Derecho Público, normas del Código Civil y de la Constitución o leyes del Derecho Público.

Es por esto que en materia de responsabilidad del Estado somos partidarios de que es una responsabilidad directa y objetiva, entendemos que los principios y elementos que configuran la obligación de reparar constituyen parte de la teoría general, en la que no interesa tanto dónde se encuentran las disposiciones normativas, sino el fin que ellas persigan.

Se sostiene en tal sentido que la responsabilidad del Estado por acto lícito lesivo no puede disciplinarse por normas del Derecho Privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos. Pero también podría interpretarse una reparación plena si se considera al *alterum non laedere* con rango constitucional, y como se ha sostenido que el principio que rige toda indemnización es siempre el de integridad, procede, por tanto, siempre, a menos que se encuentre encuadrado en una ley específica que disponga lo contrario.

Al considerarlo dentro del Derecho de Daños, y teniendo en cuenta los fines que éste persigue, consideramos que en principio la reparación deberá ser plena, ponderando las circunstancias del caso, las consecuencias inmediatas y mediatas, por lo que se indemnizará el daño emergente y el lucro cesante, así como también el daño moral, además de demostrar y justificar otros perjuicios como el daño a la vida de relación conocido anteriormente como daño fisiológico.

Valga la observación de la autora argentina Lidia María Rosa GARRIDO CORDOBERA “*Esto requiere suma prudencia en su aplicación y un fino criterio en los jueces, pues es tan peligroso un Estado irresponsable como uno que*

---

<sup>160</sup> MORELLO Augusto M., y STIGLITZ Gabriel: *Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia*, “La. Ley”, 1987., pagina. 365.

*responda absolutamente por todo; ninguno de estos caminos llevan a la realización de la justicia”.*

Recordemos que el Derecho de Daños tiene su centro de gravedad en el daño injustamente sufrido, se asienta en las ideas de justicia y solidaridad y contiene un criterio unitario; en él se inserta el gran tema de la prevención a cargo del Estado y su responsabilidad. En tal sentido: *“Nunca se insistirá bastante en que la función esencial del derecho de la responsabilidad civil no es tanto compensar daños (algo que un seguro hace de mejor manera: mucho más económicamente), ni acaso prevenirlos (pues la estimación profesional del daño probable ex ante, en cada sector de riesgos, suele hacerla mejor y más deprisa una agencia especializada o una compañía de seguros o una empresa de clasificación), como señalar a la sociedad cuáles van a ser los hechos y conductas que están exigiendo reparación, prohibición o regulación más o menos severa”*<sup>161</sup>.

Son muy importantes las conclusiones del trabajo *“La Responsabilidad Civil tendencias actuales”* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, en el año 2009 de la autora Aurora BESALÚ PARKINSON.

“Mas, a pesar del desconocimiento y de los reparos acerca del papel que desempeña hoy, el sistema de la responsabilidad civil se expande, tanto en el orden cuantitativo como cualitativo, cada día más su preponderancia futura no se discute. Indudablemente, a ello contribuye el fenómeno de la globalización, unido a la creciente participación de la iniciativa privada en todos los sectores de la economía mundial. Esta fuerza expansiva de la responsabilidad civil queda demostrada por los recientes cambios introducidos en los sistemas jurídicos más avanzados, que han reforzado las herramientas del derecho privado, para dar respuesta concreta a la nueva realidad industrial, científica y tecnológica de nuestro tiempo. La adopción de herramientas *iusprivatistas*, como la responsabilidad civil, reporta indudables ventajas, ya que, sin desconocer el relevante papel que le cabe al Estado en materia de política y como contralor del sistema económico y social, se releva al mismo de un costoso e ineficaz aparato burocrático, que, además, resulta más fácilmente corrompible que la iniciativa ciudadana, a la par que se fomenta una actitud social más participativa en la vida nacional.

“Por lo demás, frente al peligro surgido como consecuencia de las modernas formas de producción en masa, de daños irreparables o, de todos modos, no monetizables, y de incidentes que afectan intereses supraindividuales, se ha hecho necesario situar el eje del sistema en la prevención del daño, destacándose ésta como otra novedosa característica de la responsabilidad civil de nuestros días”.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> SALVADOR CODERCH Pablo, Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras, Working Paper N°: 135, Barcelona, España, abril de 2003, InDret 2/2003, [www.indret.com](http://www.indret.com), pagina. 9

<sup>162</sup> BESALÚ PARKINSON Aurora V. S., “La Responsabilidad Civil tendencias actuales 2009” en la Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año 2009-II, tomado de [www.juridicas.uman.mx](http://www.juridicas.uman.mx).

#### 4. Derecho de daños en algunos países

En España el autor Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ señala que hay una “*tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales -basados en la doctrina de la culpa- por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos*”, concretamente a lo largo de la nota 21, el prestigioso profesor contempla un buen resumen de la bibliografía española a propósito del fenómeno al que nos referimos en su obra de Tratado de Responsabilidad Civil.<sup>163</sup>

En la doctrina francesa, con agudeza y mayor profundidad ha señalado Yvonne LAMBERT FAIVRE trazó la historia moderna de la responsabilidad civil como la evolución desde la concepción decimonónica de “*deuda de responsabilidad*” hacia otra estructurada sobre el “*crédito de reparación*”<sup>164</sup>, en que interesa esencialmente resarcir a la víctima; donde el eje de la responsabilidad civil ya no es el “*sujeto responsable*”, sino el “*objeto*” de la responsabilidad, o sea, la reparación del daño. En otras palabras, el sistema evoluciona desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio, o sea su evolución de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización.<sup>165</sup>

En similar sentido en Italia.

En Argentina, todo ello ha sido resumido agudamente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de la Argentina de 1998, que por su claridad conceptual y semántica, transcribimos a continuación:

“La responsabilidad civil está emplazada en un área móvil. Los viejos odres del Código Civil resultaron insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes, tanto que en la Era Industrial, seguramente, la respuesta más singular resultó de la legislación laboral. Cuando se entró en los albores de la Era Tecnológica fueron repensadas ideas generalmente tenidas por válidas, y se procuró dar soluciones adecuadas a los nuevos requerimientos, muchas veces mediante una relectura de los antiguos textos legales. En Argentina, como en el Mundo, el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López

---

<sup>163</sup> DE ANGEL YAGÜEZ Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Cívitas-U.D., 3ra. edición, Madrid, 1993, págs. 56 y 128 y ss.

<sup>164</sup> LAMBERT FAIVRE Yvonne, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, París, Dalloz, 2000, 4ª ed.

<sup>165</sup> LAMBERT FAIVRE Yvonne, “L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation”, en Revue trimestrielle de Droit Civil, 1987, págs. 1 y ss; y en “La evolución de la responsabilidad civil; de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, trad. Eliana Núñez, en Alterini, Atilio y Roberto López Cabana, Derecho de daños (y otros estudios), Buenos Aires, La Ley, 1992, página XIII.

Olaciregui), porque el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor (Ripert)”.

La doctrina de este país ha postulado insistentemente un enfoque moderno de la responsabilidad civil, labor seguida en forma cada vez más decidida por la jurisprudencia.

## 5. Análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho, particularmente el análisis económico del derecho de daños, proporciona una visión global de los problemas y de las consecuencias posibles de cualquier tipo de decisiones, cuyo objetivo es evitar o reducir en la mayor medida posible los daños, tanto de bienes de capital como del capital humano (personas), producen pérdidas económicas, disminuye los rendimientos y significa una mala asignación de los recursos productivos que repercuten en un mayor beneficio social; no se trata solo de analizar de manera interdisciplinaria el conjunto de interrelaciones que existen o pueden existir entre Derecho y Economía, sino de construir, explicar e interpretar las normas jurídicas de forma que los postulados de las leyes económicas se puedan cumplir mejor que no es más que la optimización de los recursos básicos: el hombre, el capital y los bienes materiales incluidas en este el conocimiento y la tecnología.

“La idea de que los daños que se producen en una sociedad no abarcan sólo un problema distributivo privado (que el dañador deba transferir o no una cantidad de dinero, en concepto de compensación, a la víctima), sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad -que, se asume, guarda relación con su bienestar-. Así, si alguien, como consecuencia de su actividad, incendia una fábrica vecina, aunque luego indemnice completamente a su dueño, determinará con su accionar una disminución en el stock de bienes de la sociedad: antes existía un bien (la fábrica) que ahora habrá dejado de existir. Lo perdió su dueño, pero también, por agregación, la sociedad en general. No obstante, aunque luego de acontecido el suceso dañoso, la pérdida social sea –en ese sentido-, irreparable, situándonos *ex ante* a su producción, se puede inferir que no será igual la conducta del dañador – entonces todavía *potencial*-, si prevé que va a responder por ese hecho, que si, por el contrario, no espera sufrir consecuencias desagradables por sus acciones u omisiones. El cuidado que ponga en su actividad, la inversión que decida efectuar en medidas de prevención, y la intensidad con que realice la propia actividad, no serán, previsiblemente, idénticos en ambas situaciones.

“La conducta del probable dañador se aprecia, aquí, en relación con su propio interés. Si no debiera responder de ningún modo, su interés en prevenir previsiblemente sería (sino nulo), menor que si debe afrontar una indemnización. Si prevé que deberá responder, en cambio, invertir en prevención no será para ese

sujeto más que un medio orientado a evitar una consecuencia desagradable (pagar una indemnización)”<sup>166</sup>.

