

### Reglas generales de la responsabilidad

El concepto de responsabilidad en el mundo jurídico hace referencia a la consecuencia generada de violar una obligación, ya sea por transgredir los lineamientos trazados por un negocio jurídico, o por quebrantar un deber genérico; que no es más, que el daño causado a otro. En el primer evento estamos frente a un caso de responsabilidad concreta, en el segundo, frente a un caso de responsabilidad abstracta<sup>368</sup>.

Ahora bien, cabe recalcar en este punto que variadas nociones han surgido respecto al concepto de responsabilidad. Algunos de estos incluso han llegado a afirmar que la responsabilidad es una de las fuentes de las obligaciones, afirmación que no se comparte, ya que como se dijo en el párrafo anterior, la responsabilidad es una consecuencia, es el efecto generado de trasgredir una obligación, sea por el incumplimiento de un negocio jurídico o el daño causado a otro. La responsabilidad por sí misma no representa una de las fuentes de las obligaciones, sino que es la consecuencia<sup>369</sup>, proveniente de cuando dichas fuentes son compelidas.

.....  
368 Romero Díaz, Héctor. Responsabilidad Civil General y del Notario. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2000. P. 1

369 *Ibidem*. P. 2.

La responsabilidad se divide en varias clases dependiendo del bien jurídico que protege<sup>370</sup>, de este modo se obtiene por ejemplo, la responsabilidad penal, civil, administrativa, disciplinaria entre otras. En este ensayo sólo nos ocuparemos de la penal y de la responsabilidad civil.

## Responsabilidad penal

La responsabilidad penal se causa cuando una persona de manera culpable y antijurídica viola o contraviene mandatos expresos del legislador. Por regla general quien comete una conducta ilícita lesiona intereses superiores de la colectividad, que lo conllevan a incurrir tanto en una responsabilidad penal como civil<sup>371</sup>.

De lo anterior, se deduce que cuando una persona incurre en responsabilidad penal, se le otorga la imposición de una pena, entendida como una sanción de carácter social que busca proteger a la comunidad de los agravios que la persona ha realizado con su conducta ilícita; además de buscar la reparación de los daños causados a las víctimas. De esto, se deriva que la condena penal busca resarcir dos agravios, uno abstracto, derivado de la amenaza y daño a la sociedad al cometerse una conducta típica, antijurídica y culpable; y una segunda de carácter particular desprendida del daño a la persona a la que se lesionó con el acto ilícito.

Establecido esto, existen diferencias notorias frente a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, las más notorias son las que versan sobre su alcance y sobre sus fuentes. Al respecto Valencia Zea menciona: *“En cuando al alcance o gravedad, la responsabilidad penal implica la lesión de intereses superiores de la colectividad; en cambio, la responsabilidad civil es lesión de interés de los particulares”*<sup>372</sup>.

En cuanto a las fuentes, debe decirse que son más numerosas las que se originan de la responsabilidad civil que las que se originan de la responsabilidad penal. Esto se debe a que la responsabilidad penal es la consecuencia de una conducta propia o personal, lo que implica necesariamente que siempre es subjetiva, pues

370 Di Prospero, Mariana. La responsabilidad del escribano, en la responsabilidad profesional. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995. P. 35.

371 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones Editorial Temis. Bogotá. 2004. P. 150.

372 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones Editorial Temis. Bogotá. 2004. P. 150.

es un requisito indispensable que dicha conducta se cometa con dolo o culpa, condiciones que no son imprescindibles en la responsabilidad civil. La responsabilidad civil tiene sus fuentes en:

1. la conducta dolosa o culposa de una persona. Es en este aspecto el único campo en el que converge la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, en los demás fuentes sólo existe responsabilidad civil.
2. la conducta de las personas por las cuales se tiene un deber de cuidado. Dentro de esta categoría están los padres en relación con sus hijos menores, los guardadores en relaciones con sus pupilos, etc.
3. los hechos productos de animales y de objetos.
4. los daños ocasionados por el ejercicio de actividades peligrosas.
5. los daños ocasionados por personas jurídicas tanto públicas como privadas.

### Responsabilidad civil

La responsabilidad civil a diferencia de la penal, tiene una sola finalidad que es la de obtener la indemnización de los perjuicios por la persona que los originó a favor de quien tuvo que sufrirlos<sup>373</sup>. La responsabilidad civil sólo busca la reparación pecuniaria o económica del daño.

En consecuencia, la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica, la obligación de reparar a una persona cuando se le ha ocasionado un daño. Autores como Romero Díaz mencionan; que la responsabilidad puede provenir de la mora o el incumplimiento de obligaciones concretas adquiridas previamente, bien mediante un contrato o de manera unipersonal, eventos en los cuales se está frente a la denominada responsabilidad concreta o contractual. Pero si la responsabilidad se origina de un evento en el que no existe ningún vínculo preexistente, sino de la violación de un deber genérico se está frente a la denominada responsabilidad abstracta o extracontractual.

Cabe anotar, que la responsabilidad dependiendo de la valoración que se le dé al elemento subjetivo (dolo-culpa) se clasifica en objetiva, subjetiva e intermedia.

La responsabilidad objetiva es aquella que para su existencia no es necesario la evaluación del dolo o culpa, sino la valoración del daño causado en sí. En este

.....  
<sup>373</sup> Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 4.

tipo de responsabilidad se relega todo elemento moral, y se aprecia únicamente en el daño que ha padecido la víctima.

Esta clase de responsabilidad se fundamenta en tres tipos fuentes a saber; la primera, en el riesgo creado; la segunda, en el riesgo provechoso; y por último, la equidad. El riesgo creado tiene sus orígenes en la Revolución Industrial, y halla su principio de la premisa que expone que; quien crea el riesgo es responsable de todos aquellos eventos en los que se le cause un daño a otro, así, se tiene por ejemplo la creación de inventos, la manipulación de máquinas, vehículos entre otros aparatos maquinizados<sup>374</sup>.

