U N I V E R S I D A D D E N A R I Ñ O
FACULTAD DE DERECHO

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE

(Tesis presentada para optar al título de Doctora en Derecho y Ciencias Sociales)

GLORIA ISABEL RODRIGUEZ ALAVA

Pasto-Colombia
1979

Presidente de Tesis : Doctor PEREGRINO DIAZ VILLOTA

Presidentes Honorarios: Doctor EUDORO BENAVIDES RIVERA
Doctor PAULO RODRIGUEZ GARZON
Señora TEOTISTE A. de RODRIGUEZ
Señorita ANA MARIA ALAVA P.

AN T.
S 34
R 6

UNIVERSIDAD

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, las cuales deben considerarse como propias de - su autor".

(Acuerdo número 108 de 1965, Artículo 70 del Reglamento inter no de la Facultad)

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. 17487 Ej
Valor $ 1800 - Vol
Fecha VI-1-81 Ejs. X
Fac. Cart. Mar. Canje
Librería Cantar Comp.

C O N T E N I D O

Pág.

1.- CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA NATURALEZA

1.1.- ESTUDIO OBJETIVO DE LA ECOLOGIA 1

1.2.- DEFINICION DE ECOLOGIA 2

1.3.- DIVISIONES DE LA ECOLOGIA 4

1.4.- LA ECOLOGIA APLICADA 6

1.5.- EL CICLO DEL CARBONO, BASE DE LA VIDA 7

1.6.- CLIMA Y ECOLOGIA 9

1.7.- FITOGEOGRAFIA DEL PAIS 12

1.8.- GEOGRAFIA CULTURAL 15

1.9.- LA CONTAMINACION 20

2.- EL MEDIO AMBIENTE Y SU DEFENSA. LEY 23 de 1973 y su DECRETO REGLAMENTARIO No. 2811 de 1974

2.1.- LEY 23 de 1973 31

2.2.- DECRETO No. 2811 de 1974 33

3.- RESPONSABILIDAD

3.1.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA RESPONSABILIDAD 41

3.2.- EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD ... 42

3.2.1.- DERECHO ROMANO 45

3.2.2.- DERECHO FRANCES 50

3.2.2.1.- LA RESPONSABILIDAD EN EL ANTIGUO DERECHO FRANCES 51

3.2.2.2.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA REDACCION DEL C. C. FRANCES 54

3.2.3.- DERECHO COLOMBIANO 58

A mis padres

A mis Hermanos

AN
T
D3465
R696

C O N T E N I D O

INTRODUCCION

Pág.

1.- CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA NATURALEZA
1.1.- ESTUDIO OBJETIVO DE LA ECOLOGIA 1
1.2.- DEFINICION DE ECOLOGIA 2
1.3.- DIVISIONES DE LA ECOLOGIA 4
1.4.- LA ECOLOGIA APLICADA 6
1.5.- EL CICLO DEL CARBONO, BASE DE LA VIDA 7
1.6.- CLIMA Y ECOLOGIA 9
1.7.- FITOGEOGRAFIA DEL PAIS 12
1.8.- GEOGRAFIA CULTURAL 15
1.9.- LA CONTAMINACION 20

2.- EL MEDIO AMBIENTE Y SU DEFENSA. LEY 23 de 1973 y su DECRETO REGLAMENTARIO No. 2811 de 1974
2.1.- LEY 23 de 1973 31
2.2.- DECRETO No. 2811 de 1974 33

3.- RESPONSABILIDAD
3.1.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA RESPONSABILIDAD 41
3.2.- EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD ... 42
3.2.1.- DERECHO ROMANO 45
3.2.2.- DERECHO FRANCES 50
3.2.2.1.- LA RESPONSABILIDAD EN EL ANTIGUO DERECHO FRANCES 51
3.2.2.2.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA REDACCION DEL C. C. FRANCES 54
3.2.3.- DERECHO COLOMBIANO 58

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y HEMEROTECA
DEPOSITO LEGAL

Pág.

3.2.3.1.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES 58
3.2.3.2.- RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 65

4.- RESPONSABILIDAD CIVIL
4.1.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL 71
4.2.- TEORIAS ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD 75
4.2.1.- TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA 76
4.2.2.- TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA 79
4.2.2.1.- NACIMIENTO DE LA TEORIA DEL RIESGO 79
4.2.2.2.- DOCTRINA DE SALEILLESI Y JOSSERAND 82
4.2.2.3.- CRITICAS A LA TEORIA DEL RIESGO 87
4.2.2.4.- DEFENSA A LA TEORIA DEL RIESGO 92
4.2.3.- CONCLUSION DE LAS DOCTRINAS EXPUESTAS 94
4.3.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL 100
4.3.1.- EL DAÑO 100
4.3.1.1.- DAÑO MATERIAL 102
4.3.1.2.- DAÑO MORAL 103
4.3.2.- EL HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD 108
4.3.2.1.- LA CULPA COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA 108
4.3.2.2.- LA IMPUTABILIDAD EN LA RES-

Pág.

PONSABILIDAD OBJETIVA 113

4.3.3.- LA RELACION DE CAUSALIDAD 114

4.3.3.1.- CONDICIONES QUE DEBE CONTENER EL NEXO CAUSAL 115

4.3.3.2.- TEORIAS RESPECTO DEL NEXO CAUSAL 115

4.3.3.3.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA 118

4.3.3.4.- PARTICIPACION DE LA CULPA DE LA VICTIMA EN EL DAÑO . 121

5.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

5.1.- CONSIDERACIONES GENERALES 122

5.2.- RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO DE LAS - PERSONAS JURIDICAS 123

5.3.- RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS .. 131

5.4.- RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS . 131

5.5.- RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO 131

6.- RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE

6.1.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 142

6.2.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE . 154

6.2.1.- RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS. ART. 2356 - DEL C. C. 155

6.2.1.1.- NOCION DE ACTIVIDADES PELIGROSAS 163

6.2.1.2.- CARACTERISTICAS DE ESTA - RESPONSABILIDAD 163

6.2.1.3.- NATURALEZA DE LA RESPONSA-

Pág.

BILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS
EN ACTIVIDADES PELIGROSAS 164

6.2.2.- OBLIGACIONES DE VECINDAD. ARTS. 30 -
DE LA C. N. Y 669 DEL C. C. 168

6.2.2.1.- CARACTERES DE LAS RELACIO-
NES DEL TERCER GRUPO 170

6.2.2.2.- NATURALEZA DE LA RESPONSA-
BILIDAD EN LAS OBLIGACIO -
NES DE VECINDAD 172

6.2.2.3.- FUNDAMENTO DE UNA RESPONSA
BILIDAD SIN CULPA 175

6.3.- CAUSALES DE EXONERACION O DE LIMITACION DE -
LA RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACION DEL ME-
DIO AMBIENTE 180

6.3.1.- FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO 180

6.3.2.- EL HECHO DE UN TERCERO 182

6.3.3.- CULPA GRAVE DE LA VICTIMA Y CONCU -
RRENCIA DEL HECHO DE LA ACTIVIDAD -
CON LA CULPA DE LA VICTIMA 182

6.4.- LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA 183

6.4.1.- LEGITIMACION PASIVA 183

6.4.2.- LEGITIMACION ACTIVA 183

6.5.- LEGISLACION COMPARADA 185

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Fue necesario que el hombre se situara a gran distancia de su planeta y desde la lejanía contemplara y tomara vistas de su propio "hábitat" para comenzar a reflexionar sobre las consecuencias a corto y largo plazo, que se derivan de ser una de las tantas especies vivientes de la tierra, y además - se diera cuenta de la pequeñez y limitación del planeta tierra, su ambiente natural.

Si bien estas realidades eran obvias desde hace ya algunas décadas para los biólogos y en particular para los biólogos-ecólogos, sin embargo, no podría decirse lo mismo para - el caso de los economistas, sociólogos y políticos, precisamente de quienes tienen la responsabilidad de tomar decisiones con efectos a corto y largo plazo, sobre los asuntos que atañen a los conglomerados humanos y a la humanidad en general.

La historia evolutiva del hombre, desde el momento en - que apareció sobre la tierra, ha estado ligada al ambiente, primero dependiendo totalmente de él, luego poniéndolo a su servicio a medida que iba progresando su evolución cultural.