El autor Carlos A. GHERSI expresa: “*La simbiosis que enunciarnos del sistema jurídico con el económico sólo puede tener como vértice la persona humana; a partir de ello se conseguirá, como hemos dicho, la convivencia en paz, y entonces la riqueza -producto del proceso económico- tendrá sentido; de lo contrario antepondremos el sistema por sobre el hombre y la riqueza sólo servirá para consolidar el poder, la desigualdad, la discriminación y el hambre, y el conflicto tarde o temprano aparecerá y será cada vez más necesaria la violencia para silenciarlo. La falta de respeto al ser humano engendra reacciones violentas en los que la padecen, quienes a su vez obtienen por respuesta más violencia para silenciar sus reclamos; ello puede producir el quebrantamiento del orden jurídico y la muerte del derecho. A pesar de todo lo expuesto sobre la forma de prevención del daño, la posibilidad de su acaecimiento es inevitable; de allí que se impone explicar de qué forma el daño, como supuesto fáctico, se puede convertir en daño resarcible, como categoría jurídica*”<sup>167</sup>.

El siguiente análisis de Fernando GÓMEZ POMARES muy ilustrativo

“Al causante, a fin de eludir el pago de la indemnización, le basta con alcanzar el nivel de cuidado exigible, esto es, ser diligente. Siendo diligente, pues, no se enfrenta al riesgo de abonar indemnización alguna por los daños resultantes de su actividad, de modo que la regla de la culpa no le incentivará a adoptar el volumen de actividad más adecuado desde el punto de vista de la reducción eficiente de los daños derivados de aquélla. Escogerá, en cambio, el nivel de actividad que le resulta personalmente más ventajoso, y que será superior al más conveniente desde el punto de vista del bienestar social.

La regla de responsabilidad objetiva, por el contrario, sí fuerza al causante a internalizar el coste externo de su actividad: como, con independencia de su mayor o menor cuidado, tendrá que pagar por todo el daño causado, le conviene, por propio interés, elegir el nivel de actividad que hace máxima la diferencia entre la utilidad resultante de la actividad y el daño producido, y éste es precisamente el nivel que dicta la maximización del bienestar social.

Esta ventaja frente a la de la culpa no resulta demasiado relevante cuando la actividad potencialmente generadora de daños no es en sí peligrosa, es decir, cuando se trata de una actividad que, si se realiza con la precaución requerida por el estándar de la diligencia exigible, presenta un riesgo reducido de producir daños (más técnicamente: la probabilidad del daño evaluada en el punto de la diligencia exigible es baja). Aunque el volumen de la actividad del causante supere lo deseable socialmente, el daño resultante no es significativo”<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> ACCIARRI Hugo A. El análisis económico del derecho de daños, elementos para una aproximación, Publicado en Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre “Derecho y Economía”, 17 de mayo de 2006, p. 314

<sup>167</sup> GHERSI Carlos A., Teoría general de la reparación de daños, Respuesta del derecho, la sociología y la economía, Editorial Astrea Ciudad de Buenos Aires, 1997, pagina 17

<sup>168</sup> GÓMEZ POMAR, Fernando, Carga de la prueba y responsabilidad objetiva, InDret 1/2001

Para el economista un sistema económico denota simplemente cómo resolver los problemas económicos básicos en una sociedad; en cambio, para algunos sociólogos, todo se sintetiza en "*cómo se gana la vida cada uno y qué es posible hacer con lo que se obtiene*". En ambos casos el punto en común es la imprescindibilidad de lo económico en la vida individual y social, y las vinculaciones que tiene con la condición jurídica y el poder.

En torno de la idea de eficiencia con relación a la asignación eficiente de recursos en una sociedad, en economía se entiende como eficiente en el sentido de PARETO<sup>169</sup> a una situación en la cual no se puede mejorar a uno de los sujetos implicados sin perjudicar a otro. Un cambio importante a esta tesis es una variación que mejora al menos a un sujeto, sin perjudicar a ningún otro, esta es la tendencia del Derecho de Daños, dejando de lado el axioma de que los costos de un hecho dañoso deban ser asignados a la víctima o al causante del daño; sin adentrarnos en análisis refinados sobre el efecto que las distintas reglas de responsabilidad tienen sobre la conducta humana en relación con el objetivo de eficiencia económica.

El análisis económico del Derecho, sin embargo, se ha planteado en general como un método de estudio que intenta ser operativo o influyente sobre la materia analizada. Ello determina que desde el campo jurídico suele vérselo con desconfianza con base en lo que algunos perciben como una subordinación del Derecho a la Economía (de que vale condenar si el responsable es insolvente de lo cual debe buscarse formas o mecanismos de indemnización para que la víctima sea indemnizada, aun cuando sea parcialmente).

El modelo se caracteriza por los siguientes supuestos:

- i) Existe una controversia judicial entre 2 sujetos, causante (**C**) y víctima (**V**), cuya resolución depende de la apreciación de una cierta circunstancia (aquí, la culpa o negligencia del causante).
- ii) La concurrencia o no de culpa no es directamente verificable por el juzgador de la controversia, aunque sí observable por **C** y **V** (la información es completa y simétrica).
- iii) Ambas partes, **C** y **V**, tienen acceso, a un cierto coste, igual para ambas e inferior al valor de la controversia para las partes, a un elemento probatorio de carácter unitario y capaz de llevar al juzgador la (correcta) convicción acerca de lo realmente acaecido, con el grado de confianza exigido por el propio sistema jurídico.

---

<sup>169</sup> El criterio de eficiencia de Pareto, debe su nombre al economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto (París, 1848 - Céligny, Suiza, 1923).

De manera simplificada al modelo se atribuyen valores numéricos al que instaura la controversia, se supone que ésta versa sobre la atribución o no de una indemnización, con cargo a **C** (causante), de 100 unidades monetarias a favor de **V** (víctima) y al coste de presentar prueba (por lo menos el costo de presentar la demanda) se supone que es de 20 unidades monetarias, de prosperar sus pretensiones, obtiene un beneficio de 80 unidades monetarias, de lo contrario, no obtendría los 100 e incurre en un egreso de 20; se infiere que realmente el beneficio es de 80 unidades monetarias que las puede recibir en una solución extraprocesal a un costo mucho menor para las partes recibiendo beneficios adicionales como recibir un pronto pago evitando la inseguridad jurídica (gana en 1ra y 2da instancia y en casación pierde), disminuyendo la carga probatoria, es más puede llegar a no presentarla al proceso judicial ahorrando este costo, dado que es al demandante al que le corresponde demostrar y probar; y la contraparte se ahorra el tiempo procesal haciendo erogación de dinero acorde a sus posibilidades e incluso pagando por partes, quedando en términos amistosos, además de descongestionar los despachos judiciales. Variables que se colocan en una matriz asignándoles determinada probabilidad, con la combinación de presentar la prueba o no presentarla.

Sobre el método el autor Hugo A. ACCIARRI precisa:

“Entre muchas, las incomprensiones entre economistas y profesionales de las disciplinas jurídicas pueden tener una explicación parcial, quizás, en la modalidad de estudio que signa su formación. En el ámbito anglosajón, se ha advertido que la enseñanza de la Economía parte de una teoría general y transcurre hacia ejemplos particulares, mientras que, en esos países, se enseña Derecho a partir de casos reales sin llegar nunca a una teoría general<sup>170</sup>. En los países de tradición romanista, en cambio, las distintas ramas del Derecho se enseñan de un modo diferente, que podría parecerse a la exposición de una teoría general: se enseña, por ejemplo, qué es la responsabilidad por daños en general, sus elementos, etc., y luego se pasa a los casos particulares de responsabilidad, y dentro de ellos, a ciertas variantes de interés. No obstante, la principal diferencia entre esta modalidad y aquella con la que se forman los economistas, es que -fuera de las asignaturas que se ocupan de la historia del pensamiento económico y de ciertos hechos económicos relevantes- la teoría económica se enseña de modo a-histórico, como un producto acabado y unitario, con una idea de corriente principal de pensamiento fuertemente definida y un rol muy subordinado para las ideas divergentes o lo que se consideran particularizaciones o refinamientos”<sup>171</sup>

El análisis económico del derecho permite plantear cuestiones descriptivas y cuestiones normativas, explicar el funcionamiento del derecho de daños y las ventajas que presenta respecto a sus alternativas inmediatas, así como la perspectiva del derecho de daños permite analizar su influencia en el bienestar de las sociedades a las que se aplica pues:

---

<sup>170</sup> COOTER, R. y ULEN, T., *Law & Economics*, 2ª ed., Addison Wesley (1997), p. ix, prefacio

<sup>171</sup> ACCIARRI Hugo A. Ob, Cit , pagina 298

- a) Incentiva a los dañadores potenciales a adoptar precauciones tendentes a reducir riesgos de accidentes.
- b) Asigna el riesgo de las pérdidas causadas por los accidentes imponiendo deberes de compensarlas, asignación que es valorada positivamente por las víctimas que presenten aversión al riesgo.
- c) Asigna igualmente los costes de gestión del sistema contractual, legal y judicial de la responsabilidad civil.
- d) Afecta a la distribución de la renta en aquéllos casos en que los grupos de causantes y de las víctimas de los accidentes son distintos y tienen también niveles de renta diferentes<sup>172</sup>.