De otro lado, la segunda fuente, el riesgo provechoso, obtiene su fuente en la condición de que la obligación de reparar el daño ocasionado surge cuando, una persona ha generado el daño con la finalidad de aprovecharse de él en demérito de un tercero.

La tercera fuente, que hace referencia a la equidad, reseña que quien recibe el daño debe ser reparado en aras de la justicia. Esta fuente se basa en prescindir de todo concepto de culpa y sólo valorar la situación económica tanto de la persona que causó el daño como de la víctima<sup>375</sup>.

### *La responsabilidad subjetiva*

En la responsabilidad subjetiva a diferencia de la objetiva es necesario que se evalúe el elemento moral (dolo-culpa), ya que sin la existencia de este no es posible imputarle a una persona la obligación de reparar el daño causado. Al respecto, Valencia Zea cita: *la responsabilidad subjetiva, ante todo la responsabilidad por el hecho propio, exige cuatro elementos: 1) una conducta que sea la causa del daño; 2) que la conducta haya sido dolosa o culposa; 3) un daño o perjuicio; 4) que entre el daño y la culpa exista un nexo de causalidad.*

374 *Ibidem*, P. 10.

375 Frente a esto Valencia Zea y Monsalve han afirmado que el Derecho moderno ha ampliado las razones de la equidad para ordenar la indemnización de los daños privados ocasionados en circunstancias, de legítima defensa o en estado de necesidad y otras situaciones. Dan como ejemplo el Código Civil Alemán en su § 827, que expresa que una persona puede quedar exonerada de responsabilidad cuando se encuentra en estado de inconsciencia u otro estado que excluya la libre determinación de la voluntad; pero advierten también que en § 829 del mismo cuerpo normativo se establece que quien cause un daño deberá indemnizar a la víctima en la medida que lo exija la equidad y teniendo en cuenta las circunstancias.

•Responsabilidad•

En este punto se puede advertir que, si la responsabilidad es subjetiva las obligaciones que se desprenderán de ella serán de medio, mientras las originadas de la responsabilidad objetiva serán de resultados. Estas diferencias serán estudiadas detenidamente más adelante.

Para terminar, vale recalcar en este punto el trascurso histórico que sufrió la responsabilidad objetiva a la responsabilidad subjetiva. En los sistemas jurídicos primitivos el único requisito preciso para decretar la reparación de cualquier daño, era que la actividad que lo había producido le fuera imputable a una persona, sin la necesidad de entrar a examinar si dicho acto estaba dirigido por el dolo o culpa<sup>376</sup>. Estos sistemas se basaban en la reciprocidad, su idea de satisfacción social consistía en que el daño producido se compensaba, con un mismo daño generado; que no es más que el fundamento de la venganza primitiva<sup>377</sup>.

Tras esta forma de operación, y por la influencia de la moral griega y la fe cristiana, se dio origen a las doctrinas subjetivas, las cuales plateaban que la obligación de reparar el daño no provenía del daño causado, sino, de la culpabilidad del autor. La responsabilidad subjetiva fue introducida por las *Institutas* de Gayo y por la *lex Aquilia*, la cual fue expedida en Roma hacia la mitad del siglo III a. de C.

La *Lex Aquilia*, en sus dos primeros capítulos se refiere a la muerte de los esclavos y la remisión de deudas del acreedor a su deudor. El tercer capítulo versa sobre las lesiones generadas a esclavos y animales, así como de las consecuencias de la destrucción de objetos ajenos. La importancia de la *Lex Aquilia* radica en que por medio de ella, la jurisprudencia de los pretores, consolidó la idea de culpa y permitió darle la suficiente fuerza al fundamento de la responsabilidad subjetiva, para que con el pasar del tiempo se pudiera manifestar y consolidar. En efecto, dichos pronunciamientos fueron los que en últimas permitirían concluir dentro de la actividad judicial que le sucedería, que la responsabilidad civil sólo se originaba cuando el autor del daño había ejercido su conducta, con dolo o culpa. Claramente el elemento esencial que permitió estructurar la responsabilidad subjetiva, fue el resultado de la distinción de culpas hecho por los pretores romanos.

Cabe subrayar, como lo menciona Romero Días; “la ley *Aquilia* fue el primer enlace en la relación indivisible que debe existir entre la responsabilidad jurídica

376 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Tomo III. *Op., cit.*, P. 154.

377 Este principio encuentra su pilar en la idea de “*Darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente y golpe por golpe*”. De este postulado se inspiran las reglas del Pentateuco, el código de Amuraba, la ley de Israel, entre otras.

y la responsabilidad moral, para indagar el grado de culpa, de voluntad o intención dañosa con que procedió el causante del perjuicio<sup>378</sup>.

### *Responsabilidad intermedia*

La responsabilidad intermedia es aquella donde la culpa se presume, opera de igual forma que la responsabilidad objetiva, pero se diferencia en que en ella, si se demuestra la ausencia de culpa, se exime de la responsabilidad. Este tipo de responsabilidad está contemplado en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que corresponde a las obligaciones provenientes de los padres, guardadores y empleadores de reparar los daños causados por parte de sus hijos, pupilos y trabajadores. Visto el escenario en donde opera la responsabilidad intermedia, se considera que no posee un carácter indispensable para entrar a profundizarla aun más, por lo cual, de ahora en adelante sólo se tratará la responsabilidad subjetiva y la objetiva.

### **Fundamentos de la responsabilidad civil**

La responsabilidad civil se funda en la obligación de reparar a una persona por los daños que se le causan, ya sea porque estos se han originado de manera concreta o de forma abstracta.