Parece lícito pensar que la tierra debió ser un lugar - desconcertante para el hombre primitivo; sus reacciones y - sus actividades estaban probablemente impregnadas de reverencia y de temor: miedo a los animales salvajes, a las enfermedades, a las tormentas, a las erupciones volcánicas, a los - terremotos, a los fenómenos celestes y tantos otros acontecimientos que no encontraban aún explicación en su incipiente

cerebro. En estas condiciones el hombre debe haberse sentido parte integrante de ese mundo que lo rodeaba y sujeto a sus caprichos; debió sin duda reconocer su dependencia de la naturaleza toda y, posiblemente, se consideró como una minúscula parte integrante del vasto y complejo esquema de esa naturaleza bullente que se abría ante sus ojos llenos de miedo y de recelo.

La necesidad de sobrevivir como componente de una comunidad rica y competitiva lo fue convirtiendo lentamente en un ecólogo práctico, tal vez de gran éxito, y cuyas relaciones con su comunidad eran íntimas y permanentes.

Pero, pese a esta habilidad ecológica del hombre primitivo que le habría permitido vivir en armonía con su medio, y ésto es paradojal, aquél no fue un buen conservacionista de los recursos naturales del ambiente. Todo lo contrario, a medida que pasaba el tiempo, comenzó a convertirse en un serio factor de perturbación y de modificación de los sistemas naturales explotándolos cada vez que le era posible. Con el tiempo se fue transformando en un persistente recolector de alimentos vegetales y en un implacable cazador cuyo objetivo fundamental era sobrevivir. De esta manera, una estada prolongada de un grupo humano en un área determinada significaba una disminución de las posibilidades de caza, un decremento de alimento vegetal disponible, la quema o corta de árboles y la acumulación de desperdicios y de desechos que iban tornando paulatinamente esa área en un lugar menos favorable para su vida, y esto lo obligaba a desplazarse a otras regiones más adecuadas; de aquí nace seguramente el sentido nómade del hombre primitivo.

Al avanzar en su evolución cultural, la especie humana logró una de las mayores adquisiciones del hombre civilizado: la domesticación de plantas y animales, hito importante en la historia humana porque con ello lograba dos valiosos objetivos: aumentar la productividad y controlar los medios de subsistencia. Comienza así la vida agrícola y pastoral; acontecimiento que vino a alterar profundamente el esquema de la existencia humana. Los hombres comenzaron por establecerse en pequeñas aldeas permanentes, formaron grupos que podrían cooperar entre sí e intercambiar productos, aumentó el interés por el conocimiento ecológico, pero con un sentido pragmático, aplicado a la crianza de vegetales y animales. De esta manera la Economía comienza a desplazar a la Ecología como la clave del éxito y de la sobrevivencia humanos.

En los últimos tres siglos han ocurrido dos hechos históricos cuyas proyecciones han sido fundamentales en el reforzamiento y el fenómeno de la actitud del hombre con respecto a la posesión del suelo y a la explotación económica del planeta tierra. Son ellos la Revolución Industrial de los siglos XVIII y XIX y la Revolución Tecnológica del siglo XX; bajo su influencia el hombre ha afianzado su creencia de que la tierra existe para su propio beneficio y provecho.

La Revolución Tecnológica, en especial, ha llevado a su máxima expresión, en los últimos cincuenta años el principio formulado por Francis Bacon, según el cual: "el conocimiento científico-tecnológico significa control y poder sobre la naturaleza" y con ello lo ha convertido en un factor modelador de las actitudes del hombre contemporáneo. Así, por ejemplo, el desarrollo de nuevas fuentes de energía y la invención del motor de combustión interna, le proporcionaron un poder

sin precedentes en lo que respecta a transporte, producción y modificación ambiental.

Sólo en los años recientes el hombre ha comenzado a percibir con cierta claridad los síntomas, cada vez más evidentes, de lo que se ha dado por llamar "crisis ambiental", fenómeno que se ha ido generando a lo largo de los siglos como consecuencia de un desequilibrio entre el hombre biológico, producto de la evolución orgánica, y el hombre socio-cultural que se ha convertido en el mayor factor modificador del medio ambiente que jamás ha existido.

Actualmente, la contaminación en sus diferentes formas de manifestarse -en el aire, en el agua, en el suelo-, constituye un fenómeno mundial que se ha ido agravando hasta adquirir proporciones a veces dramáticas. El creciente desarrollo industrial y comercial, sobre todo de las ciudades, ha ido creando los riesgos ambientales de la contaminación que requieren un tratamiento especial no sólo desde el punto de vista de la planeación, sino también jurídico.

Si por razones de solidaridad social, estamos obligados a soportar ciertos inconvenientes provenientes de actividades socialmente útiles y aún necesarias pero peligrosas, en razón de esa misma solidaridad, estos inconvenientes no deben ser sufridos por las víctimas cuando sobrepasen lo que es considerado como "normal y ordinario". De ahí que el Derecho Civil fuera de la reglamentación que el Estado dé a estas actividades, debe preocuparse por actualizar su doctrina respecto a las fuentes de la responsabilidad civil, con miras a hacer más viablesel derecho de las víctimas a ser indemnizadas cuando estas actividades sobrepasen el límite de lo normal, es decir, cuando resulten excesivas; y a exigir -

que las personas dedicadas a estas actividades, realicen lo que humana y técnicamente deben ejecutar para evitar los perjuicios que puedan ocasionar a terceros.

Así pues, esta monografía estudiará los siguientes temas:

1.- Concepto y contenido de la naturaleza.

2.- El "Medio Ambiente" y su defensa en su aspecto legal bajo el enfoque de la Ley 23 de 1973 y su Decreto reglamentario No. 2811 de 1974.

3.- La responsabilidad en general; su significación etimológica y su evolución histórica desde el Derecho romano hasta el francés y el colombiano.

4.- La responsabilidad civil; su diferencia con la responsabilidad penal, las teorías acerca de su fundamento, y, los elementos que la integran.

5.- La responsabilidad civil de las personas jurídicas.

6.- La responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente; fundamentos jurídicos de esta responsabilidad (Arts. 30 de la Constitución Nacional, 669 y 2356 del C. C.), jurisprudencia de la Corte, causales de exoneración y limitación de responsabilidad, y, derecho comparado.

Finalmente, debemos hacer énfasis en que para poder valorar en toda su intensidad este desafío ambiental, es nece-

sario ubicarlo en el contexto total en que se debate el hombre de hoy; hay fundados argumentos para pensar que esta crisis ambiental es sólo un componente de un proceso de crisis mucho más profundo, que implica aspectos culturales, sociales, económicos y políticos. Es por esto que hoy se habla de crisis energética, crisis de materia prima, crisis poblacional, crisis mundial de alimentos, etc.

La contradicción principal con respecto al medio ecológico, tiene que ver con una inadecuada política de utilización de la naturaleza, y, por ende, con una persistente presencia del hambre y la ignorancia mundiales, que sólo a partir de una redistribución de los ingresos económicos y culturales encuentra una solución inmediata.

1.- CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA NATURALEZA

1.1.- Estudio objetivo de la Ecología.

Es, ante todo, el estudio objetivo de una serie infinita de inter-relaciones entre el Ser de la naturaleza y el Ser del humano que la observa e interviene.

El enfoque primordial u orientación general que se debe tener antes de iniciar cualquier estudio concreto de la realidad, es un enfoque de gran amplitud; de amplitud al máximo de nuestras capacidades de observación y de intervención, esto es, un enfoque cósmico o cosmológico.

Arranca, pues, el estudio objetivo, metódico o REAL de la realidad, cualquiera fuese ésta, de una general orientación o noción acerca de nuestra posición, como humanos, en el concierto del universo visible (y dentro del universo invisible) y desde este punto de vista, desde esa perspectiva HISTORICO-EVOLUTIVA, esencia suma de lo que es nuestra historia humana, es que se han creado una serie de conceptos de explicación metódica, y principalmente los de: Ecología, Astronomía, Astrofísica, Geografía, Historia, ciencia, arte, método, etc.

Consideremos, entonces, estos conceptos citados como productos directos de la evolución del pensamiento humano encaminado a explicarse -para sí mismo y para intervenir la naturaleza-, las causas y fines últimos de la infinitud COSMICA que le rodea, y, en veces hasta le asedia.

1.2.- Definición de Ecología.

La palabra Ecología, viene de las voces griegas "óikos" o "casa" y "logos" o "tratado, ciencia", esto es "tratado o método que estudia las condiciones ambientales del lugar y del sitio universal en el cual vivimos los humanos".

El término Ecología, fue creado inicialmente, aunque con un sentido más limitado de descripción, por el biólogo alemán Ernst Haeckel, en 1886.

Otros autores, prefieren definir a la Ecología como la "ciencia del hábitat", del habitáculo, del sitio TOTAL en donde el organismo viviente se desenvuelve. "Hábitat" es una palabra de origen latino que ha sido trasladada directamente al castellano.