Lo más importante la "*eficiencia jurídica*" que la acercamos no sólo a la seguridad jurídica o sea a la efectivización del derecho sustantivo a través del acceso a la jurisdicción, sino también a la velocidad de ese restablecimiento que implica que el daño sea reparado en el menor tiempo posible, en este sentido, es un gran avance el Sistema Penal Acusatorio implementado con la ley 908 del 2004.

A nivel legislativo en Chile.

A nivel legislativo en Chile por ejemplo, una solución para este problema puntual, ha sido lograda con la ley chilena N° 18.490 sobre "*Seguro Obligatorio de Accidentes Personales Causados por Circulación de Vehículos Motorizados*", que consagra en su artículo 6°:

“En el seguro de accidentes personales a que se refiere esta ley, el pago de las correspondientes indemnizaciones se hará sin investigación previa de culpabilidad, bastando la sola demostración del accidente y de las consecuencias de muerte o lesiones que éste originó a la víctima”

La vigencia de esta ley facilitó el acceso por parte de las víctimas a atención especializada sin esperar una resolución judicial.

En Francia la ley BADINTER

La ley francesa 85-677 del 5 de julio de 1985 conocida como Ley BADINTER<sup>173</sup>, nombre ha sido tomado de Robert BADINTER, ministro de justicia de Francia, autor del proyecto de ley, introduce un procedimiento especial para la indemnización de las víctimas de accidentes de tránsito, explícitamente concebida para mejorar la situación de las víctimas de accidentes de tránsito y agilizar los respectivos procedimientos de indemnización construyendo para el efecto una

---

<sup>172</sup> SALVADOR CODERCH Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE Carlos. El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra y Facultad de Derecho Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, febrero de 2005, InDret 1/2005, [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>173</sup> En el capítulo Riesgo y Seguro se analiza la Ley Badinter en extenso

base de datos nacional de indemnizaciones denominado AGIRA (*Association pour la Gestion des Informations sur le Risque Automobile*), como un elemento comparativo para casos similares en accidentes de tránsito, reforma legislativa que incluía en la Ley de Seguros la obligación para la compañía aseguradora de realizar un oferta conciliadora junto con la contestación de la demanda, procedimiento que ha demostrado ser muy bien aceptado y ha reducido notablemente la litigiosidad.

En Francia luego de la Ley Badinter, del 5 de Julio de 1985, que entre su principal mandato se encuentra la de obligar a las aseguradoras de responsabilidad civil, a realizar una oferta a la víctima o a sus herederos y la publicación de las sumas pagadas por concepto de indemnización, sea por transacción o por sentencia, se ha logrado disminuir los juicios por reparación del Daño a las personas, a nuestro entender, por cuanto, las indemnizaciones tienen publicidad de los montos y antecedentes, de tal modo que no resulta incierta para las partes la estimación a priori, y porque de esta forma se reparan en forma suficiente todos los Daños causados.

La Ley Badinter extrema la teoría del riesgo y sólo exonera el hecho exclusivo de la víctima. Crea un baremo indicativo no vinculante, donde se publica lo que se reconoce en casos anteriores, se denomina guía AGIRA Esta ley obliga a las aseguradoras de responsabilidad civil a realizar una oferta a la víctima o a sus herederos y la publicación de las sumas pagadas en concepto de indemnización, sea por transacción o por sentencia, incidiéndose en el daño moral y generándose así un sistema de comparación o equilibrio verificable y válido para terceros.

En caso de accidentes de circulación las compañías de seguro están obligadas a realizar una oferta indemnizatoria a los damnificados, para lo cual deben tener en cuenta los precedentes publicados periódicamente, de acuerdo a la ley. El conocimiento de estos precedentes se vuelve un factor fundamental del sistema, debiendo trabajar con ellos tanto aseguradores, como jueces y abogados de parte.

A pesar de que esta ley se refiere en particular a los accidentes de tránsito, sus disposiciones se aplican además, de acuerdo con su artículo 28, al daño ocasionado en el marco de acontecimientos de otra naturaleza, es decir, al margen del origen del accidente: de tránsito, doméstico, deportivo, etc.<sup>174</sup>.

Estos parámetros a pesar de no ser vinculantes se tienen en cuenta al momento de fijar el monto de indemnización, en el caso de una oferta insuficiente, la ley prevé<sup>175</sup>; si el juez al fijar en definitiva la indemnización, estima que la oferta propuesta por el asegurador era manifiestamente insuficiente, condenará de oficio

---

<sup>174</sup> Cfr. J. FLOUR, J.-I. aubert, é. savaux, Les obligations (II), Sirey, Paris, 2007, pagina 152

<sup>175</sup>Articula 17 »*Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L. 421-1 du code des assurances une somme au plus égale à 15% de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime*».

al asegurador a entregar al fondo de garantía una suma a lo sumo igual al 15% de la indemnización concedida, sin perjuicio de los daños e intereses que en el caso se hayan infligido a la víctima. Situación que incentiva la transacción o conciliación extraprocesal de montos justos y descongestionando la justicia al evitar la fijación por vía judicial de la indemnización que es demorada.

En esta época de convergencia con Europa, ponemos de manifiesto que en Francia la Ley BADINTER (año 1.985) estableció hace tiempo que no podían ser nunca culpables los peatones menores de 16 años o los mayores de más de 70, y los que tuvieran una invalidez superior al 80%, teniendo siempre derecho a la indemnización. En la misma línea la Ley belga de 13 de abril de 1.995 protege en todo caso a las víctimas menores de 14 años aunque sean los culpables del accidente de tráfico, fundamentándose en el principio de la responsabilidad por riesgo, este principio de responsabilidad por riesgo del conductor del vehículo a motor es el que justifica que el peatón sea siempre indemnizado y de forma especial cuando sea un niño o un anciano, que frecuentemente son las víctimas de los accidentes de tráfico por atropello, otro argumentos es que mantener la culpa del peatón, ya sea exclusiva, ya sea concurrente, únicamente beneficia a la entidad aseguradora del vehículo a motor, que se ahorra el pago de la indemnización, puesto que el conductor del vehículo, a través del seguro obligatorio, ha trasladado el riesgo a la citada compañía de seguros, haciéndose efectivo el derecho a la indemnización a las víctimas, bien personalmente, bien a su familia.

Permítame transcribir la reseña por Pablo SALVADOR y Fernando GÓMEZ de tres libros de los diez libros seleccionado por ellos de Law & Economics de los dos mil referenciados.

Del libro "*Foundations of Economic Analysis of Law*", Harvard, University Press, Cambridge (MA)-London, año 2004 del autor Steven SHAVELL (2004)<sup>176</sup>:

"La teoría pura del análisis económico del Derecho –que, casi irónicamente refleja en el *Law and Economics* el esplendor y las sombras de la Reine Rechtslehre de Hans KELSEN, del formalismo legal (1960)-, expuesta por una de las mentes analíticas más sólidas que se han ocupado de los sistemas jurídicos en las últimas décadas. El lector encontrará aquí la teoría neoclásica de los sectores básicos y tradicionales del *Law & Economics* (propiedad, contratos, daños, crimen, litigación, más el añadido de la relación entre moralidad y Derecho, uno de los temas preferidos por SHAVELL en los últimos años). Nadie ha aportado tantas piezas fundamentales a la construcción de esa teoría estándar como el autor del libro. El desarrollo de los argumentos tiene el rigor y la solidez de una división acorazada. No hay adornos, ni presentaciones gráficas, ni referencias a los casos del derecho vivido. No es un viaje de placer por el análisis económico del Derecho, pero es un trayecto imprescindible, una auténtica pista americana".

---

<sup>176</sup> SALVADOR Pablo y GÓMEZ Fernando, Diez libros de Law & Economics de los dos mil, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, mayo de 2009, tomado de WWW.INDRET.com

El libro de A. Mitchell POLINSKY / Steven SHAVELL (editores) (2007), *Handbook of Law and Economics*, North Holland, Amsterdam, 2 volúmenes

“El vademécum del Law & Economics del comienzo del milenio. Todos los grandes sectores, los tradicionales en el Derecho y en el análisis económico del Derecho (contratos, propiedad, responsabilidad civil, litigación, crimen) y los menos tradicionales (legislación antidiscriminación, derecho laboral, medioambiental o internacional), así como aproximaciones complementarias (social normas, economía experimental y Derecho, economía política del Derecho) en menos de dos mil páginas de prosa analítica densa. Como suele ocurrir en una obra colectiva, no todos los capítulos lucen lo mismo, ni son igualmente innovadores: algunos, como el escrito por John J. DONOHUE, sobre la legislación contra la discriminación, constituyen una auténtica referencia; alguno que otro, en cambio, se ahoga en bibliografía, y unos terceros acusan el cansancio de la Schola. Casi delatan el final de una época. En todo caso, estamos ante la mejor síntesis de la literatura económica sobre el Derecho publicados en los últimos 30 años. Tampoco hay muchas concesiones a la anécdota ni al buen modo de relatar que los mejores juristas suelen observar. Aunque el libro está escrito pensando en lectores economistas, las matemáticas están reducidas al mínimo indispensable.