Trayendo la definición que en acápites anteriores se daba de obligación<sup>379</sup>, e incorporándola al contexto que nos atañe se deduce que la responsabilidad se traduce en la posibilidad que tiene el acreedor, cuando el deudor rehúsa o demuestra su renuencia a no cumplir con la obligación a la que está atado, de exigirle coercitivamente su ejecución, con la opción subsidiaria de tazar dicha prestación en una cifra de dinero, que se garantiza con el patrimonio del deudor hasta la concurrencia del equivalente pecuniario por el incumplimiento de la prestación debida.

Frente a esto, vale la pena aclarar que aunque si bien el concepto de obligación y responsabilidad tienen grandes puntos de convergencia, en ningún caso, implican lo mismo, ya que los dos términos hacen referencia a una relación establecida entre

378 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 5.

379 De manera general es; el vínculo jurídico establecido entre una parte denominada acreedor y otra denominada deudor, en la que el primero le puede hacer exigible coercitivamente al segundo la ejecución de una prestación que puede versar en dar, hacer o no hacer. Si dicha prestación no se puede ejecutar, cabe la posibilidad que el acreedor solicite que la prestación sea estimada en una cantidad de dinero (subrogado pecuniario) que corresponda al equivalente de los daños causados e intereses.

causa y efecto. Las dos terminologías se pueden distinguir claramente, si se precisa en que la responsabilidad es una consecuencia generada de la violación de una obligación anterior; en donde la responsabilidad no es nada mas que, una nueva obligación consistente en reparar un daño originado por el incumplimiento, que pudo ser de carácter genérico o abstracto, como la de causar un daño, o de una obligación determinada y concreta, como la que se produce al no haber cumplido con un contrato.

En otras palabras, cuando las partes están atadas mediante una obligación se comprometen a materializar lo que dicha obligación les establezca, ya que de otra forma se incurriría en incumplimiento (excepto cuando es un acuerdo entre las partes). Por otro parte, la responsabilidad es la sustitución o el reemplazo que se manifiesta en la indemnización dado el incumplimiento. La responsabilidad es entonces una sanción cuando no se cumple totalmente la obligación en desmerito del acreedor.

La responsabilidad civil es entendida entonces como la obligación de indemnizar los daños causados, no sólo por mandato legal, sino también por la supremacía de la justicia y la equidad. Su propósito es sin lugar a dudas buscar la compensación entre el perjuicio causado y la reparación del mismo, o sea, un equilibrio prestacional entre los sujetos vinculados, en aras de garantizar que entre las partes exista un contrapeso proporcional, pilar esencial del ordenamiento jurídico.

### **Objeto de la responsabilidad civil**

El ser humano por naturaleza tiene una vocación de convivir en sociedad. Dicho fenómeno trae consigo que cada persona tenga un deber inherente de comportamiento, un límite en el que se garantice la relación pacífica entre los miembros de una sociedad. Cuando este deber es violentado o quebrantado enmarcándolo dentro de una conducta ilícita que conlleva la causación de un daño o perjuicio a otro, es cuando se incurre o genera la responsabilidad, que como ya se ha dicho, consiste en la obligación de reparar el daño causado.

Claramente la responsabilidad civil haya su base funcional en el postulado según el cual; a nadie se le está permitido causarle un daño a otro sin ningún motivo justo, y el que lo genere tendrá el deber de repararlo. Frente a esto, es necesario precisar que si el incumplimiento de este deber es producto de una obligación genérica conducirá a responsabilidad abstracta o extracontractual, pero si dicho

incumplimiento se genera de una obligación determinada o específica que se ha adquirido con anterioridad, se está frente a un caso de responsabilidad concreta o contractual.

En síntesis, la finalidad última de la responsabilidad civil es garantizar la obligación de reparar el daño causado a otro, sin importar si fue el resultado de una acción u omisión de la persona obligada, o el producto de sus dependientes o cosas.

### **Elementos de la responsabilidad civil**

Lo primero que debe decirse frente a este punto, es que dependiendo del tipo de responsabilidad que se analice, se tendrá un número de elementos variado. De este modo, si se estudia la responsabilidad subjetiva o la responsabilidad objetiva la consideración de sus elementos no será la misma. En todo caso, si se hace evidente que la diferencia radical está presente en la referencia que se realiza del elemento interno (dolo-culpa). Dicho esto, los elementos para que opere la responsabilidad subjetiva, son: 1) Una conducta que sea la que originó el daño; 2) que la conducta sea el resultado de una acción u omisión ocasionada con daño o culpa; 3) un daño o perjuicio; 4) la existencia de un nexo causal entre el hecho y el perjuicio sufrido por la víctima.

A diferencia de la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad objetiva sólo posee tres elementos en su consideración, los cuales son; 1) la autoría material o imputabilidad; 2) el daño o perjuicio y; 3) el nexo causal entre daño y la imputabilidad. Visto esto, es claramente visible que en la responsabilidad objetiva se prescinde de la culpa, pero no de la imputabilidad o autoría de una persona. Cabe aclarar, que ninguno de los tres elementos ya mencionados se presume y por eso es requisito indispensable de cualquier persona que los alegue la obligación de probarlos. Es evidente que quien desee exonerarse de este tipo de responsabilidad podrá hacerlo sí; 1) demuestra que no es la persona que causó el daño; 2) que el daño se que alega nunca se causó; 3) que no existe nexo causal entre el daño y la autoría material.

A continuación se estudiarán con un poco más de detalle el primer elemento común de los tipos de responsabilidad vistos, o sea, la conducta. Posteriormente se estudiarán los demás elementos comunes; el dolo y la culpa en la responsabilidad



•Responsabilidad•

subjettiva o la causación o imputabilidad en la responsabilidad objetiva; seguidamente se estudiará el daño y el nexu causal.