Creo, en fin, que la definición o descripción más resumida de la Ecología, es la que la ubica como un METODO QUE ESTUDIA LOS ORGANISMOS VIVIENTES EN FUNCION SIEMPRE ACTIVA CON EL MEDIO NATURAL (o "medio ambiente") EN EL CUAL HAN SIDO CREADOS, PERSISTEN, SE MULTIPLICAN Y REVIERTEN.

Además de las fuerzas cósmicas que en él intervienen básicamente, el MEDIO NATURAL está definido por un número determinable de factores físicos y químicos, como son, por ejemplo las condiciones climáticas totales, la composición química de los suelos, la situación topográfica de éstos, etc.

El medio natural de ninguna manera puede ser aislado para su estudio objetivo si de antemano no son estudiadas sus INTERRELACIONES con la vitalidad que él creara y condiciona y que, finalmente, le condiciona también.

Por eso es que vemos que el conjunto de dichos factores fisico-químicos determina la formación o creación de ciertas ASOCIACIONES BIOLOGICAS, sean éstas vegetales o animales.

A su vez, y en una secuencia completamente lógica, estas asociaciones biológicas o BIOTICAS (del griego "bios" o "vida") por su interrelación con el medio natural y por sus propias interrelaciones internas entre sí, ejercen lo que técnicamente se llama en Ecología LA CONCURRENCIA VITAL.

Dicha concurrencia vital no es más, en resumen, que el EQUILIBRIO BIOLOGICO que conservan, en interdependencia practicamente precisa o "matemática", las formaciones vegetales y las formaciones animales. Y se encuentra derivado, en el fondo, del EQUILIBRIO ECOLOGICO BASICO constituído fundamentalmente por las interrelaciones de las citadas formaciones biológicas con el ya descrito medio natural.

Ahora bien, es importante ver cómo ese equilibrio biológico, y, por ende, también el equilibrio ecológico básico, pueden desequilibrarse, es decir que pueden seguir una orientación general diferente o menos lógica. Y ello acaece cuando se presentan los factores siguientes:

a.- Se puede romper el equilibrio (en sus dos fases consideradas) por la modificación de uno solo de los factores físico-químicos determinantes (por ejemplo: un brusco cambio climático, la aparición de un viento fuerte, una máxima erosión de los suelos, etc.).

b.- Se puede romper el equilibrio por la desaparición de una sola de las especies de la formación biológica (por ejemplo: por la tala definitiva de la asociación de árboles -

de caucho; o por la pesca incontrolada del bagre, etc.) y

c.- Por la aparición inusitada o la introducción de una nueva especie que no pertenece a la asociación biológica en equilibrio o previamente establecida (por ejemplo: la aparición de parásitas y malezas en los bosques naturales; el ataque de algunos insectos, como las hormigas, a las asociaciones vegetales; la aparición de plagas animales o vegetales en los cultivos establecidos por el humano).

La Ecología, por lo tanto, estudia una amplísima gama de interrelaciones que se suceden, bajo un fundamental equilibrio natural-biológico, a lo largo y ancho de la naturaleza misma. Estas relaciones van, repetimos, desde la consideración de las necesarias incidencias de las fuerzas universales y astrales (la influencia de la rotación lunar en las mareas oceánicas, por ejemplo) en el medio natural, hasta la consideración de las incidencias de las fuerzas biológicas, actuando, en conjunto, desde nuestro planeta.

1.3.- Divisiones de la Ecología.

La Ecología, para el efecto de su estudio sistemático, la podemos dividir en: ECOLOGIA GENERAL y en ECOLOGIA ESPECIAL La Ecología General llámase también MEGA-ECOLOGIA (del griego "mégas" o "al infinito"), y la Especial denomínase MACRO-ECOLOGIA (del griego "makrós" o "de proporción apreciable"). La primera, estudia el equilibrio ecológico más básico, dado entre las diversas fuerzas universales y cósmicas. La segunda, estudia el equilibrio biológico, dado entre el medio natural de las fuerzas cósmicas y el conjunto biológico total.

A su vez, esta división tiene una subdivisión especial -

que es la MICRO-ECOLOGIA, o sea el estudio más concreto, más metódico, de las relaciones de un conjunto biológico determinado al máximo con su medio natural específico.

La Micro-Ecología, cabe pues, sólo dentro de una interrelación única en estudio, y no dentro de una serie más vasta de interrelaciones. Según la terminología usada en la Ecología contemporánea, se dice también que la Micro-Ecología (de "micros" o "reducido") es el estudio de las relaciones internas entre una BIOCENOSIS y su BIOTOPO.

La Biocenosis es el "conjunto de especies, vegetales o animales, que pueblan un medio natural determinado y que constituyen una composición sistemática especial, relativamente constante, y dentro de una zona restringida".

Un Biotopo, es el medio natural propiamente dicho (por ejemplo: una gruta, una altura andina coronada de nieve, un charco cualquiera).

Del estudio del biotopo (de "bios" o "vida", y "topos" o "sitio"), se pueden desprender muy diversos estudios de posterior interrelación con objetos propios del estudio de la Ecología General. Así tenemos la creación reciente de la Micro-climatología, de la Micro-biología, etc.

Con estas nociones actualizadas de lo que es, y aspira ser la Ecología, para nuestro mejor discurrir mental y práctico-vital, es preciso insistir en la necesidad de su enseñanza y de su aprendizaje.

En estos momentos de la historia humana, cuando el hombre desea tener una mayor comunicación con las realidades íntimas

del infinito sideral y de la composición nuclear de la materia, la Ecología, como máximo instrumento metódico del razonar humano, tiende a complementar o a resumir, más que ninguna otra materia de estudio, ese gran acervo de experiencia científica que se ha vendido acumulando en nuestro siglo. Mal haríamos, entonces, en despreciar olímpicamente tal auxiliar de nuestra marcha iberoamericana hacia el bienestar colectivo y hacia la realización de los deseos humanos, propiamente fundamentales, de libertad y de progreso.

1.4.- La Ecología aplicada.

Luego de haber descrito unas generalidades que son indispensables para introducirse al estudio general de esta materia, pasaremos a sintetizar algunas de sus principales designaciones técnicas, que serán aplicadas en el desarrollo del presente capítulo.

Según la perspectiva de su arsenal doctrinario, producto de constantes y difíciles experiencias de investigación y laboratorio, la Ecología tiene que ver con la correlación de una serie dada de ECOSISTEMAS, creados desde las bases mismas del medio natural.

Ecosistema, es, pues, la unidad organizativa en expansión que forma un sistema ecológico cualquiera.

Para investigar a un ecosistema la Ecología ha adaptado dos tipos de método: el método SINECOLOGICO que estudia las relaciones de las comunidades de organismos (biocenosis; fitocenosis en el caso de las asociaciones vegetales) con su ambiente integral o "hábitat" total; y el método AUTOECOLOGICO o autocológico que conoce de un solo tipo de relaciones inter

nas, ya no externas, de una biocenosis o comunidad de organismos vivientes, o de un biotopo o limitado medio natural.

Y, en términos ya descritos, diremos que el último método señalado es un esfuerzo del investigador para localizar el fenómeno en estudio, y que el primer método es un esfuerzo por establecer la extensión o mayor relación del mismo. Mientras el uno restringe, el otro trata de ampliar el objeto de conocimiento.

En un nivel sumamente especial, o sea con una particular perspectiva de la Bioecología, o Ecología Biológica, la Ecología quedaría reducida a ser una Biología de los ecosistemas.

Vemos, entonces, cómo en este punto, la Ecología Biótica se confunde con el objeto de investigación de la Geografía (en sus ramas tanto Física como Biológica), pues, como esta última, también examina los procesos siguientes:

BIOSFERA --- (o biología total)
ubicada en un BIOTOPO (o escenario físico de la biosfera)
y para el hecho concreto de una BIOCENOSIS (o comunidad biológica animal o vegetal, en ejercicio)
Y, en fin, todo este proceso de interrelaciones vitales y cósmicas, produce una BIOMASA, esto es la masa de organismos vivos que constituyen una totalidad de la real transferencia o comunicación dinámica del ecosistema en referencia.

1.5.- El ciclo del Carbono, base de la vida.

Por lo que se ha descubierto en Física y en Química bien sabemos que la materia y la energía son revertibles entre sí;

esto es que tanto se transforma la materia en energía como la energía en materia. Ese es el proceso básico de toda interrelación, cualquiera que sea, que se ofrece entre las fuerzas universales que conocemos los humanos.

Y, así mismo, la conversión de energía en materia es lo que define nuestra posición delante del origen de la vida en nuestro planeta, y del sentido profundo de la posterior evolución de aquélla.