Y del libro de Víctor P. GOLDBERG (2006), *Framing Contract Law*, Harvard University, Press, Cambridge (MA)-London dicen:

“Un libro atípico de análisis económico del contrato escrito por un economista que enseña Derecho de contratos en la *Law School* de la Universidad de Columbia, en el *Upper West Side* de Nueva York. Hurga, con amor por el detalle, en muchos de los casos del canon jurisprudencial norteamericano sobre el contrato, los que todo estudiante de primer año de una *Law School* se encuentra el primer día de clase pulcramente encuadernados en tela en su *Casebook on Contract*. No mira el fenómeno contractual, y el Derecho de contratos que lo gobierna, desde la altura olímpica de los modelos matemáticos basados en la racionalidad perfecta de los contratantes, los que la mayoría de los economistas gustan de emplear -con buen provecho, en muchos casos-, sino desde las conductas reales de los contratantes reflejadas en los repertorios jurisprudenciales”.

## 6. Caso. El juez Hand y la definición económica de la culpa<sup>177</sup>

Es posible encontrar, en todas las épocas, sentencias judiciales que contienen ideas cercanamente relacionadas con nociones económicas fundamentales. No obstante, parece imprescindible identificar un hito en la historia de la jurisprudencia norteamericana, que resume un punto básico del razonamiento económico, que constituyó la base de una sentencia y que, aún hoy, es parte importantísima del Derecho vivo de los EEUU.

---

<sup>177</sup> Tomado textualmente de [www.eleonelbasili.iespana.es/Resumen Derecho de danios.doc](http://www.eleonelbasili.iespana.es/Resumen_Derecho_de_danios.doc)

El caso se inició con motivo de la pérdida de una barcaza y su carga en el puerto de Nueva York. Un conjunto de buques estaba amarrado mediante una única línea de cuerdas- a los muelles de ese puerto cuando la empresa propietaria de uno de ellos contrató a la demandada (una empresa de remolque marítimo) a fin de moverlo fuera del área de los muelles. El buque en cuestión se encontraba sin tripulación alguna a bordo, por lo cual los dependientes de la empresa de remolque procedieron, por su cuenta, a liberarlo y reajustar toda la línea de cuerdas que la amarraba. Esa operación se realizó de modo inadecuado y una de las barcasas, movida por el viento y la marea, rompió su amarre, chocó contra otro buque, y se hundió con su carga. El propietario del buque hundido demandó a la empresa de remolcadores por la negligencia de sus trabajadores en la operación. La demandada, a su vez, replicó que el demandante fue también negligente porque ningún agente de su empresa estaba a bordo de la barcaza en el momento en que la tripulación del remolcador debía manipular los cabos. Si se hubiera contado con la presencia de un agente capacitado sostuvo la demandada- la operación podría haberse realizado correctamente. El magistrado entendió que no había ninguna norma especial que determinara si era o no obligatorio que hubiera un agente de la empresa actora en su barcaza en esas condiciones y por ello, sólo quedaba por establecer si esa ausencia era o no culpable de acuerdo con las normas generales, y que la decisión sobre ese punto definiría la cuestión.

El juez Learned Hand sostuvo al respecto: “...*la obligación del propietario de adoptar medidas contra los daños resultantes es una función de tres variables: (1) la probabilidad de que la barcaza se suelte de su amarre; (2) la gravedad del daño resultante, si ello ocurre; (3) el costo de adoptar las precauciones adecuadas. Posiblemente sea conveniente expresar esta noción en términos algebraicos: si denominamos  $P$  a la probabilidad;  $L$  al daño; y  $B$  al costo de adoptar las medidas de precaución; la responsabilidad depende de que  $B$  sea menor que  $L$  multiplicada por  $P$ , esto es si  $B < PL$  (esa acción será culpable)...”*

En el caso, concluyó que la omisión de la actora, que dejó amarrada su barcaza sin personal a bordo en esas condiciones debía considerarse, efectivamente, culpable. Esta formulación resulta, por cierto, sorprendente. Cuando se intenta comprender qué es y cuándo se verifica *culpa*, la educación jurídica tradicional transcurre por largas explicaciones sobre estándares (“...*omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...*”) y comparaciones contra ciertos modelos ideales de conducta (“*bonus pater familiae*”, “*buen comerciante*”, etc.) que, sin embargo, suelen parecer inseguros al momento de juzgar situaciones concretas alejadas de los extremos. Esta solución, que se expresa como “*hay culpa cuando lo invertido en prevención es menor a los daños esperados*”, o “*hay culpa si  $B < PL$* ”, parece un modo muy diferente de valorar las conductas implicadas. No obstante, este modo de concluir está lejos aún, de constituir una *teoría*.

Así, por ejemplo, al analizar la regla de la culpa se suele citar la famosa fórmula que el Juez Learned Hand expresó en el caso *United States v. Carroll Towing Co.*

Allí sostuvo que el agente dañador es negligente cuando el coste de las medidas precautorias es menor que el valor del accidente multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y pese a ello haya omitido el comportamiento diligente. En realidad, según la interpretación usual de la fórmula de Hand, la relación entre la precaución y el valor esperado del accidente debe medirse en términos marginales. Siendo ello así, será negligente el agente que no adopte medidas precautorias cuyo beneficio marginal sea superior a su coste marginal. El beneficio marginal está dado por la reducción en el valor del daño respecto del nivel de precaución anterior<sup>178</sup>.

La razón por la que se considera negligente únicamente a aquél que no adopta medidas cuando se da esta condición es que a un coste mayor que el valor esperado del daño no tiene sentido invertir en diligencia (sería absurdo invertir 60 para evitar un daño de 50). Para el Análisis Económico del Derecho, el coste de un accidente comprende el valor esperado del daño, el coste de las medidas precautorias necesarias para evitarlo o disminuir su probabilidad de ocurrencia y el coste de administrar el sistema de responsabilidad civil.

La distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las distinciones básicas del Derecho de daños. Una y otra regla constituye igualmente la dualidad esencial a la que se enfrentan el legislador y el juez a la hora de regular con normas de responsabilidad los comportamientos potencialmente dañosos. Entonces surge la regla de responsabilidad objetiva.

“En la medida en que la regla de responsabilidad objetiva permite a los jueces y tribunales decidir la responsabilidad del demandado sin consideración hacia el nivel de diligencia exigible, y sin detenerse a determinar si el cuidado realmente observado por el demandado se ha atendido a tal nivel, los procedimientos judiciales en la materia serán, en buena lógica, más simples y menos costosos. Al ser igualmente más predecible el resultado (ya que una posible fuente de incertidumbre, que es la decisión de si el demandado ha sido o no negligente, queda por definición obviada) se incrementará la tasa de transacción extrajudicial de las reclamaciones de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual.

Por añadidura, si se supone, como parece realista hacer, que los jueces y tribunales pueden cometer errores en la determinación del estándar de la diligencia exigible y/o en la valoración del ajuste de la conducta del demandado a tal estándar, el atractivo de la regla de responsabilidad objetiva, que elimina de raíz toda posibilidad de error al respecto, se acrecienta<sup>179</sup>.

## **7. Caso “Ford Pinto”**

---

<sup>178</sup>Sobre las distintas interpretaciones de la fórmula de Hand puede consultarse a J. P BROWN, *Toward an Economic Theory of Liability*” en *The Journal of Legal Studies*, 1973, 332-335.

<sup>179</sup> GÓMEZ POMAR Fernando, *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, pagina 2, *InDret* 1/2001, [www.indret.com](http://www.indret.com).

Un ejemplo de una decisión económica, con clara incidencia jurídica, tomada en base al análisis de costo-beneficio se puede ver en el conocido caso "*Ford Pinto*". En 1968, el modelo compacto Ford Pinto ofrecía excelentes resultados a la compañía automotriz. Pero luego se descubrió que había problemas en el diseño del tanque de nafta y que el auto podía "*explotar*" con un choque menor.

"Los partidarios del Análisis Económico del Derecho, AED, en cambio, consideran que la eficiencia es el principio que explica con mayor precisión la estructura de la responsabilidad extracontractual. El contenido de conceptos como la negligencia, la causalidad o la conducta riesgosa, y la manera en que se articulan estas nociones puede comprenderse a la luz de la eficiencia. Para ello, no obstante, deben recaracterizar todo este entramado conceptual en términos económicos. Se verá más adelante que, de acuerdo con las tesis del AED, la culpa no es más que un juicio que resulta de la comparación entre el coste de las medidas precautorias y el valor esperado del daño. Se considera negligente a quien puede evitar o reducir el coste de un accidente invirtiendo en medidas precautorias una suma menor que el valor del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y, pese a ello, no toma las medidas en cuestión. El AED no hace más que traducir todos los conceptos valiéndose de otros conceptos más fundamentales. Los conceptos de negligencia o de causalidad, que son conceptos jurídicos, pueden ser reducidos a otro concepto más fundamental (no jurídico sino económico); este concepto es la eficiencia"<sup>180</sup>.

Así, en el caso "*Grimshaw vs Ford Motor Company*" se discutió el caso de una mujer que, acompañada por su hijo adolescente, conducía un Ford Pinto y fue chocada a aproximadamente treinta millas por hora. Esto produjo -por el aludido defecto en el tanque de nafta- un incendio y posterior explosión, matando a la mujer e hiriendo gravemente al joven. El resultado del juicio fue que los familiares de la mujer recibieron USD560.000 y el joven USD2'500.000. Adicionalmente, se establecieron daños punitivos por USD125.000.000, los cuales luego fueron reducidos a USD3'500.000<sup>181</sup>.