### *Conducta atribuible a una persona*

El ordenamiento jurídico tiene como propósito regular el comportamiento del hombre en sociedad; el cual se expresa a través de acciones u omisiones<sup>380</sup>. Estas conductas reguladas por el derecho son denominados hechos jurídicos, los cuales se caracterizan porque de ellos se deriva una consecuencia jurídica. De esto es posible entonces afirmar que los hechos jurídicos son conductas humanas voluntarias o involuntarias, lícitas o ilícitas, dependiendo de si en su construcción intervino la manifestación de voluntad o si dichas conductas están permitidas por el derecho<sup>381</sup>. Este tipo de conductas puede ser generado por la actividad de un hombre (persona natural) o por un conjunto de personas organizadas con un fin (personas jurídicas)<sup>382</sup>. En materia de responsabilidad el factor indispensable que se observa es que el hecho jurídico le sea atribuible a una persona capaz de causar un daño, sea esta una persona natural o jurídica.

Visto lo anterior, es perceptible que dependiendo del tipo de conducta que se cree se determinará la clase de responsabilidad a la que se haga alusión, de este modo, si la conducta versa sobre el incumplimiento de un negocio jurídico en el cual las obligaciones fueron determinadas con anterioridad, se hablará de responsabilidad concreta o contractual. Pero, si por otro lado, la conducta que se cometió viola un deber general (no causarle un daño al otro), se estará frente a un caso de responsabilidad abstracta o extracontractual. Cabe decir, que es la ley la que implanta este tipo de deberes, así que su contravención constituye un hecho ilícito, una clara manifestación de un acto contrario al ordenamiento jurídico.

### *Factor subjetivo de imputación*

El factor de imputación hace referencia a la condición necesaria que se requiere para poder determinar de si un hecho acarrea responsabilidad o no. Como ya

380 Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Editorial Temis. Bogotá. 1979. P. 28.

381 Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá. 1990. P. 140.

382 Cabe recordar que para que este evento ocurra es necesario que las personas jurídicas puedan adquirir y contraer obligaciones y derechos.

se anotó anteriormente es el factor subjetivo el que permite distinguir entre responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Cuando se valora el dolo o culpa se está frente al estudio de la primera, pero si al contrario, se prescinde de esta valoración se está frente a la segunda<sup>383</sup>. La responsabilidad objetiva se predicara entonces, cuando el factor interno de la persona no se requiera, ya que el análisis que se realiza, se concentrará frente a la elaboración de actividades peligrosas o la creación de situaciones de riesgo. Visto esto, se procederá a estudiar el dolo y la culpa.

### Dolo

El Código Civil en su artículo 63 define al dolo como “*la intención positiva de inferir daño a una persona o propiedad de otro*”. De esta definición se deduce que el dolo es un error de conducta que está dirigido a causar un perjuicio. Para que exista el dolo es indispensable que se den dos elementos a saber; la conciencia y la voluntad. La primera establecida como el querer del acto que se ejecuta, así como de todos sus resultados y consecuencias. La voluntad por su parte es, la búsqueda de las consecuencias dañosas que están prohibidas por el derecho y consideradas como ilícitos o delitos civiles

En el derecho civil es necesario distinguir entre dolo contractual, o dolo como vicio del conocimiento, con el dolo extracontractual. El dolo contractual o *dolo in contrahendo* bajo la mirada del Código Civil (art. 1551) es el engaño consciente que uno de los contratantes infiere a otro para inducirlo a la celebración de un contrato. El dolo extracontractual es el daño causado a otro en forma consciente al margen de un contrato<sup>384</sup>.

El daño como se dijo atrás debe ser querido, aunque no sean queridos todos los daños generados por una conducta inicial, ya que sólo basta que sean queridos algunos y que se estime la consecución de otros (dolo eventual) para que se genere la obligación de repararlos. Igualmente, hay que tener en cuenta que otras figuras como la preterintención también son evaluadas. La preterintencional es entendida como el resultado que, siendo previsible, excede la intención original que la persona deseaba y genera consecuencias que no se querían.

383 Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, 1994. P. 148.

384 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 171.

## Culpa

Ya se dijo que el dolo es un error de conducta positiva, ya que requiere de un acto dirigido a causar un daño, ahora bien es necesario precisar que la culpa es un error de conducta de carácter negativo. Se dice que la culpa es un error de conducta negativa en la medida a que obedece a la no realización de un patrón exigido por una persona, dado por un error de comportamiento que le es imputable<sup>385</sup>.

Los hermanos Mazeaud definen la culpa como: “*el error de conducta que no habría cometido una persona prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias externas en el que se hallaba el autor del daño*”<sup>386</sup>. Dicho todo esto, se podría definir a la culpa de forma sencilla, aduciendo que es la negligencia, impericia o imprudencia con el que actúa una persona.

Cabe recalcar en este punto, que si tanto el dolo como la culpa no son visibles, o no existen dentro de la conducta de una persona, no es posible obligarla a reparar un daño bajo el marco de la responsabilidad subjetiva.

## Apreciación probatoria de la culpa

Como ya se ha mencionado la culpa hace parte del elemento interno, volitivo, que le es indispensable a la responsabilidad subjetiva para su configuración. Dada esta importancia es evidente que es un requisito propio para perseguir sus efectos la necesidad de probar la existencia de la culpa.

Existen circunstancias en las que existiendo un patrón de conducta delimitado (actuación prudente y diligente de un ser humano promedio), se puede establecer un paralelismo entre la conducta patrón y la conducta de la persona que causó el daño; si en dicha diferenciación no coinciden las conductas, por defecto, queda probada la culpa<sup>387</sup>. En otros escenarios se exterioriza la culpa, esto debido a que es el producto de conductas de las cuales se presume se tiene un control por obligación, por lo cual, si un daño se causa es debido a la ausencia del control obligatorio en dicha actividad. En este suceso el que pretende obtener los efectos de la

.....  
385 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 11.