La energía solar (con sus radiaciones del ultravioleta, el infrarrojo, etc.) antes de llegar a nuestro planeta, observa una serie de modificaciones a nivel de la estratosfera y de la atmósfera, de donde nos viene, entonces, con una carga electromagnética y difraccional sumamente compleja. Luego, al incidir en la superficie terrestre, su primer contacto o recepción se realiza con la fitocenosis (o conjunto de formaciones vegetales), originando así el fundamental proceso de la fotosíntesis o asimilación clorofílica, la cual es un mecanismo fisiológico complejo gracias al cual los vegetales verdes, provistos de clorofila, son capaces de fijar el gas carbónico del aire y transformarlo en materia viviente utilizando como fuente de energía dicha irradiación solar.

En Ecología a estos seres vegetales, que proveen principalmente al mundo viviente de materia carbonada, se les llama autótrofos, esto es que son capaces de nutrirse a partir de elementos exclusivamente minerales. A diferencia de los seres animales que son seres heterótrofos, y que están obligados a nutrirse de elementos orgánicos procedentes en su mayor parte de la acción química de los seres autótrofos. A esta diferencia entre niveles de capacidad energética se les llama niveles tróficos (del griego "trophe" o "alimento").

El ciclo del carbono, fundamento máximo del desarrollo - vital en la tierra, discurre entre las siguientes fases de e- laboración:

a.- La fotosíntesis, que es la transformación por los vegeta- les clorofílicos, del CO_2 atmosférico en substancias orgá nicas vegetales que satisfacen su nivel de trofismo vege- tal.

b.- La respiración, que no es otra cosa que la fermentación y la combustión que restituyen el CO_2 a la atmósfera, cerran do el ciclo.

La energía solar se erige, así, en el hilo comunicante y dinámico que realiza las interrelaciones más visibles entre e cosistemas, y entre biomasas, igualmente.

1.6.- Clima y Ecología.

Los tipos climáticos (estaciones y microestaciones) es - tán determinados, por la posición latitudinal (cercana al e - cuador terrestre), porla posición longitudinal (cercana al - meridiano de Grenwich), y por un nuevo factor climatológico - que es la posición altitudinal, esto es la altura sobre el ni vel marítimo del lugar analizado.

En el caso concreto de nuestro país, cuando el sol, espe cialmente en las épocas equinocciales, aumenta, desde su posi ción perpendicular la irradiación del calor, produce una máxi ma evaporación de las aguas marinas y continentales de nues - tra zona interrelacionada. Dicha evaporación produce, en su - orden, una pluviosidad (lluviosidad) única en el planeta, la cual establece un equilibrio para refrescar el intenso calor

básico de los trópicos en dos sentidos: por una parte, enfría con su continua precipitación la atmósfera altamente calorífica de la zona, e impide así la total quema de la misma. Y por otra, contribuye decisivamente a formar un ambiente ultra-húmedo, de evaporación continua y algo cálida, que fue uno de los principales factores para el nacimiento y desarrollo de una flora sumamente absorvente, y, por lo mismo, de formas sumamente exhuberantes.

La humedad ambiente sirve, pues, para facilitar el surgimiento de la vida, en la zona tropical tórrida, y elabora así la base primordial de un segundo equilibrio ecológico, básico y biológico.

El equilibrio básico de estos trópicos húmedos se encuentra influído y desarrollado además, por los diversos factores que constituyen la CLIMATOLOGIA TROPICAL, la cual no solamente equivale a la medición de la temperatura de una localidad, sino, y sobre todo, al estudio de las condiciones atmosféricas diversas que se concatenan, mutuamente, para producir un equilibrio ecológico básico como el que anteriormente señalamos para el trópico nuestro.

Y en la zona tropical, concretamente, tiene que ver esencialmente con los fenómenos desarrollados por el intenso calor del equinoccio solar, el cual forma su propia línea terrestre o planetaria de temperatura promedia, llamada LINEA ISOTERMICA EQUINOCCIAL o "ecuador térmico", el más alto del planeta en intensidad calorífica, y que cruza bastante al norte del país.

La Meteorología aplicada al estudio del país, enlaza los siguientes factores físicos y atmosféricos para compendiar la

CLIMATOLOGIA TOTAL de la región:

a.- Temperatura más presión atmosférica.
b.- Régimen de vientos.
c.- Régimen de humedad relativa (pluviosidad).
d.- Otros factores que cierran el ciclo de equilibrio ecológico básico, tales como el tipo de formación vegetal de la zona, sus factores edáficos (correspondientes al tipo de suelos), el régimen de altitud, etc.

Todos estos factores contribuyen a la precipitación pluvial o lluviosa. Cuando el índice de evaporación, de humedad, se sobresatura, adviene, entonces, la precipitación pluvial, las lluvias, las cuales especifican el MAS ALTO GRADO DE HUMEDAD POSIBLE en nuestro medio. La intensa nubosidad permanente del Tropical muy húmedo, en el cual estamos situados, provoca además diversos meteoros, o fenómenos atmosféricos, y especialmente las tempestades.

El régimen de lluvias en el país se encuentra directamente afectado, además, por esa gran aspiradora de humedad que es la selva amazónica, la selva más extensa y evaporante del planeta. Por eso alcanza máximos niveles mundiales, nunca inferiores a los 2.500 mms. anuales de precipitación pluvial.

Regiones naturales y climatología del país.

Las regiones naturales concurren en el campo específico de la Micro-Geografía Física, y tiene que ver con una zonificación que, por método para el análisis, facilita aún más el descubrimiento de las interrelaciones más internas, más íntimas, de la Geografía Física en totalidad.

Como sinópsis de esta posición local zonificada se presenta, entonces, la climatología de la localidad, ya que ésta reune en sí todas las motivaciones ecológicas indispensables para su interrelación a mayor escala.

En el país tenemos varios tipos de regiones naturales, las cuales van de acuerdo a las posiciones básicas que de latitud-longitud, altitud y otros factores inciden en la formación final de determinados climas y ciclos de climas:

a.- Zona alta andina.
b.- Zona semialta andina.
c.- Zona media andina.
d.- Zona baja andina o pre-amazónica o pre-litoral.
e.- Zona amazónica, orinoquense o del litoral y la costa.

1.7.- Fitogeografía del país.

La ecología vegetal, tiene una íntima relación con la ecología general del territorio, en la medida en que se planté la clasificación mediante los pisos térmicos, o niveles de altitud sobre el nivel del mar. El primero que advirtió en América, esta correspondencia de la formación vegetal con el piso térmico altitudinal (y latitudinal-longitudinal, por ende) fue el célebre viajero Varón Alejandro Von Humboldt.

En el país, tendríamos la siguiente y más actualizada clasificación de ecosistemas vegetales, que, también condiciona en mucho, los ecosistemas animales adherentes:

a.- Ecosistema de PARAMO.- La temperatura es fría andina paramal, alta y media (10o a 3oC). Su biótica vegetal predominante es de tipo BOSQUE MONTANO BAJO y SOTOBOSQUE MEDIO -

(o sea el bosque bajo montano, arbustivo y leñoso, entremezclado con el bosque montano alto o arbóreo). Aparecen así, en gran abundancia, los pajonales, gramineas, frailejones, etc.; y como bosque montano alto, tenemos muy pocas formaciones en este piso nival.

b.- Ecosistema de CEJA ANDINA.- El cual comprende un piso inmediatamente inferior en altitud al ecosistema de páramo propiamente dicho. Su vegetación es un tanto combinada de sotobosque y bosque montano bajo, como la paramal.

c.- Ecosistema TEMPERADO INTERANDINO.- Son características las malastomáceas de grandes flores, pacifloráceas, oxalidáceas. El bosque es montano bajo en su mayor parte, típicamente epifítico, combinado con araliáceas, gunneráceas y árboles como el pino amazónico, eucaliptus, etc.; también hay pastos especiales; el ambiente es muy húmedo.

d.- Ecosistema TEMPERADO SUBANDINO EXTERNO.- Su temperatura se puede clasificar como templada fría, o semitemplada. Predomina ya, en este piso, el bosque montano alto, húmedo y el sotobosque. Son características las piñuelas, algunas pacifloráceas. Los grandes árboles aparecen como el pino semi-granadillo, alisos, robles, etc. Hay muy pocos tramos de pastos naturales aprovechables. Es una zona de transición hacia la pre-amazonía o verdadero piemontaño amazónico.

e.- Ecosistema SUBTROPICAL ANDINO.- Es el típico clima templado. Predomina el bosque montano alto y su sotobosque, al estilo casi de la llanura amazónica, se presentan euforbiaceas, pocos prados, abundan los ficus (bejucos) algunos alisos y otros árboles maderables.

f.- Ecosistema TROPICAL ECUATORIAL TIPICO O CALIDO.- Es el típico clima caliente. Abundan las variedades Cecropia, Triplanes, Banistería, Combretum, etc. El sotobosque se distingue por las musáceas y el no menos exultante predominio de la capa arbórea fototrópica, es decir aquella que busca la luz en medio de tanto sotobosque, y la cual caracteriza a los altos bosques de la amazonía. A diferencia del bosque montano alto epifítico, esta selva es esencialmente hidrofítica y fototrópica por ende. Consiste, internamente, en un piso o nivel alto de árboles que dá sombra sobre el sotobosque y el bosque montano bajo, a sus pies situados, y, en fin, al monte bajo de herbáceas que se arraigan en una delgada capa de suelos alcalinos y de anchas sedimentaciones orgánicas.