En este caso, la información que la empresa manejaba era la siguiente:

"Costo de reparación (USD 11 por auto, a 11.000.000 de autos y 1.500.000 de camiones) = USD 137.500.000; Costo de demandas (180 vidas, 180 lesiones por quemaduras graves y 2.100 vehículos) = USD 49.500.000.

En función de dicha información y de la utilización del análisis costo-beneficio, la controvertida decisión empresarial fue de no hacer las modificaciones necesarias porque era más caro realizarlas que pagar los costos.

Dicha decisión ha dado lugar ha distintas críticas a la utilización del análisis de costo-beneficio. Puntualmente, que la decisión fue absolutamente contraria a la ética, que no se calcularon correctamente las consecuencias desde el punto de vista

---

<sup>180</sup> PAPAYANNIS, Diego M, El Enfoque Económico del Derecho de Daños, University of Girona, Legal Theory and Philosophy, Working Papers Series Nº 12, año 2010

<sup>181</sup> Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division Two. 119 Cal. App. 3d. 757; 174 Cal. Rptr. 348; CCH Prod. Laib. Rep. P8999.

del utilitarismo del acto, que hay ciertos bienes que son "invaluables", que el fin del Derecho no es maximizar bienestar, sino que las decisiones de las cortes sean justas, y que el análisis costo-beneficio no considera las externalidades.

A favor se argumenta que el análisis costo-beneficio es '*instintivo*' y que todos los seres humanos recurrimos a él en forma innata, que lleva a la maximización de los recursos sociales, que la eficiencia no es inmoral, sino que se trata de una cuestión de grados, y que es imposible establecer determinados estándares éticos"<sup>182</sup>.

Desde una perspectiva económica, los daños son costos irrecuperables. La responsabilidad civil solo los reasigna, pero no los hace desaparecer.

En ese campo, hay materias que tradicionalmente se consideraron propias del Derecho y otras que sólo recientemente ocupan a los economistas. Aunque son motivo de su preocupación, no son el dinero, el comercio o la producción industrial sus únicos intereses sino que su espectro es -hoy- mucho más amplio y creciente. En la actualidad, en concreto, no es sencillo saber si un concepto, una clase de conductas o un modo de tratar ciertos temas, pueden integrarse o no área de interés de la Economía, tal es la indemnización a las víctimas por actividades – peligrosas- económicas donde se conjuga la supervivencia del ente económico con el bienestar social, la utilidad frente a la prevención, la legislación obsoleta (por ejemplo la responsabilidad por culpa, las privilegios de las aseguradoras) frente a la dinámica de la doctrina, la legislación avanzada de otros países, la distribución de riesgos y el Derecho de Daños, acorde a la nueva realidad económica y social.

---

<sup>182</sup> Tomado de VIII Cursos Intensivos de Postgrados, 16 de julio al 3 de agosto de 2007 en la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, del trabajo presentado por MUÑOZ Emmanuel O, ¿Cómo asignarle un valor a la vida?

## C.- CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Podemos decir sin lugar a dudas que la responsabilidad civil o derecho de daños en su expresión más moderna es una de las ramas del derecho que más ha evolucionado en los últimos tiempos y ha experimentado un notable desarrollo intelectual tanto de parte de la legislación como de doctrina y jurisprudencia; la responsabilidad civil es la obligación de asumir todas las consecuencias patrimoniales o económicas que nacen de un acto, conducta o hecho, que ocasione un daño a otro; destacamos que un elemento importante es el daño, pero ¿significa esto que siempre que hablemos de responsabilidad esté, indefectiblemente, presente un daño cometido en contra de alguien? Pues, aparentemente, y en una concepción superficial podríamos decir que cabe decir que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño; tal es, desde luego, el sentido etimológico de la palabra: el responsable es el que responde; la responsabilidad se deriva, en lo que denomina la ciencia jurídica, desde el Derecho Romano, como el “*Neminem laedere*”, o lo que significa, en otras palabras, que nadie puede perjudicar a otro injustamente, criterios que se explican a continuación.

La responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, (normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios). Se define la responsabilidad como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Aunque normalmente la persona que responde es la autora del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de responsabilidad por hechos ajenos, como ocurre, por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños causados por sus hijos, o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de la circulación.

Hay que hablar en primer lugar es de responsabilidad simplemente y luego de responsabilidad por accidente de circulación o responsabilidad médica, etc. Con ello queremos decir que la responsabilidad por lo único que está condicionada es por la existencia de un daño y de lo que se trata a través de ella es de resarcir a quien ha sufrido un daño, daño que pueda ser imputado a una persona determinada.

Añadiremos a esto, en palabras de los MAZEAUD y de TUNC, que: “*Si existe un tema que se sienta uno tentado de abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil*”<sup>183</sup>. Sin embargo estos tratadistas, posteriormente,

---

<sup>183</sup> MAZEAUD Henri, MAZEAUD León, TUNC André, “*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*”, tomo I, volumen I, EJE, Buenos Aires, Argentina, 1961, pág. 1.

manifiestan que es imprescindible determinar su contenido conceptual, sobre todo para aclarar ciertas dudas que han surgido de las diversas concepciones del mismo.

## 1. Definición de Responsabilidad

La Responsabilidad civil data del Derecho Romano y ha trascendido hasta nuestros días, dirigida esencialmente a proteger a las víctimas de daños, sean éstos contractuales o extracontractuales. Desde esa óptica en la doctrina científica más moderna se analiza la Responsabilidad civil a partir de lo que se ha denominado "*Derecho de daños*".

Comenzaremos haciendo una brevísima interpretación del término responsabilidad, primero desde su significado lato hasta llegar al significado estricto. Así, el Diccionario de la Lengua Española dice de la responsabilidad que: "*es una obligación que hay que cumplir*"; y más estrictamente que "*es una obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro una deuda o un daño*", concepto este, muy apegado al que nos interesa dentro de lo que es el Derecho Civil de las obligación de reparar.

Etimológicamente, la palabra "*responsable*" significa "*el que responde*". De allí que este concepto se relacione con la idea de "*reparación*", que tiene el sentido que el daño es soportado por alguien que es su autor, y no por la víctima misma. Por ende, tradicionalmente, se ha entendido que, en sentido estricto, la responsabilidad concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento, tanto de una obligación preexistente como del deber genérico de no dañar a otro. En otra perspectiva la responsabilidad significa deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.

Sea lo primero señalar qué debe entenderse por responsabilidad dentro del abanico de sus términos compuestos: responsabilidad moral, responsabilidad penal, responsabilidad jurídica, responsabilidad civil, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad por culpa probada, responsabilidad por culpa presunta, responsabilidad fundada en la culpa, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, responsabilidad directa, responsabilidad indirecta, responsabilidad de medios, responsabilidad de resultados, responsabilidad Principal, responsabilidad Subsidiaria y otros más, que hacen difícil que existe una noción unívoca del término; sin embargo, es indudable que casi instintivamente cualquier persona comprende las consecuencias que se desencadenan al ser responsable de algo.

---

El concepto de responsabilidad civil se entiende como la obligación de indemnizar el daño causado, por lo que su génesis positiva se halla en los preceptos que regulan las fuentes de las obligaciones.

Consideramos que la responsabilidad, en un sentido positivo, es cumplir adecuadamente con nuestros compromisos, y en su sentido negativo, es asumir la consecuencia de nuestros actos. En efecto, el “*responsable*” es aquel a quien se atribuye la consecuencia reparatoria producto de una actuación dañosa que ha desplegado.

Es interesante la clasificación de la responsabilidad según su origen el profesor Jarvey Rincón Ríos<sup>184</sup> de manera sucinta presenta:

1. Responsabilidad Natural: La encaminada a restaurar lo normal.
2. Responsabilidad Moral: Implica cargo de conciencia.
3. Responsabilidad Legal: La consagrada por el legislador
4. Responsabilidad Contractual: Derivada de un acuerdo de voluntades
5. Responsabilidad Extracontractual: La derivada por actos distintos al contrato.
6. Responsabilidad de los Particulares: La del ciudadano común y corriente.
7. Responsabilidad del Estado: Cuando se actúa como ente soberano.
8. Responsabilidad de los Funcionarios Públicos: Nacido del cargo que desempeña.
9. Responsabilidad Civil: La encaminada a la indemnización patrimonial.
10. Responsabilidad Penal: Implica Sanción por violación al ordenamiento penal.
11. Responsabilidad Individual: Atribuible a la persona natural. Singularmente considerada
12. Responsabilidad Colectiva: Nacido de órganos plurales de decisión.
13. Responsabilidad ilimitada: Hasta con los bienes personales y en algunos casos con la vida.
14. Responsabilidad Limitada: Hasta la concurrencia de lo aportado o comprometido.

---

<sup>184</sup> RINCON RIOS Jarvey, Sociedades Comerciales, 5ª. Edición, Ed. Universidad Santiago de Cali, 1997, pág. 202 y ss.