386 Henri y Leon Mazeaud. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y el contrato*. Tomo I. Edición 3. P. 423.

387 Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, 1994. P. 171.

responsabilidad sólo tiene que probar el hecho dañoso, para que se infiera que la otra contraparte actuó con culpa.

En otros casos, el actor no tiene que demostrar la existencia de la culpa, ya que puede trasladarle la carga de la prueba a su contraparte. Esta circunstancia se presenta cuando por ejemplo, el que pretende la indemnización del pago no le es fácil probar la culpa de su contrario; en este evento, sólo le bastaría con alegar y probar el hecho dañoso, para que se le transfiriera la obligación de probar al agente que causó el daño, que no obró con culpa. Esta presunción es aplicable, en principio, a la responsabilidad concreta, mientras que para la responsabilidad extracontractual, por regla general, hay que probar la culpa por parte de quien causó el daño<sup>388</sup>.

### Capacidad culposa de los menores

El deber de no causar daño es el principio que gobierna la capacidad delictual civil. Este deber presupone que cada persona posee un cierto grado de conocimiento sobre lo que está acorde a derecho, y lo que no lo está. Esto induce a la afirmación de que; quien carece de dicho discernimiento es incapaz de cometer daños<sup>389</sup>. Al respecto el Código Civil en su artículo 2346 declara:

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

Visto, el postulado que se expresa de la ley, es deducible que la incapacidad delictual civil y la incapacidad contractual no siguen los mismos parámetros. Por un lado, se encuentra la capacidad contractual, y por el otro, la capacidad delictiva; aunque las dos se refieren a la existencia de un factor de orden psicológico; la primera hace referencia a la capacidad de celebrar negocios jurídicos con validez dentro del ordenamiento jurídico, la segunda es la aptitud para reparar los daños causados. La ley establece que la capacidad contractual se manifiesta cuando una persona ha cumplido los 18 años. En cambio, la capacidad para responder por los

388 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 12.

389 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 167.

daños de carácter civil sólo son palpables para las personas que son mayores de 10 años y menores de 18.

Respecto a esto, hay que aclarar lo siguiente; ya el artículo 2346 manifiesta, que una cosa es que los menores de 10 años no se vean abocados a responder personalmente por sus conductas dañosas, porque se entiende que aun no poseen la capacidad para conducirse socialmente, y diferenciar lo que los perjudica a terceros y a ellos mismos. Pero, otra cosa, es que aunque si bien los menores de 10 años no respondan directamente, signifique que el daño causado deba dejarse incólume. La obligación de reparar el daño producido se traslada a los encargados del cuidado de los menores, los cuales tendrán que responder por los daños que se hayan generado con su patrimonio.

Frente al escenario penal, las circunstancias varían; la legislación en materia penal establece que los menores de 18 años no podrán verse sometidos a las condenas penales que se ejercen sobre los mayores de 18 años, pero sí a la obligación de responder civilmente.

De forma ilustrativa, cabe retomar los lineamientos de autores como Valencia Zea y Ortiz Monsalve para clarificar este tema. Estos autores expresan: “ habrá que distinguir entre el daño ocasionado por un menor de 10 años y el causado por un menor de 10 años y menor de 18.

1. los daños causados por menores de 10 años deben ser reparados por las personas a cuyo cargo están dichos menores
2. los daños causados por quienes han cumplido 10 años sin sobrepasar los 18 años, deben ser reparados en forma directa por esos menores. Pero si estos no cuentan con la capacidad económica para garantizarlo, la víctima podrá perseguir el patrimonio de las personas que están al deber de su cuidado, con el fin de responder por la obligación de reparar el perjuicio.

### Diferencia entre dolo y culpa

Establecido todo lo anterior, se materializa que el dolo se caracteriza por ser una conducta dirigida a obtener un resultado determinado nocivo y perjudicial; la culpa, por otro lado, es el querer de una conducta pero sin la consecución de sus resultados<sup>390</sup>. La gran diferencia entre dolo y culpa radica en que; la primera busca el daño intencionalmente y la culpa no, ya que esta última, se caracteriza por la falta de cuidado y previsión que hubiera podido tener una persona media en dicha circunstancia.

La diferencia más radical que se observa entre el dolo y la culpa es la que se presenta en el campo penal. Casi de manera general, todo daño que se cause con dolo constituye un delito penal, y los causados con culpa ilícitos civiles. El derecho penal tiene como propósito reprimir el dolo, en tanto el derecho civil se preocupa de la reparación de los daños cometidos con culpa o sin ella. Esta generalidad tiene pocas excepciones, casi no existen ilícitos simplemente culposos que sean castigados por el derecho penal; y de la misma forma, aun mas muy pocos ilícitos intencionales sancionados por el derecho civil.

Quien comete un delito penal incurre tanto en la sanción penal, como en la obligación de reparar el daño causado. En cambio, el que comete un ilícito civil sólo se le es obligado a repararlo. Dentro del campo civil es de poca importancia si el ilícito se ha cometido con dolo o culpa, ya que con cualquier manifestación de los dos, es suficiente para ordenar la reparación del daño. Aunque cabe advertir, que la diferenciación sí cobra importancia en el evento en el que se pueda compensar culpas (art 2357, C.C.), ya que, tanto la culpa que tuvo el agente que causo el daño, como la culpa en la que incurrió la víctima pueden verse sometidos a la compensación, con lo cual, la obligación que tiene la persona de reparar puede disminuir en la medida de la culpa de la víctima. En este escenario si será de vital importancia la identificación del dolo y la culpa, ya que la compensación sólo está permitida en los actos cometidos con culpa, y en ningún caso, los motivados con dolo.