Las especies maderables más importantes de este ecosistema, y que corren el riesgo de desaparecer paulatinamente por la acción taladora del humano, son las siguientes: Virola (Virola app.), Machapo (Cedrelina Cataeformis), Andiroba o carapa (Carapa Guianensis), Cedro, cedrillo (Cedrela odorata), la gama de Heveas y de Castilloa (cauchos balatas, juansoco), la gama de pinos amazónicos, palo brasil, etc.

Colombia, dada su estructuración geológica y geográfica-biológica, tiene una posición privilegiada en el concierto de hábitats y ecosistemas suramericanos, por lo cual no es raro de que en su territorio se hayan concentrado una gran cantidad de especies vegetales y animales, como en ninguna otra región americana, y como pocas hay en el planeta. Existen, en todo el mundo vital conocido, más de 50.000 especies de plantas superiores o complejas, y en Colombia poseemos nada menos que la CUARTA PARTE de ese total.

1.8.- Geografía Cultural del país.

Por lo general la Geografía Cultural, para algunos derivable de la Antropo-geografía o Geografía Humana, estudia las relaciones de la persona humana con la naturaleza ambiental, como las relaciones sociales de los hombres entre sí, pero condicionados por su actitud ante el medio natural que los influye. Ultimamente se ha suscitado un creciente interés sobre la Geografía Cultural, toda vez que el humano ha adquirido una capacidad, en veces incontrolable, para transformar el nicho ambiental en el cual ha evolucionado.

La subdivisión de esta materia, se hace a partir de dos campos: la Geografía Económica y la Geografía Política. La primera sección estudia los factores y fuentes de producción energética y transformativa que sustentan el desarrollo de una cultura cualquiera, y la Geografía Política estudia los reales y más visibles factores organizativos, desarrollados a partir de los determinantes factores de la relación económica.

La flora y la fauna vimos que se ajustan mucho más a la distribución en regiones que imponen las condiciones físicas de nuestra geografía, pues difícilmente se adaptan las formaciones vegetales o animales a pisos térmico-climáticos diferentes a su piso o ecosistema originario. En cambio, con el humano surge ya una excepción a esta regla, impuesta por las rígidas reglas de la Ecología, porque nuestra especie está orgánicamente capacitada para sufrir bruscos cambios de temperatura, humedad, presión atmosférica, y el ciclo alimenticio o trófico, entre otros, por lo cual prácticamente puede establecer su hábitat en cualquier lugar del planeta, sin afectarle la variación de ecosistema.

Ahora bien, el hombre ante todo necesita proteínas y calorías para poder subsistir sin anomalías o deficiencias. Su metabolismo, por evolución adaptativa al medio natural que lo engendró, es heterótrofo, o sea que puede consumir una gran cantidad de variedad de productos vegetales, animales o minerales. Sin embargo, depende sobre todo de los alimentos vegetales, ricos en proteínas, para tener en marcha su organismo.

Aquí surge la primera contradicción principal con el medio ambiente vegetal que lo circunda, pues, al mismo tiempo que necesita de sus proteínas, necesita conservarlo en su equilibrio universal, para que éste no se destruya y pase a destruirle a él.

El colono de la selva amazónica enfrenta más directamente este gran dilema, pues si se atreve a arrancarle a la vegetación sus frutos alimenticios, paulatinamente se va enfrentando a la necesidad de destruirla en forma total. Y es tanto más peligrosa esta actitud agresiva en contra de la naturaleza, cuanto que, por sus muy especiales condiciones ecológicas reales, la Amazonía constituye una vegetación llamada de tipo "climácico" o de climax, esto es que no puede tener intervención extraña en su seno, so pena de perder grandemente su especial equilibrio biológico. Esta vegetación es la más "climax" o delicada del mundo, por las siguientes razones fundamentales:

a.- La Amazonía produce, mediante su amplia cobertura vegetal, unos 600 gramos de carbono por metro cuadrado al año. En consecuencia, esta selva, que es la más extensa e intocada del mundo, es el único pulmón importante mediante el cual respira y subsiste la humanidad entera.

b.- Esta cobertura vegetal ha sido producida juntamente con - su especial ecología por las variaciones que, desde el Oligoceno, ha formado la climatología superhúmeda del trópico o convergencia intertropical americana sobre el Equinoccio. Por lo tanto, con acuerdo al ciclo ecológico del cual proceden, son sumamente débiles o perecederos los - factores eráficos aprovechables (nutrientes del suelo) en los cuales tienes acentadas sus raices estas formaciones amazónicas.

Y el humano, ubicado como está sobre su anhelo cultural de imposición al medio natural, no se contenta solamente con recolectar los frutos que le brinda la vegetación climática, sino, además pugna por cultivar el suelo desmontado, tras las usuales operaciones de tala y quema. Y aquí adviene la segunda contradicción del medio para con este criterio cultural de imposición, evidenciado al máximo en este caso porque las tierras del llano amazónico,en su gran mayoría, no son aptas para los cultivos intensivos.

Por eso, la tónica predominante en la actividad económica del colono amazónico, ha sido la recolección de frutos silvestres y la extracción de madera. Pero ya desde finales del siglo pasado, se ha intentado de manera poco fructífera, cultivar la Amazonía pese a la enorme delicadeza ecológica que - la caracteriza.

Es un grave espejismo, una falsedad frecuentemente ali - mentada por quienes desconocen su realidad, el fomentar la colonización amazónica con base a divulgar las inexistentes - excelencias de estas tierras olvidadas.

Las lluvias constantes que succiona la selva amazónica, producen lo que se ha llamado medio ambiental superhúmedo, como pocos hay en el mundo. Estas lluvias insistentes, favorecen también la excesiva proliferación de un heterogéneo bosque montano alto, hidrófito, y tropófito, esto es de tendencias tróficas hacia la humedad y hacia la energía solar, de donde se explica su tendencia a la altura para buscar la luz. Y en una admirable evolución propia para conservar un frágil equilibrio ecológico, este bosque amazónico se sostiene por sobre un continuo y climácico desgaste de sus nutrientes.

En efecto, la materia orgánica que alimenta sus raices es reconvertida por la acción de la hojarazca que va cayendo diariamente de las ramas, pero en una diaria lucha que libra el bosque en contra de la lluvia que, aunada a las crecientes de las quebradas y ríos, lava buena parte del nutriente eráfico y lo acarrea, por miles de metros cúbicos, mediante la red hidrográfica amazónica hacia el mar.

La capa de hojarazca y de herbáceas actúa como si fuera una esponja a fin de impedir el lavado tenaz de las lluvias que alcanzan a golpear el suelo y a dispersar los nutrientes que el árbol necesita, y que pueden perderse por obra de la escorrentía. Talando la cobertura vegetal amazónica, quemando las herbáceas o matorrales de la fila montanobajo, se permite que aparezca la erosión del suelo al facilitar dicha escorrentía, o sea la acción libre y desmesurada del aguacero y del viento, hasta convertir ese suelo en una desnuda capa desértica, en donde sólo afloran los rojos y amarillos violentos de los latosoles y exisoles improductivos, y ya no el negro humus o compuesto orgánico que alimenta a la planta.

Los suelos del llano amazónico y muchos de pie-demonte, -

mantienen así un delicado equilibrio, titánico si se quiere, - para con el agresivo medio ambiental, y por la intervención humana que ha talado una considerable porción del bosque, los ha hecho derivar hacia una clasificación de extremadamente ácidos y desprovistos de nutrientes, de lo cual se deduce que para su uso intensivo y ilimitado, necesitan no solamente de fertilizantes adecuados sino también de correcciones alcalinas.