15. Responsabilidad Solidaria: Endilgable a una o varias personas a la vez, a discreción del acreedor o afectado.
16. Responsabilidad Laboral del Patrono: La del empresario.
17. Responsabilidad Laboral del Trabajador: Nacida del vínculo laboral de acuerdo a la profesión, oficio y contratación.
18. Responsabilidad por hechos propios: Por la actuación personal.
19. Responsabilidad por hechos ajenos: Por personas a cargo.
20. Responsabilidad por animales propios o a cargo.
21. Responsabilidad por hechos de las cosas inanimadas: Cuando no se realice las reparaciones y cuidados pertinentes.
22. Responsabilidad por Acción: Por el hacer,
23. Responsabilidad por Omisión: Por no hacer teniendo el deber.
24. Responsabilidad *in iudicando*
25. Responsabilidad *in procedendo*.
26. Responsabilidad por Culpa: Por imprudencia, impericia o ignorancia
27. Responsabilidad por Dolo: Por la intención de dañar.
28. Responsabilidad por Preterintención: Porque las consecuencias sean superior a las intenciones.
29. Responsabilidad Objetiva: Nacido del hecho o actuación, sin miramientos al sujeto
30. Responsabilidad Subjetiva: Aquella que requiere prueba de culpabilidad.
31. Responsabilidad Directa: La que se asume en primer orden.
32. Responsabilidad Subsidiaria: La del fiador. De segundo orden
33. Responsabilidad Profesional: La de una profesión u oficio.
34. Responsabilidad Personal: Las del sujeto.
35. Responsabilidad Patrimonial: La que recae sobre los bienes.
36. Responsabilidad Judicial. Derivada de una sentencia o providencia judicial.

37. Responsabilidad Extrajudicial. Nacida de un acto cualquiera.
38. Responsabilidad Consciente. Con pleno entendimiento de las cosas.
39. Responsabilidad Inconsciente. Por hechos no medidos ni calculados.
40. Responsabilidad por Asesoramiento Legal
- 41 Responsabilidad por Asesoramiento ilegal.
42. Responsabilidad por Aconsejar.
43. Responsabilidad por No Aconsejar.

Según los principios generales del derecho, toda persona responde civilmente ante terceros por los daños que causare en su persona o en sus bienes, por culpa o imprudencia, propias o de quienes se encuentren bajo su dependencia, o por el daño causado por las cosas riesgosas o viciosas que tiene a su cuidado o por la actividad peligrosa que desarrolle.

Varios tratadistas, especialmente de derecho civil, al analizar el tema de la responsabilidad, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por la noción de responsabilidad, y la mayoría de ellos concuerda en decir que es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño, a continuación una muestra.

En responsabilidad civil, la ley o la jurisprudencia establecen los casos y circunstancias en los cuales el demandado ha de ser condenado civilmente a reparar los daños causados por un suceso o acontecimiento dañoso que no debería haber ocurrido, que ha causado el demandado mismo y que el derecho puede considerar que ha de ser puesto a su cargo. Es muy difícil ofrecer una definición de la responsabilidad civil que sea, a la vez, omnicomprensiva, operativa y fecunda.

Una primera aproximación nos lleva a buscar el sentido de la responsabilidad civil, como lo enseña el profesor Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ en las primeras líneas de su obra "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: *"En su acepción más amplia, la noción de responsabilidad implica la de culpabilidad, que es la que, de ordinario, constituye su fundamento"*. Luego aclara que " ... en Derecho Civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento, que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para su autor. En este sentido, se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En Derecho Civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el

*perjuicio o daño sufrido por otra .Puede, pues, definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra*"<sup>185</sup>.

Al referirse a “*responsabilidad*”, TRIGO REPRESAS manifiesta que es un concepto secundario que presupone una relación entre dos sujetos y que se resuelve, en último análisis, en una obligación de reparación. Algunos autores sostienen que el vocablo “*reparación*” es de mayor claridad que el de “*responsabilidad*” y que se asienta en dos ideas básicas: la de compensar y la de satisfacer un daño o una ofensa. LÓPEZ OLAIREGUI, en su trabajo *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, prefiere el término “*responder*” al de “*responsabilidad*”, pues expresa que este último, por derivado y abstracto, resulta más difícil de ser pensado. M. J. LÓPEZ MESA, señala que “*la responsabilidad es un concepto secundario, que supone una relación entre dos sujetos, que se resuelve en último análisis en una obligación de reparación*”<sup>186</sup> y también recordando a REGLERO CAMPOS que “*responsabilidad es imputación. Con carácter general la responsabilidad constituye una categoría común a la práctica totalidad de los órdenes jurídicos... Cada una posee su particular régimen jurídico en cuanto a sus presupuestos, elementos y efectos....*”, GARRIDO CORDOBERA “*Nosotros pensamos que la responsabilidad civil es la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico*”<sup>187</sup>.

De donde se puede concluir que el derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “*responder*” o ser “*responsable*” o tener “*responsabilidad*” por el daño padecido por otra persona.

De manera sencilla responsabilidad es responder, asumir las consecuencias del hecho, las consecuencias patrimoniales diferentes de la responsabilidad penal o cualquier otra responsabilidad.

El hecho ilícito que no sea dañoso, no origina responsabilidad civil extracontractual aunque origine responsabilidad penal (ejemplo la fuga de un preso); en efecto, podemos decir que el “*responsable*” es aquel a quien se atribuye la consecuencia reparatoria producto de una actuación dañosa que ha desplegado. El acto es ilícito, se ocasione o no un daño indemnizable; en consecuencia, no podemos considerar el daño como “*elemento*” del acto ilícito, sino como elemento de la “*responsabilidad civil*”, teniendo en cuenta que no se puede hablar de acto ilícito si al agente no se le puede imputar dolo, culpa o negligencia.

---

<sup>185</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno", editorial Ediar Ltda., Santiago, Chile, 1983, Tomo 1, página 11

<sup>186</sup> TRIGO REPRESAS F. A. y LÓPEZ MESA M. J., *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo, 1 y ss., 1ª ed, La Ley, Buenos Aires, 2004

<sup>187</sup> GARRIDO CORDOBERA Lidia María, *Los daños colectivos y la reparación*, 1ª ed., Universidad, Buenos Aires 1993. pág. 5 y ss.

Para los hermanos MAZEAUD, “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro”<sup>188</sup>; y para PLANIOL y RIPERT expresan que “existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra.”<sup>189</sup>

Para Lidia María GARRIDO CORDOBERA:

“Nosotros hemos optado desde hace muchos años por adoptar la terminología de derecho de daños, opción basada en la amplitud de los fenómenos que nos interesan, la ampliación del concepto tradicional de daño resarcible, la presencia de víctimas plurales o colectivas, la situación particular del riesgo de desarrollo, los sistemas de reparación que propiciamos para ciertos daños (fondos de compensación o garantía), la importancia que le damos a la prevención del daño mediante diferentes figuras, un rol muy activo que sostenemos para el Estado y la incorporación en ciertos supuestos de los daños punitivos; situaciones todas estas que creemos fuerzan más allá de lo debido el concepto clásico de responsabilidad civil

En un sentido muy general, podríamos decir que el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, y también, asegurar a los grupos o a la sociedad la protección y reparación de los denominados “intereses colectivos”; pero sin olvidar la etapa esencial de prevención de los daños, contando para ello con normas del derecho privado y público, y con un contenido basado en las Constituciones y los tratados  
(...)

El tema de la responsabilidad es sumamente amplio<sup>3</sup>, y uno de los puntos en que todos los autores coinciden es en que se trata de un fenómeno que liga todos los dominios de la vida social”<sup>190</sup>.

Esta autora adiciona:

“Podemos decir, citando a Ripert, la famosa frase que cala muy hondo en los que nos dedicamos al Derecho de Daños: ‘*Allí donde antaño se soportaba el daño causado, inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al responsable*’, entendiendo con la palabra responsable, la situación de un patrimonio al que el derecho le impone la obligación de soportar el daño”.

La responsabilidad civil se configura con la concurrencia de una serie de elementos, como el daño en la persona de alguien o en las cosas de su dominio o posesión causado por la acción u omisión intencional o negligente de una persona

---

<sup>188</sup> MAZEAUD Henri – Leon – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág.7

<sup>189</sup> PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Tomo sexto, Las Obligaciones (primera parte). La Habana: Editorial Cultural, S.A, 1936, pág. 664

<sup>190</sup> GARRIDO CORDOBERA Lidia María, La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad, Revista Universitas. Bogotá (Colombia), N° 118:15-30, enero-junio de 2009

física o los dependientes de una persona jurídica. Pero, además, la responsabilidad no solamente surge del daño, sino de cada fuente de la obligación, dicho en otras palabras, surge una responsabilidad cuando se debe cumplir una obligación, y que si no se la cumple causa un perjuicio efectivo en el patrimonio del acreedor.

Prescindiendo de las diversas acepciones que generalmente se dan al término responsabilidad en el léxico jurídico, como vimos son diversas algunas y otras más complejas, podemos decir, sin lugar a equivocarnos, y coincidiendo con el concepto del tratadista Philippe LE TOURNEAU que la responsabilidad civil “*es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima*”<sup>191</sup>. Genéricamente la obligación de resarcir los perjuicios surge en el lugar y en el momento en el cual se ocasiona el daño. En definitiva, la responsabilidad consiste en hacer recaer sobre alguien las consecuencias dañosas producidas: o las soporta la víctima, o las soporta otro, o se distribuyen; este es el nudo gordiano de la teoría general de responder, aplicable en el ámbito del derecho administrativo, laboral, civil o cualquier otro.

En este orden de ideas, la responsabilidad civil -derecho de daño-, se traduce, invariablemente, en el deber de indemnización y restitución a cargo del autor del perjuicio y/o del tercero civilmente responsable y, por otro lado, la pretensión de indemnización que asiste al perjudicado es la obligación de indemnización tiende a proporcionar una compensación a aquel que en virtud de ciertos hechos ha sufrido un daño o un menoscabo en sus bienes.