.....  
390 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 175.

### Imputabilidad de la responsabilidad objetiva

La imputabilidad, o atribución material hace referencia a la exigencia de que un daño sea consecuencia de un hecho. En otras palabras, es la designación que se le da a un evento de ser el causante de un daño. Así, el hecho de poseer o explotar una actividad que genere un riesgo actúa como causa de todos los daños que se causen. Este evento es el mismo que se origina cuando se tiene por ejemplo un edificio, un vehículo o un animal, etc.

Como ya se manifestó anteriormente, es posible eludir la imputabilidad originada de la responsabilidad objetiva. Esto se puede dar, demostrando que la persona a la cual se acusa de ser responsable, no lo es porque, no es dueño ni poseedor de la actividad peligrosa, así de las edificaciones, animales, ni de cualquier objeto o cosa que haya generado el daño. También una persona puede exonerarse probando que aunque si bien es dueña de la actividad peligrosa, o de las cosas que como ejemplo ya se mencionaron, no fueron los causantes del daño, sino que al contrario dicho perjuicio se debió a un hecho o acontecimiento diferente.

En síntesis, la característica esencial de la responsabilidad objetiva es que su imputación sólo requiere que el responsable sea vinculado como causa material del daño, sin la necesidad de indagar su intencionalidad o elemento subjetivo. El querer y la voluntad del responsable en este tipo de responsabilidad simplemente es descartado, es un elemento del cual se puede prescindir.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

Todo perjuicio debe ser atribuido a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad se traduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría, desaparece el concepto o idea de culpa, para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. De modo que, según la teoría que se analiza, no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa, ni si esta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella, basta que el hecho se produzca, basta la relación de causalidad para que nazca la responsabilidad<sup>391</sup>.

.....  
391 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 18 de noviembre de 1940. Publicada en la Gaceta Judicial, Tomo I. P. 440.

### *Daño*

Como se había mencionado al inicio de este libro, el daño es una de las fuentes de las obligaciones, ya que de la producción de una lesión se desprende el deber, la obligación de reparar integralmente todo perjuicio causado. Para este punto cabe recordar la definición que da el gran jurista Álvaro Pérez Vives, el cual define al daño como: “es toda lesión moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor, que una persona sufre en su patrimonio o en si misma (en su integridad física, en sus derechos extramatrimoniales o la personalidad en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.)”<sup>392</sup>.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que debe pensarse como daño lo siguiente:

El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva — presente o futura—, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge<sup>393</sup>.

A partir de lo anterior se deduce que el daño es el pilar esencial por el cual la responsabilidad tanto civil como penal puede configurarse, en resumidas cuentas, es indiscutible que el daño sólo puede ser pretendido como fuente de una indemnización, cuando este efectivamente se ha producido, y ha generado una lesión. En otras palabras, “sin daño causado no existe la responsabilidad”<sup>394</sup>.

392 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría de las obligaciones*. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 1968. P. 245.

393 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 24 de agosto del 2009. Magistrado ponente, Dr. William Namén Vargas.

394 León Moncaleano, William Fernando. *Derecho de obligaciones*. Ediciones del profesional. Bogotá, 2010. P. 400.



## Características

El daño posee las siguientes características:

### 1. Ser directo.

El concepto de daño directo, hace referencia a la existencia de un vínculo de causalidad que permita determinar si un perjuicio es la consecuencia necesaria de un acto, de tal manera, que sin la existencia de dicho acto no sea posible concluir que el daño se originó. Esto es que la causa que lo originó sea la fuente misma más reciente y próxima de ese perjuicio que afectó el bienestar del sujeto o el bien jurídicamente tutelado o protegido. En caso contrario, se estará frente a un daño que puede o no haber sido causado por el hecho culposo o doloso o simplemente acaecido, que salió de la esfera de acción del sujeto a quien se le imputa la supuesta responsabilidad, pero que no acarrea una indemnización.

Parra ilustrar este fenómeno se planteará el siguiente caso, imagínese un mercader de ganado el cual comete el error de vender una vaca infestada: el animal vendido muere y hace que todos los demás animales del comprador se enfermen y mueran. Este hecho genera que el comprador pierda una gran suma de dinero, y lo imposibilita para seguir con sus actividades de comercio, lo cual lo lleva a que no pueda pagarle a sus acreedores, los cuales embargan su casa y hacen que este la pierda. En el anterior caso, el vendedor es responsable por la pérdida de la vaca vendida y de los animales alcanzados por el contagio, que corresponde al daño directo; en este evento, el vendedor no responde por la falta de dinero del comprador para realizar otros negocios, ni del embargo, ni de todo lo que se derive de ese suceso, que son los daños indirectos<sup>395</sup>.

### 2. Ser actual.

Se entiende que el daño es actual cuando un acto o una conducta materializan efectivamente la producción de un daño, o genera los eventos propicios para que estos desemboquen en una lesión.

La regla general es que el daño sólo es indemnizable cuando es el producto de un acto cumplido, o que se encuentra en estado de desarrollo, el cual produce efectos en el presente. Cabe anotar frente a lo que se ha dicho, que este no es un

.....  
395 Este ejemplo fue tomado de León Moncaleano, citando a Pothier. P. 401.

postulado absoluto, y que permite una excepción y es la indemnización del daño futuro. El daño futuro debe ser entendido como el resultado de la prolongación de un perjuicio que se genera en la actualidad, pero que aun no ha logrado producir todas sus consecuencias. Este daño es susceptible de ser evaluado en una apreciación pecuniaria<sup>396</sup>.