Por causa de la escorrentía, estos suelos son pobres en - fósforo y aún en potasio, que son los elementos minerales nutricionales que los cultivos precisan para su mayor y adecuada producción. La capa orgánica con la cual sí alcanza a mantenerse en pie la flora amazónica nativa, no le basta a un cultivo sofisticado, como el maiz, introducido abruptamente por el humano en tal ambiente. Por ello los colinos de plátano o de yuca, las plantaciones de arroz en los pantanos, degeneran a partir de los dos o tres años de sembrados y aún pese a los cuidados de mantenimiento y a los auxilios químicos que se les prodiguen.

Las soluciones a este delicadonproblema deben hacerse mediante proyecciones a largo plazo, más, para hacerlas, se precisa de una inicial conciencia colectiva de nuestros problemas fundamentales en lo que a Ecología Amazónica se refiere. Aunque es de advertir, que esta campaña educativa no debe tener - la finalidad de achacarle a nuestro colonato no educado todos los errores que acrecientan el deterioro ambiental de esta zona delicada por excelencia. Tampoco la culpa es de su apenas - natural crecimiento demográfico o de la incrementación de su - demanda alimenticia o de servicios; la culpa la tienen las políticas generales de nuestra cultura económica que han empujado a estos colonos, con orientación destructiva, hacia la selva más afectable del mundo.

Las tierras verdaderamente aptas para el cultivo en Colombia apenas si llegan a un diez por ciento (10%) del total de hectáreas trabajadas preferentemente en el sector andino, y aún siendo tan precarias en extensión, o están inequitativamente repartidas o están ociosas. De ahí que el campecino expulsado hacia la colonización amazónica u orinoquense, no obstante representar apenas el 2.2% de la población colombiana, habita en forma predatoria e imprevisiva en el 53.9% del territorio colombiano.

1.9.- La Contaminación.

Existen dos sistemas de contaminación directamente provocadas por el hombre, a nivel de degradación: contaminación pausada o lenta y de polución (envenenamiento o contaminación propiamente dicha) del medio ambiental.

Esta contaminación, en sus dos grados apreciables, es causada principalmente por:

a.- Desarrollo industrial mediante tecnologías contaminantes, no adecuadas a la conservación de la Ecología (deforestación, urbanización excesiva, residuos mineros e industriales, de pesticidas y agroquímicos, y en la actualidad principalmente por residuos azufrados que se desprenden de la combustión gaseosa de vehículos automotores).

b.- Explosiones nucleares experimentales, que perturban la atmósfera y la contaminan peligrosamente con perjuicios de toda la biosfera.

Las consecuencias notorias de la contaminación, y fundamentalmente de la ocasionada por el desarrollo industrial en -

su conjunto, revierten en los siguientes problemas que se agudizan constantemente:

a.- Alteración del equilibrio energético en las capas superiores e inferiores de la atmósfera seguida de cambios climáticos de incalculables consecuencias para las cosechas.

b.- Falta de agua potable para la subsistencia humana más elemental y para el desarrollo de la agricultura, de las zonas semiáridas o en deterioro, y de la industria. Esto por el proceso general de pérdida incremental de oxigenación de la misma agua.

c.- Pérdida de muy importantes fuentes de proteínas especialmente vegetal y marina.

d.- Condiciones favorables a la extensión de epidemias y epizootias, tanto en los humanos como en los animales o vegetales.

e.- Aumento de la presencia de sustancias tóxicas y radiactivas en toda materia viva.

f.- Aumento de las enfermedades respiratorias y cardiovasculares en las zonas dénsamente urbanizadas. Aumento de las células cancerígenas en esos lugares.

Esta es, en resumen, la segunda contradicción principal que con respecto al medio ecológico debemos tener en cuenta y es ya un problema de características mundiales aún cuando no constituya la contradicción número uno que principalmente tiene que ver con una inadecuada política de utilización de la naturaleza y, por ende, con una persistente presencia del hambre

y de la ignorancia mundiales, que solamente a partir de una re distribución equitativa de los ingresos económicos y cultura - les encuentra una solución inmediata.

La preocupación de los juristas del siglo pasado por lega lizar y, en cierta forma, racionalizar la explotación de los - bosques cedidos a compañías nacionales o extranjeras que los a provechaban, inicia la evolución de las medidas estatales que hoy se conocen con el nombre de protectivas o defensivas del - medio ambiental.

Ya en la Carta Fundamental de 1835, empieza a vislumbrar- se algún criterio para el manejo de las grandes regiones bosco sas de la nación, fundamentalmente concentradas en los circui- tos de la Amazonía y de la Orinoquía, y en ella se dice: "Las secciones territoriales de la Guajira, el Caquetá y otras que no están pobladas por habitantes reducidos a la vida civil, - pueden ser organizados y gobernados por leyes especiales" (1). Esto sirve simplemente para desarrollar un criterio de legisla ción organizativa en lo civil para dichos sectores nacionales, y el cual se va perfilando cada vez más, pues, en la Constitu- ción de 1843 que conserva aún el general carácter de Provincias para el Chocó y el Casanare, ya se empieza a hablar de "Territorios Nacionales" para calificar a aquéllos escasamente pobla dos, alejados de la capital y demás centros importantes.

Esta figura especial de territorialidad, es el antecedente más remoto de lo que ahora se considera como zonas de especial reserva o cuidado estatal, lo cual, a su vez, en la legis

(1) PLAZAS O, Humberto, "Los Territorios Nacionales" - Imp. Nacional, Bogotá, 1944, pág. 69

2.- EL MEDIO AMBIENTE Y SU DEFENSA. LEY 23 de 1973 y su DECRETO REGLAMENTARIO No. 2811 de 1974.

La preocupación de los juristas del siglo pasado por legalizar y, en cierta forma, racionalizar la explotación de los bosques cedidos a compañías nacionales o extranjeras que los aprovechaban, inicia la evolución de las medidas estatales que hoy se conocen con el nombre de protectivas o defensivas del medio ambiental.

Ya en la Carta Fundamental de 1835, empieza a vislumbrarse algún criterio para el manejo de las grandes regiones boscosas de la nación, fundamentalmente concentradas en los circuítos de la Amazonía y de la Orinoquía, y en ella se dice: "Las secciones territoriales de la Guajira, el Caquetá y otras que no están poblados por habitantes reducidos a la vida civil, pueden ser organizados y gobernados por leyes especiales" (1). Esto sirve simplemente para desarrollar un criterio de legislación organizativa en lo civil para dichos sectores nacionales, y el cual se va perfilando cada vez más, pues, en la Constitución de 1843 que conserva aún el general carácter de Provincias para el Chocó y el Casanare, ya se empieza a hablar de "Territorios Nacionales" para calificar a aquéllos escasamente poblados, alejados de la capital y demás centros importantes.

Esta figura especial de territorialidad, es el antecedente más remoto de lo que ahora se considera como zonas de especial reserva o cuidado estatal, lo cual, a su vez, en la legis

(1) PLAZAS O, Humberto, "Los Territorios Nacionales" - Imp. Nacional, Bogotá, 1944, pág. 69

lación posterior del siglo XIX, se fue sustentando sobre la - norma general de "protección" que le fue conferida al Estado - según lo acordado por los constituyentes de 1886.

En efecto, en 1857 son adscritos al Estado Soberano del - Cauca todos los territorios del sur, iniciándose así la actual condición organizativa que en lo civil y administrativo les caracteriza por su directo tutelaje de un Estado de tipo comprehensivo, o sea se institucionalizaba su incapacidad para ser - administrados de manera autónoma y no representada. Y ello se especifica más definitivamente cuando la Constitución de 1886 expresó: "Los antiguos Territorios Nacionales quedan anexados a la República (Unitaria) en las secciones a que primitivamente pertenecieron siempre".

Bajo el Gobierno del General Rafael Reyes, en 1905, el Artículo 1o. del Decreto 475 creó una nueva división administrativa y electoral para los Territorio tutelados. Se forman así las Intendencias y varias Comisarías especiales, para lo cual se le quitan al Estado del Cauca, al de Boyacá y al de Cundinamarca, las secciones territoriales antes asignadas a su cuidado. Esto significaba que se establecía un reordenamiento en cuanto a la mayor o menor dependencia del centralismo republicano, en el caso de estas entidades geográfica y políticamente periféricas, y en los años siguientes se continuó la reglamentación de acuerdo a dichas normas básicas, sobre todo para efectos de la organización administrativa de estas regiones.