En consecuencia, vemos aquí que la responsabilidad tiene un objetivo principal, el cual es la reparación, que consiste, simplemente, en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; pero también tiene una faceta preventiva, que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia. Finalmente, tiene un aspecto punitivo “*especialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero*”<sup>192</sup>, diferente al daño punitivo.

De esto se colige que la acción civil es patrimonial, aún en el caso del daño moral se impone una indemnización pecuniaria. La responsabilidad civil, o mejor derecho de daños, es generalmente una respuesta pecuniaria a los daños causados a otro, mediante una indemnización de perjuicios, es decir, generalmente se traduce en un pago de dinero, sin desconocer el restablecimiento de los derechos, o el derecho a saber la verdad de la víctima.

## **2. Las fuentes de las obligaciones**

---

<sup>191</sup> LE TOURNEAU Philippe, “*La responsabilidad civil*”, Legis editores, Bogotá, Colombia, 2004, pagina 21.

<sup>192</sup> *Ibidem*, pagina 21

La responsabilidad tiene un elemento intrínseco, la obligación, del cual miraremos someramente su origen y clasificación.

Las leyes modernas, han asimilado la típica clasificación proveniente del Derecho Romano, y suelen distinguir en dos grupos de obligaciones, que son las nacidas del contrato y las que tienen su fuente en un acto ilícito, si bien hay algunos Códigos que al lado de estas dos categorías, proponen otras fuentes específicas. De otro lado, existe el daño resarcible, es decir, aquél que la sociedad considera que su carga económica no debe ser afrontada exclusivamente por el damnificado.

El autor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>193</sup> sostiene la necesidad de una modernización del derecho, partiendo de las tesis de Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, en tal sentido que las fuentes de la responsabilidad son tres: El contrato, el delito y la ley. Las dos primeras corresponden a las clásicas responsabilidades contractual y extracontractual. La tercera constituye un tipo distinto de responsabilidad que no está fundamentada en el incumplimiento contractual ni en el dolo o culpa, sino en un mandato de la ley y que, cuando menos de la manera como lo explican estos mismos autores a través de ejemplos, se acerca mucho a los casos de accidentes, el riesgo de la navegación aérea, el riesgo profesional y el riesgo de los accidentes de trabajo, por ejemplo comenta:

“Sin embargo, la denominación adoptada por PLANIOL y RUPERT para este tercer grupo de daños -denominación que responde a la metodología de la categorización empleada por esos autores- no es feliz, debido a que sabemos que toda responsabilidad civil tiene siempre como fundamento último la ley. Además, la omnipresencia de la culpa que todavía se advierte en estos juristas, les hace concebir la responsabilidad ‘legal’ (podríamos llamarla objetiva) como un caso anómalo y no les permite desarrollar todas las potencialidades de la idea. La responsabilidad ‘Legal’ queda en ellos como una categoría indefinida y ambigua, que surge paralelamente al Derecho Civil y no dentro de su marco: reconocen el nacimiento de una categoría jurídica nueva fuera de los muros de la ciudad civilista; pero no le abren las puertas a fin de incorporarla ex teoría como una tercera división de la responsabilidad civil”<sup>194</sup>.

Es interesante la síntesis de Roscoe POUND quien expresa que si examinamos retrospectivamente el desarrollo del derecho sobre la obligación de responder por los daños y perjuicios ocasionados, es apreciable el cambio con respecto a esa cuestión, y en cada uno de los sistemas jurídicos del mundo moderno encontraremos una sucesión de cinco ideas como base de tal responsabilidad. Esas ideas son:

- 1) Al principio, una simple idea de causalidad, basada en origen en la de idea de venganza. El derecho se limitaba a preguntarse si ejecutó el demandado el acto

---

<sup>193</sup> DE TRAZEGNIES Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, (Arts. 1969-1988), Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, Tomo II, págs. 472- 473.

<sup>194</sup> *Ibíd.*, pág. 473

físico que perjudicó al demandante; suscitando en la persona agraviada un deseo de vengarse que conduciría a una guerra particular entre ellos y perturbaría la paz de la sociedad; por lo tanto, se establece la indemnización para liberarse por medio del pago del deseo de venganza que ha suscitado.

- 2) Aparece la idea de “*falta*”, una idea moral que sustituye la idea de seguridad general por la de moral general, y la pregunta sería la de si era el acto censurable.
- 3) Surge la idea de responsabilidad sin culpa, retornándose a la base de la seguridad general con la idea de control del factor casual.
- 4) Irrumpe la idea del seguro. El derecho debería imponerlo en primera instancia sobre aquellos que tienen la posibilidad de trasladarlo al público en general, ya que todos deberíamos soportar las pérdidas que recayeran sobre cualquiera de nosotros como riesgos de la vida en una sociedad civilizada, y funciona como medio de lograr esa justa distribución de la carga que significa la pérdida o daño.
- 5) Paralelamente, se forma la idea de mayor capacidad para soportar la pérdida como responsable<sup>195</sup>.

Sabemos que muchos códigos civiles latinoamericanos siguen la doctrina clásica en la cual se inspiró el Código Civil Francés, el que dividió las obligaciones en dos grandes grupos:

- a) Las que surgen del acuerdo de las partes –convencionales.; y,
- b) Las que nacen sin convención.

*“A las obligaciones del primer grupo se las llama Obligation y a las del segundo grupo se las denomina Engagement –afirma LEÓN QUINDE-. La fuente de las primeras obligaciones era el contrato, de las segundas los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley”*<sup>196</sup>

Así, el tratadista venezolano-chileno Andrés BELLO, (venezolano por nacimiento y chileno por naturalización) en los artículos 1437<sup>197</sup> y 2287<sup>198</sup> del Código Civil Chileno que:

---

<sup>195</sup> POUND Roscoe, Justicia conforme a derecho, Letras S.A., Buenos Aires, 1965, pág. 8 y ss,

<sup>196</sup> LEÓN QUINDE Fernando Eduardo, “*Elementos del incumplimiento de las obligaciones*”, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2002, pagina 15

<sup>197</sup> Art. 1437 Código Civil Chileno: “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 injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad.”

<sup>198</sup> Art. 2287 Código Civil Chileno: “Las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario.”

“[...] 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 injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos. Ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”<sup>199</sup>

Entonces Andrés BELLO, clasifica las fuentes de las obligaciones en:

- 1.- En las obligaciones con acuerdo de voluntades, el contrato.
- 2.- En las que se contraen sin que medie convención si es lícito, los cuasicontratos, si es ilícito los delitos y cuasidelitos; y,
- 3.- La ley.

Esa es la concepción clásica usada en los Códigos civiles que se derivan de las concepciones del Código Civil Chileno de Andrés Bello, pero, por otra parte, debemos mencionar que: La doctrina moderna ha cuestionado la clasificación anterior de las obligaciones y en este sentido los autores manifiestan que éstas nacen:

- a) Del acto jurídico;
- b) Del acto ilícito,
- c) Del enriquecimiento sin causa<sup>200</sup>; y,
- d) De la ley<sup>201</sup>.

Para el Derecho Civil patrio son cinco las fuentes de las obligaciones a saber: El contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, según se desprende del artículo 1494 del Código Civil expresa lo siguiente:

Artículo 1494. <Fuente de las obligaciones>. “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 injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Es importante señalar que la mayor parte de los Códigos de los países de América Latina, debido a la influencia del Código Francés, han adoptado la clasificación clásica: contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y ley. Pero, por su parte, algunos países han tomado vías distintas, así, el Código de Brasil, de 1916, enumera como fuentes de las obligaciones únicamente los hechos jurídicos y los

---

<sup>199</sup> Andrés Bello citado por: Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>200</sup> Es importante hacer notar que tanto para el Código Civil colombiano, como para el ecuatoriano y el chileno, no existe una norma que establezca al enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones. Algunos autores la han clasificado dentro de los cuasicontratos.

<sup>201</sup> LEÓN QUINDE Fernando Eduardo, *Op. Cit.*, pág. 16.

contratos. Así mismo, el Código Civil italiano de 1948 se refiere a las fuentes de las obligaciones expresando que estas nacen del *contrato*, del *hecho ilícito* y de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas, de conformidad con el ordenamiento jurídico (art. 1173). Por otro lado, el Código Civil alemán de 1900 contempla como fuentes de las obligaciones el negocio jurídico, los hechos ilícitos, el enriquecimiento injustificado y la ley<sup>202</sup>.

El autor Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ al respecto sostiene que el Código Civil Colombiano, “a imitación del francés y, en general, de los del siglo pasado, dedica varios de sus artículos a la relación y definición de las diversas fuentes de las obligaciones por él recogidas”<sup>203</sup>; respecto al artículo 1494, asegura que esa enumeración de las fuentes de las obligaciones implica que el Código Civil colombiano ha consagrado la teoría clásica elaborada por los intérpretes del derecho romano, prohibida por POTHIER y, en general por los civilistas de los siglos XVIII y XIX. Por otro lado, manifiesta que desde entonces, ha existido un intenso movimiento y actividad doctrinal al respecto y por lo tanto, certeras críticas se han formulado contra esta clasificación de las fuentes de las obligaciones.