Al respecto Valencia Zea señala:

No es necesario que el daño se haya causado en su totalidad en el momento actual, pues existen daños sucesivos. Tal sucede con una lesión a la salud o a la integridad corporal; si la enfermedad resulta crónica o la desfiguración primitiva, el daño participa de la misma naturaleza, pues acompaña a la víctima hasta su muerte. Aquí se trata de un daño futuro real.

Al lado de estos daños existen los llamados daños futuros eventuales, que son aquellos de los que se es posible conceptuar legítimamente que se causarán, pero que no arrancan de un daño presente, no son objeto de indemnización<sup>397</sup>.

Una ilustración de esto, sería por ejemplo, la fumigación que realiza un campesino a gran escala en la finca de su propiedad con el objetivo de eliminar una determinada plaga, y no prevé que las corrientes de aire puedan llevar dicho pesticida a las zonas de pastoreo de su vecino. En este caso existirá un daño presente que será las consecuencias inmediatas e indeseadas del químico en la propiedad del tercero, pero también habrá otras consecuencias, como la contaminación gradual del suelo, y por ende de los animales que allí pastorean, los cuales no manifestarán síntomas sino hasta después de un tiempo.

Otro ejemplo de la indemnización del daño futuro podría presentarse de la siguiente manera: cuando a Juan se le ha contagiado una enfermedad incurable y degenerativa, es claro que puede ser que en la actualidad no está sufriendo las consecuencias del contagio, pero es indiscutible que las va a sufrir en un futuro determinado, cuando la enfermedad se desarrolle y se haga evidente.

396 *Idem.* P. 402.

397 Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Tomo III. *De las obligaciones*, Bogotá D.C., Ed. Temis, 2004, P. 185.

•Responsabilidad•

### 3. Ser cierto.

El postulado de cierto hace énfasis en que el daño debe ser un hecho preciso y no una hipótesis. Por consiguiente, el perjuicio cierto se opone al eventual o hipotético, de lo cual se deduce que las meras conjeturas no son indemnizables<sup>398</sup>.

Un perjuicio puramente eventual o hipotético no es susceptible de ser tomado en cuenta: por ejemplo, el supuesto perjuicio que alegue una persona por la pérdida de sus posibles ahorros, cuando ni siquiera ha iniciado la preparación previa para realizarlos, no constituye un daño cierto, ya que todo su sustento se basa en una expectativa que aún no tiene ninguna base fáctica en la cual se pueda consolidar.

#### Clasificación del daño

El daño suele dividirse en perjuicio material y moral: el primero está constituido por el daño emergente y lucro cesante. El segundo se divide a su vez en daño moral subjetivo y daño moral objetivable.

#### Daño material o patrimonial

El daño material hace referencia al detrimento que ha sido causado al patrimonio de la víctima; es la disminución o pérdida que recae sobre un objeto de forma directa o indirecta como consecuencia de la lesión causada a la persona titular del mismo, siempre que el objeto sea susceptible de comercio entre los hombres<sup>399</sup>. De lo anterior se deduce que existe un elemento o interés patrimonial, pecuniariamente valorable. El daño material tanto en el campo contractual como extracontractual comprende el daño emergente y el lucro cesante<sup>400</sup>.

No siempre que se presente el daño material, necesariamente se deben presentar el daño emergente y el lucro cesante al tiempo, puede suceder que el perjuicio consista simplemente en la aparición de alguno de los dos.

En el Código Civil según el artículo 1613 señala que el daño emergente es uno de los elementos que debe comprender la indemnización de perjuicios, así mismo, el artículo 1614, lo define como el perjuicio o pérdida que proviene de no haberse

398 León Moncaleano, William Fernando. *Derecho de obligaciones*. Ediciones del profesional. Bogotá, 2010. P. 402.

399 Gómezí, Ramón Maciá. La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Revista de responsabilidad civil y seguro. P. 22.

400 León Moncaleano, William Fernando. *Derecho de obligaciones*. Ediciones del profesional. Bogotá, 2010. P. 403.

cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

Dado lo anterior, se entiende que el daño emergente es el valor de la obligación o prestación que debió producir el cumplimiento oportuno y completo de la misma. Ejemplo: Si Pedro compra a Juan una casa de \$100.000.000 e incumple con la obligación de entregarla, el daño emergente será el valor por el cual se apreció dicho inmueble, o sea la suma de \$100.000.000<sup>401</sup>.

El lucro cesante es otro de los elementos que está inmerso dentro de la indemnización de perjuicios, siguiendo los lineamientos del artículo 1613. El Código Civil más concretamente define al lucro cesante en el artículo 1614 como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, de cumplirla imperfectamente, o tardar su cumplimiento.

Continuando con el ejemplo que se utilizó para ilustrar el daño emergente, se entendería que el lucro cesante hubiera estado presente si el comprador, se viera forzado a perder la ganancia de una venta posterior sobre el bien, si por culpa del incumplimiento de la entrega del vendedor original, este no hubiera podido realizar la venta que deseaba. Cabe advertir que esta pérdida debe ser cierta y plenamente constatada.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión<sup>402</sup>.

401 Ejemplo tomado de Romero Díaz, Héctor. *Responsabilidad Civil General y del Notario. Op., cit.*, P. 27.

402 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 7 de mayo de 1968. Magistrado Ponente, Dr. Guillermo Ospina Fernández.

### Daño moral

Es el daño a un derecho extramatrimonial y que se traduce en la aflicción, sufrimiento, dolor o pena que experimenta una persona en razón de dicho perjuicio. A menudo se considera que todos los daños extramatrimoniales corresponden a daños morales; sin embargo, se considera que esta categoría sólo es aplicable para los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la persona que ha sido damnificada, o los provenientes del dolor físico producidos por la lesión<sup>403</sup>.