A raiz de los sucesos internacionales derivados del con - flicto Colombo-Peruano de 1932-1933, se planteó la necesidad - de reforzar jurídica y políticamente la soberanía nacional, esto es, presencia del Estado centralista, en las Entidades meridionales más apartadas, confluyentes, además, con un clima de

transformación y de intentos por nacionalizar todo el estado y la actividad económica. En las Memorias de los Ministros de Gobierno que cita el Doctor Claros, puede verse cómo se iniciaron los programas de salud, de comunicaciones inalámbricas, se crearon nuevas vías y se produjo un mayor flujo de población hacia dichas áreas, toda vez que existía también, para aquel entonces, una gran corriente de colonización hacia los lugares más accesibles de los Territorios Nacionales.

El Art. 5o. de la Constitución aprobada en 1936 ordenaba la expedición de un Estatuto orgánico para las Intendencias y Comisarías. Este mandato se fue aplazando hasta que en 1943 se expidió la Ley 2a. que reglamentaba jurídicamente los Territorios Nacionales y organizaba su manejo fiscal, administrativo y político. Luego se han promulgado, sin variar sustancialmente la normatividad tutelar que les sirve de base, una serie de Leyes y Decretos referentes al cambio de grado o de prioridad (de Comisaría a Intendencia), a su reorganización en determinados aspectos.

En 1946, por ejemplo, se empezó a sistematizar la investigación ecológica y forestal de la Amazonía, con la creación en Belén del Pará del I. I. A. H. (Instituto Internacional de la Amazonía Hileana) por iniciativa de la delegación brasilera a las primeras reuniones de la sección de Recursos Naturales de la UNESCO. Es este el antecedente más remoto de lo que actualmente constituye el INDERENA y Entidades como CONIF (Corporación Nacional de Investigaciones Forestales).

Hay que advertir, sin embargo, que además de las fuentes constitucionales y entitativas anteriormente señaladas, existe también otra fuente especial que vino a aportar a la Institu-

ción actualmente conocida como defensiva del medio ambiente, y es la que se confunde con el desarrollo de los conceptos "protección" y "asistencia social" delegados para el Estado por obra de los Constituyentes de 1886 en adelante. En este orden, podemos indicar, a modo de ejemplo, la prevención que sobre enfermedades contagiosas u otras formas de contaminación social y del medio ambiente, se ha establecido en diversos artículos del C. C. de 1873, esto es de lo que fueron incorporados de su contexto según su aprobación o actualización en 1886; y especialmente lo que consigna, entre otros, el Decreto No. 593 de 1932, en su Art. 4o., donde dice: "Que en la Segunda Conferencia Panamericana de Directores Nacionales de Samidad, reunida en Washington en el año pasado, se aprobó "que en los paises en donde no exista una amplia correlación entre la labor de asistencia y la profilaxis, se procure la coordinación de todas estas actividades, poniendo los hospitales, maternidades, hospicios, asilos y demás servicios de asistencia bajo la inmediata dirección, o por lo menos, supervigilancia de los servicios oficiales de sanidad".

Igualmente, la tercera fuente principal de la legislación proteccional en análisis, es la proveniente de las diversas investigaciones científicas que se han desarrollado, a nivel internacional y nacional, sobre el hábitat o medio ambiente. La tendencia actual de la legislación en esta materia, se ha venido centrando sobre la información constante de esta fuente de los estudios técnicos, y ello se ve claramente especificado en los conceptos básicos que informan toda la reglamentación adscrita para las funciones del INDERENA (Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables), y las cuales giran sobre una división genéricamente establecida, y a la manera más simple, entre recursos naturales que tienen posibilidades de reno

vación (en relación al suelo mediante su nutrición constante y adecuada, mediante la repoblación de fauna o de flora, etc.) y aquellos otros recursos de la naturaleza que no son susceptibles de esta operación humana.

Esta situación de paulatina adaptación a las modernas corrientes defensivas del medio natural, se explica tanto por la tendencia protectiva que el Estado jurídicamente ha venido acumulando con relación a su creciente interés político y económico por aquellos extensos territorios marginados de la producción inmediata, como también porque el Código de Minas y el Código de Petróleo reglamentan lo referente a los recursos naturales no renovables de manera específica y excesivamente centrada en los intereses económicos que la nación ha adquirido a través de su continua reglamentación reticentemente basada en el ancrónico régimen jurídico de las llamadas "concesiones a los particulares". Es así que en donde realmente se desarrolla y moderniza el concepto fundamental de lo protectivo, en referencia al Estado, y como su obligación para los asociados, es en el contexto de la defensa propiciada para aquellos recursos no sujetos a mayores concesiones de explotación individual e irracional.

El Decreto No. 2420 de Septiembre 24 de 1968 y "por el cual se reestructura el Sector Agropecuario", crea al INDERENA, como consecuencia de las políticas generales de protección estatal que le habían sido conferidas a título de facultades extraordinarias al Ejecutivo, y según mandato de la Ley 65 de 1967. En su Capítulo IV, al establecer este nuevo Instituto con el carácter de Establecimiento Público, se le señala en el Art. 22 "(que) tendrá a su cargo la reglamentación, administración, conservación y fomento de los recursos naturales del país, en los aspectos de pesca marítima y fluvial, aguas super

ficiales y subterráneas, suelos, bosques, fauna y flora silvestre; parques nacionales, hoyas hidrográficas, reservas naturales, sabanas comunales y praderas nacionales".

Y más concretamente sus funciones quedan condensadas en el ordinal b) del Art. 23, el cual establece: "(sus funciones serán las de) Delimitar, reservar y administrar las áreas que se consideren necesarias para la adecuada protección de las aguas, los bosques, los suelos y la fauna, y autorizar la sustracción de zonas dentro de estas reservas". En términos generales, y no obstante que en el citado decreto la clasificación de funciones peca por su dispersión en las prioridades reales, fundamentalmente el INDERENA, para llevar a efecto su deber proteccional establecido en el ordinal mencionado, debe, según lo expresa el ordinal e) "Adelantar labores de ordenación de cuencas hidrográficas encaminadas a su desarrollo integral, con el fin de obtener los beneficios de la conservación y aprovechamiento de sus recursos naturales renovables".

Esto por cuanto las políticas generales diseñadas hasta el momento bajo el concepto de "desarrollo integral", subrayado en el texto anterior, tanto en la exposición de motivos de la Ley 65 de 1967, como en las restantes documentaciones y reglamentos expedidos por dicho Instituto una vez que fué creado, tienen que ver principalmente con la defensa, y al mismo tiempo el aprovechamiento racional, de los recursos agua y suelos, obviamente relacionados de inmediato con el recurso bosques entre sí, según se encuentra implícitamente coordinado en el subrayado que hacíamos sobre el texto pertinente del ordinal b) del Art. 23.

Las directivas del INDERENA en uno de sus informes mayor-

mente difundidos, a este respecto se expresa de la siguiente - manera: "El recurso agua, por las alternativas de aprovecha - miento múltiple que ofrece, la susceptibilidad a degradarse en su calidad y cantidad y la disponibilidad a ser aprovechado, - constituye factor y elemento esencial de desarrollo económico y social del país. De la misma forma y estrechamente ligados - al recurso hídrico se encuentran los suelos, pues son interdependientes uno del otro. La utilización de las tierras en ex - plotaciones agropecuarias, está en relación directa con prácticas de riego, drenajes, obras de protección contra inundaciones, etc.; igualmente el manejo y estado de conservación de - los suelos inciden en la calidad, volumen y distribución de - los caudales de las corrientes de agua. De estos dos recursos, se origina el concepto de desarrollo, ordenación y manejo integrado de cuencas hidrográficas".

"Por otra parte la unidad cuenca hidrográfica o sistemas de cuencas, debe considerarse como la base para todo plan de - fomento, uso y preservación de los recursos naturales renovables, así como de cualquier programa de desarrollo rural. Teniendo como fundamento de acción los anteriores planteamientos, el desarrollo de influencia recíproca e importancia de las programaciones de las divisiones competentes de la Dirección, obedecen a los (anteriores) principios de política general, todos ellos en concordancia con el nuevo Código Nacional de Recursos Naturales Renovables". (2)

No obstante lo anteriormente normativizado, el mencionado Instituto ha desarrollado, dadas sus limitaciones reales en fi

(2) INDERENA, "Informe-1974" Impresores Ltda., Bogotá, 1974 - pág. 5

nanciación y en instrumentos legales que le auxilen en su labor proteccional, funciones secundariamente establecidas en su estatuto orgánico inicial o rector. Tales actividades complementarias se condensan en los ordinales f) y a) del citado artículo 23 del Decreto 2420, sobre fomento de la repoblación forestal, íctica y de fauna silvestre, y sobre una básica reglamentación operativa, inmediatista, del uso, aprovechamiento y comercialización de los recursos renovables, respectivamente. Y a pesar de los estudios generales iniciados por Currie al respecto, prácticamente no han efectuado -las Divisiones de Ingeniería y Aprovechamiento de Aguas y la División de Manejo de Suelos, que existían hasta 1974- los debidos proyectos estratégicos sobre cuencas u hoyas hidrográficas, y para una más efectiva y correcta defensa del medio ambiente en aquellas zonas mayormente amenazadas por el deterioro natural o por el desequilibrio inducido.