Así por ejemplo, el maestro Arturo VALENCIA ZEA sostiene que “la expresión *cuasicontrato debe desecharse*”<sup>204</sup>; al respecto, en nuestro país en el año 1939 se propuso la reforma del Código Civil; el punto 8° de las reformas propuso que debía: eliminarse la noción de cuasicontrato, que no responde a ninguna concepción técnica. Los autores nacionales estuvieron conformes con el que el Código debía tecnicarse borrando de él la noción de cuasicontrato<sup>205</sup>, lo cual a no ha sucedido; la inutilidad lógica de la figura del cuasicontrato al tratarse de una “noción negativa que define un contenido por lo que no es, y además inconsistente, ya que alberga en su seno un conjunto de figuras que sólo tienen en común el no ser contratos”<sup>206</sup>; y además, como lo han reconocido los civilistas modernos, siendo sólo un nombre vacío, que sólo por la fuerza de la tradición se ha seguido usando y que según el francés Jean CARBONIER “el cuasicontrato es una figura históricamente falsa, irracional e inútil”. Es más, según Louis JOSSERAND, el cuasicontrato es una “especie de monstruo legendario que es indispensable borrar del léxico jurídico”<sup>207</sup>, y este mismo autor: “...el cuasicontrato debe su nombre a una aberrante contradicción del lenguaje, pues el contrato es por definición un acuerdo de voluntades que existe del todo o no existe, sin que sea dable concebir que pueda cuasiexistir”<sup>208</sup>.

---

<sup>202</sup> TAMAYO LOMBANA Alberto, “Manual de obligaciones”, quinta edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997, página 30.

<sup>203</sup> OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, “Régimen General de las Obligaciones”, séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2001, página 31

<sup>204</sup> VALENCIA ZEA Arturo y ORTIZ MONSALVE Álvaro, “Derecho Civil. De las Obligaciones”, novena edición, tomo III, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 44.

<sup>205</sup> *Ibidem*, página 45

<sup>206</sup> VALLEJO MEJÍA Jesús, “Manual de obligaciones”, primera edición, Editorial Dike, Medellín, 1991, página 30.

<sup>207</sup> JOSSERAND, Louis citado por: Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, página 33.

<sup>208</sup> Citado por DE LA VEGA Antonio, “Derecho de obligaciones”, cuarta edición, editorial Temis, Bogotá, 1986, pág. 16

Más sin embargo nuestro Código Civil dedica el título 33 del Libro 4° (artículos 2302 a 2340) a los cuasicontratos, y aún no los define suficientemente, y se indican sus especies principales, que son: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad. Por lo tanto, es evidente que hayan surgido diversas teorías para reemplazarla; inquietud que compartimos, es preciso establecer que la clasificación que mantiene hasta ahora nuestro Código Civil respecto a las fuentes de las obligaciones, casi ha desaparecido en otras legislaciones más modernas, dejando más bien a la doctrina que se encargue de su análisis; estamos en mora de reformar el Código Civil, colocándose a la par de las nuevas corrientes teóricas, jurisprudenciales y legislativas.

Dicho esto, entonces, de lo citado podemos entender claramente que: primero, las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes; segundo, que las que nacen de la ley se expresan en ella; tercero, que si el hecho de que nacen es lícito constituye un cuasicontrato; y finalmente, si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito; ya que si es cometido con intención de irrogar perjuicio se trata de un delito; ampliándose a la elevación del riesgo normal y al desarrollo de las actividades consideradas peligrosas como nueva fuente de obligación.

El famoso doctrinante René DEMOGUE, por su parte, tiene una concepción bastante interesante sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones y dice que, además del contrato, el delito y el cuasidelito, el cuasicontrato, existe la fuente que él la cataloga como “*el simple hecho que engendra la obligación*”<sup>209</sup>, en donde la ley ya no se preocupa de la voluntad, no existe problema de capacidad que examinar y solamente ciertos hechos generarían una obligación.

### **3. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado**

Otra clasificación importante son las obligaciones de medio y obligaciones de resultado, En las obligaciones “*de medios*”, el deudor será responsable sólo en caso de que incurra en culpa, y en las obligaciones “*de resultado*”, como su nombre lo indica, se garantiza el resultado.

Para algunos autores la mayoría de las obligaciones son “obligaciones de resultado”, porque en la mayoría de las obligaciones las partes entienden que el deudor garantiza el resultado, de modo que es responsable en caso de incumplimiento aunque no haya culpa suya en el incumplimiento. Como ha señalado Alberto J. BUERES, “*en materia contractual la responsabilidad es objetiva, pues la culpa campea como factor de atribución sólo cuando están en juego obligaciones de medios, circunstancia ésta que se da en escasísimos*

---

<sup>209</sup> DEMOGUE René, citado por: Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, p.34.

supuestos”<sup>210</sup>; autor que continua: “La preponderancia cuantitativa de las obligaciones de resultado, permite considerar que en la mayoría de los casos la responsabilidad contractual será objetiva, y en la menor cantidad de supuestos se sustenta en la culpa”<sup>211</sup>.

Colocando los siguientes ejemplos: en la compraventa (ya sea de muebles, ya sea de inmuebles), en la locación de cosa, en el contrato de construcción y en la gran mayoría de los casos de locación de obra, etc. En efecto, la obligación del vendedor de entregar la cosa y transferir el dominio sobre ella, la del locador de dar la cosa en uso, la del locatario de restituirla al término del contrato, la obligación del locador de obra (en la mayoría de los casos), son concebidas y tratadas como “obligaciones de resultado”, y por ende no se requiere culpa del deudor para que éste deba responder por la inejecución de la obligación. Y en cuanto a las obligaciones dinerarias, no sólo en los negocios jurídicos mencionados, sino en cualquier especie de contrato, son reputadas siempre por la doctrina y por los tribunales como “obligaciones de resultado”; más aún: el mismo Código Civil ya desde su redacción originaria, no exige la culpa como requisito para la procedencia de los intereses en caso de incumplimiento de las deudas de dar dinero, sino que se trata de una responsabilidad objetiva: basta el incumplimiento material el día de vencimiento de la obligación, con prescindencia de que el deudor tenga o no culpa por su mora, para que deba pagar intereses.

Claro está que también hay varias hipótesis de obligaciones que son reconocidas como “obligaciones de medios” (como es por ej. la obligación del mandatario de concertar el negocio que le fue encargado), pero las obligaciones de medios “son manifiestamente minoritarias dentro del universo de las relaciones contractuales”. En cambio, para la responsabilidad aquiliana, de acuerdo con el Código Civil y según se acepta *generalmente* en la práctica judicial, rige el requisito de la culpa, salvo para los supuestos en que una regla de la ley haya atribuido deberes de resarcir a un responsable sin culpa suya, como por ejemplo en daños causados por el riesgo o por el vicio de las cosas.

#### **4. Clasificación de la Responsabilidad Civil**

La doctrina ha clasificado la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, en virtud del origen de la obligación de reparar: bien por la violación de las convenciones pactadas en un contrato, bien por violación general del principio de no causar daño a terceros. Este último, que se consigna con el adagio latino *neminem leadere* y que nuestro Código Civil ha acogido en el célebre artículo 2341, es una exigencia genérica de actuar o no actuar de tal manera que se eviten perjuicios a terceros.

---

<sup>210</sup> BUERES Alberto J., *Responsabilidad contractual objetiva*, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, vol. 1989–II, p. 964

<sup>211</sup> *ibidem.*, p. 978

La dualidad de regímenes tiene una larga trayectoria, encontrándose sus orígenes en Roma donde en la ley de las XII tablas la responsabilidad era contractual y en la ley Aquilia era extracontractual. En base a ello, se las estudió y legisló separadamente en las Institutas y en el Digesto y de allí pasó al derecho francés. En este último fue SAINCTELETTE en 1884 quien señaló las diferencias entre los dos tipos de responsabilidad. En tanto que a partir de 1886 a través de un trabajo de LEFEVRE se insinúa la idea de unidad la que fuera desarrollada más tarde por las tesis doctorales de Grandmoulin y Aubin<sup>212</sup>.

Nuestros códigos han consagrado un sistema dual que divide la responsabilidad en dos campos: contractual y extracontractual. El área contractual tiene como objeto el daño causado al contravenir un deber específico, establecido previamente con otra persona; por lo tanto, en la base de esta responsabilidad está la voluntad de los sujetos que han concertado algo. El área extracontractual abarca los daños causados al contravenir el deber genérico de no dañar a otro; por ello, no está fundada en el valor de la voluntad o autonomía de la voluntad, sino sobre el principio de solidaridad, de fuente romana, que manda no dañar a otro.

La demarcación de ámbitos también puede plantear el problema de dónde regular determinadas reglas para solucionar problemas que no son puramente teóricos sino que tienen una importante trascendencia práctica

Sigue => Sigue => Sigue => Sigue =>

Tomado del libro DERECHO DE DAÑOS  
Autor JORGE PANTOJA BRAVO  
Editorial Leyer, año 2014 (1ra edición)

-.-

---

<sup>212</sup> Sobre los orígenes de la distinción, su evolución y su crítica puede verse: TRIGO REPRESAS, Félix A., "La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en "La Ley" 1987-C-860; CASIELLO, Juan J., "Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil", en "La Ley" 1989-B-911; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad por daños (elementos)", Buenos Aires, Depalma, 1993, págs.54 a 60; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, pág. 93 a 100