El daño moral puede lesionar derechos extramatrimoniales como los derechos políticos, los derechos inherentes a la personalidad, los derechos provenientes de calidades civiles (estado del padre, esposo, pariente, etc.), entre muchos otros. El daño moral puede atacar la parte social del patrimonio moral, o la parte afectiva del mismo. El primero correspondiente a aspectos como el menoscabo al nombre o la reputación de una persona; el segundo dirigido al perjuicio de los afectos, sentimientos, pensamientos, etc. Las lesiones de este tipo de daño son de carácter subjetivo, ya que nos son valorables en dinero, debido a que el dolor no puede ser ponderado, y por lo tanto, tazado pecuniariamente<sup>404</sup>.

Como ya se mencionó anteriormente, el daño moral puede dividirse en subjetivo y objetivado. El daño moral subjetivo es cuando la lesión radica en una lesión de carácter psicológico. El daño moral subjetivo puede agruparse de la siguiente manera:

1. Daño ocasionado a los derechos de personalidad, que integran el aspecto objetivo o social de la persona moral.

Dentro de esta clasificación se agruparían el ataque al honor de una persona, el agravio a su nombre, a su honestidad, el ataque a la autoridad paterna, la violación de la fidelidad conyugal, etc.

2. Daño ocasionado a los derechos de la personalidad, que integran el aspecto subjetivo de la personalidad moral.

Son ejemplos de esto: “la lesión a las afecciones legítimas, el ataque a la seguridad personal e integral física de las personas, la violación del

403 Romero Díaz, Héctor. *Op., cit.*, P. 28.

404 León Moncaleano. *Op., cit.*, P. 404.

derecho moral del autor, la violación del derecho a la intimidad, la destrucción, pérdida o menoscabo de los bienes patrimoniales con valor de afectación<sup>405</sup>.

Establecido todo lo anterior, es evidente que la indemnización del daño moral subjetivo es una tarea muy compleja, ya que se desprenden factores nada fáciles de lidiar, como a qué persona debe indemnizarse y de qué manera debe efectuarse dicha indemnización. Frente a qué persona debe indemnizarse, cabe advertir que la indemnización no está limitada exclusivamente a la persona que ha sufrido la lesión, sino que es posible que la indemnización se extienda a sus familiares y a otras personas.

El ordenamiento jurídico presume que todas las personas que son familiares están atadas por un vínculo de afectividad especial. Dicho vínculo es uno de los pilares fundamentales por el cual se estructura la institución de la familia. Dado esto, es comprensible porque el daño ocasionado a una persona puede extenderse a la familia.

Frente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no en todas las ocasiones la indemnización por el daño moral subjetivo puede trasladarse a los familiares. Ha manifestado este tribunal que, cuando la persona que ha sobrellevado el daño vive, la indemnización a los familiares u otras personas no puede trasladarse, aunque efectivamente hayan sufrido algún tipo de dolor emocional o alteración por los eventos. Puntualmente la Corte ha dicho:

Por haber sido indemnizada la víctima sobreviviente del daño moral subjetivo el cual se estima reparado debidamente, por más que esas personas, ligadas por vínculos muy extraños de consanguinidad o de gran amistad, hayan experimentado en su espíritu un hondo dolor y una inmensa tristeza debido a la tragedia psíquica<sup>406</sup>.

Cabe señalar, que no sólo en las relaciones de parentesco es posible que una persona pueda hacerse con la reparación generada de un perjuicio de otra persona. Un ejemplo de esto es una persona que sostiene un vínculo sentimental, como una novia, o un amigo. Basta aclarar que en dichos casos el vínculo de afectividad

405 *Idem.* P. 404.

406 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 1954.

que se origina y se presumen de la familia, no aplica, así que si una persona ajena a los vínculos familiares desea verse amparada de la indemnización del daño moral, debe probar dicho lazo. Los familiares sólo tendrán que demostrar su relación afectiva dada por el parentesco y el perjuicio realmente causado.

Basta anotar que el artículo 97 de la ley 599 del 2000, establece el valor máximo en el que puede recaer la indemnización originada del daño moral. Al respecto el artículo cita:

...la indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Por último, cabe recordar que la valoración económica que se realiza frente al daño moral es prácticamente simbólica, y con el objetivo de menguar de alguna forma el perjuicio causado, ya que su valoración económica en un equivalente monetario es prácticamente imposible. *Se dice que es mejor un dolor con dinero que sin él y aunque es cierto que muchas veces la indemnización no puede mermar ni la intensidad ni la sinceridad de la pena, también lo es que el derecho procura hasta donde sea posible, reparar el daño.*

#### Daño objetivable

El daño objetivable es aquel que es apreciable en una suma de dinero, ya que incide directamente sobre una lesión de carácter patrimonial. Este sería el caso, por ejemplo, de un abogado que habiendo presenciado la muerte abrupta de un familiar muy cercano por parte de un delincuente, sufre una alteración psíquica de gran magnitud que lo imposibilita para continuar con los procesos que lleva en curso. En este escenario, el daño subjetivo se traslada a una plataforma objetiva, que es apreciable patrimonialmente, en este ejemplo, los honorarios que dicho abogado devengaba y que tendrá que dejar de percibir, por la culpa de un tercero.

Al respecto, el profesor León Moncaleano expresa:

Los perjuicios morales objetivables, pues, están constituidos por aquellas consecuencias de un accidente que engendran un sentimiento o complejo de inferioridad,

una perturbación o decaimiento psicológico, que al modificar el estado cenestésico ocasiona una disminución en el entusiasmo, serenidad, constancia, equilibrio anímico o actividad para el trabajo, factores cuya influencia es importante en la producción del trabajo.

Cabe mencionar que para la tasación de la indemnización por este tipo de daño, se siguen las mismas reglas de los daños materiales.