En el Plan General de Desarrollo de 1971 el Gobierno Nacional señalaba la importancia de la tierra y del agua para la economía del país. Entendiendo que de la tierra no solamente se obtienen alimentos sino también materia prima para la industria forestal y botánica silvestre, energía derivada de la geotérmica, etc., así mismo, se reconocía que Colombia no es un país muy bien dotado de suelos fértiles tanto por las extensiones lateríticas que predominan en la Amazonía y en la Orinoquía, como por las difíciles e inclinadas características orográficas de las cordilleras habitadas.

En relación a las aguas, se inició a partir de este Plan, una política de ubicación y de diseño industrial para aprovechar los recursos hidráulicos en un sentido hidroenergético, al rededor de cuya programación se define en la actualidad bue

na parte de las actividades de las Corporaciones Regionales de Desarrollo, Empresas de Economía Mixtas creadas mediante una - participación financiera amplia por parte del Estado.

En este general orden de ideas o de políticas, se fue formando la reglamentación que desemboca finalmente en el Código de Recursos Naturales Renovables y de protección al medio ambiente, expedido en virtud de las facultades extraordinarias - conferidas al Ejecutivo por la Ley 23 del 19 de Diciembre de - 1973, en cuyo artículo 1o. se plantea la inmediata necesidad - de establecer una codificación de emergencia a fin de controlar y prevenir la contaminación del medio ambiente.

En su artículo 2o. se agrega: "El medio ambiente es un patrimonio común; por lo tanto su mejoramiento y conservación - son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares. Para efectos de la presente Ley, se entenderá que el medio ambiente está constituído - por la atmósfera y los recursos naturales renovables". Con posterioridad a esta definición, y en un orden no muy bien sistematizado que digamos, la Ley citada desarrolla lo referente a las guías generales sobre las cuales se controlará la contaminación de la atmósfera o de este tipo de recursos, como sigue:

"Art. 3o.- Se consideran bienes contaminables el aire, el agua y el suelo.

Art. 4o.- Se entiende por contaminación la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna,

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares.

Art. 5o.- Se entiende por contaminante todo elemento, combinación de elementos o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alguna o algunas de las alteraciones ambientales descritas en el Art. 4o. de la presente Ley".

En el Art. 11 se establece que el Gobierno Nacional fijará los niveles mínimos de contaminación y aprovechamiento permisibles para cada uno de los bienes que conforman el medio ambiente, y en el Art. 13 también se ordena la inspección estatal de los procesos industriales, comerciales, o de cualquier otra índole, en orden a reducir o eliminar la contaminación que allí se presente y controlar la fuente de la misma.

En el Art. 15 se obliga a las personas naturales o jurídicas que utilicen elementos susceptibles de producir contaminación, dar el respectivo informe al Gobierno y a los consumidores acerca de los peligros que puede comportar el uso de dichos elementos.

En relación a la responsabilidad que se le asigna al Estado y a los particulares, se expresan así los Arts. 16 y 17 de la Ley:

"Art. 16.- El Estado será civilmente responsable de los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones o por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado".

"Art. 17.- Será sancionable conforme a la presente Ley, - toda acción que conlleve contaminación del medio ambiente, en los términos y condiciones señaladas en el artículo cuarto de este mismo estatuto".

El concepto de "utilidad común" se deriva del Art. 16 de la Constitución Nacional, y está íntimamente asociado con el - concepto de asistencia pública que mencionabamos atrás. En general se comprenden en este concepto, el interés que por igual abarca las preocupaciones de gobernados y gobernantes, de ahí su carácter comunitario o público en cuanto a su utilidad. Se remarca así, aunque redundantemente, en el Art. lo. del Decreto No. 2811 de 1974, por el cual se dicta el Código de Recur - sos Naturales Renovables:

"El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social.

La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social".

El concepto de "manejo" reemplaza en el texto definitivo del Código al de "mejoramiento" establecido o insinuado en la Ley 23 que le sirve de guía, y que presenta más un sentido cualitativo que estrictamente técnico como es el que parece predominar, en manera simplemente neutral o empirista, a lo largo - de todo el Código mencionado. A partir de sus objetivos gene - rales, en los cuales hace falta una referencia a las calidades concretas que nuestro país ostenta, en el Art. 3o., ordinales a), b) y c) se regula respectivamente el manejo de los recur - sos naturales renovables en diez subdivisiones, la defensa del

ambiente y de estos mismos recursos contra la acción nociva de fenómenos naturales, y otros elementos ambientales que conforman el ambiente o influyen en él, en el siguiente orden:

a.- Los residuos, basuras, desechos y desperdicios;
b.- El ruido;
c.- Las condiciones de vida resultantes de asentamiento humano urbano o rural;
d.- Los bienes producidos por el hombre o cuya producción sea inducida o cultivada por él, en cuanto incidan o puedan incidir sensiblemente en el deterioro ambiental.

Seguidamente, en su parte primera del Libro Primero sobre definición y normas generales de política ambiental, después de establecer en el Art. 7o. que "Toda persona tiene derecho a disfrutar de ambiente sano", en el Art. 8o. que plantea como factores que deterioran el ambiente dieciseis formas específicas, las cuales comienzan con el deterioro por obra de la contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables, de donde alcanzamos a notar la importancia asignada a este primer elemento vital del hábitat por los técnicos que redactaron dichos artículos, en tanto que se define la contaminación en los términos sugeridos por los artículos 4o. y 5o. de la Ley 23 de 1.973 anteriormente transcritos. Añadiendo solamente al final del ordinal a) del Art. 8, que la contaminación puede ser física, química o biológica.

Los ordinales e) y f) del Art. 9o intentan reglamentar los niveles mínimos de contaminación y aprovechamiento permisibles, señalados en el Art. 11 de la Ley 23, y especialmente se precisa que solamente la planeación integral del manejo de los recursos naturales y de los elementos ambientales pueden fijar

los en concreto, siempre y cuando con tales planes se contribu ya al desarrollo equilibrado entre lo urbano y lo rural, y, en forma mucho más genérica, como política general a este respecto se expresa en el ordinal b) del citado artículo que los recursos naturales y demás elementos ambientales son necesaria - mente interdependientes y que su utilización o manejo se hará de manera que, en cuanto sea posible, no interfieran entre sí.

Posteriormente el Código establece un desarrollo de pro - tección y manejo para la defensa del medio ambiental y los recursos naturales renovables, entre cuyas normas podemos destacar las referentes a la estatización relativa de las aguas y sus cauces (Art. 83), complementado por el Art. 128 sobre distritos de riego, el Art. 184 que plantea con muy buen juicio - técnico en un país predominantemente poblado sobre topografía de vertiente andina y que dice: "Los terrenos con pendiente superior a la que se determine de acuerdo con las caracteristicas de la región, deberán mantenerse bajo cobertura vegetal. Tam - bién según las caracteristicas regionales, para dichos terre - nos se fijarán prácticas de cultivo o de conservación. En todo caso, es el Título II sobre áreas de manejo especial, con sus distritos de manejo integrado y áreas de recreación, lo más lucidamente redactado en el Código por cuanto toca directamente con la ordenación de las cuencas hidrográficas y con la crea - ción del sistema de parques naturales.

El concepto de cuenca se define en el Art. 212 de la si - guiente manera:"Entiéndese por cuenca u hoya hidrográfica el - área de aguas superficiales o subterráneas, que vierten a una red hidrográfica natural con uno o varios cauces naturales de caudal continuo o intermitente, que confluyen en un curso ma - yor que, a su vez, puede desembocar en un río principal, en un

depósito natural de aguas, en un pantano o directamente en el mar. La cuenca se delimita por la línea del divorcio de las aguas". En el Capítulo II sobra aprovechamientos forestales, que pueden ser persistentes, únicos o domésticos (Arts. 211 a 224), se presenta el mayor problema práctico que contradice todas las buenas intenciones consignadas por los técnicos en el Art. 184 anteriormente citado, y además resalta en su ordenación la ausencia de una investigación mucho más exigente, acondicionada a la situación específica no solamente de los bosques sino también de los otros recursos renovables, atmósfera, flora y fauna incluídos, que se concentran fundamentalmente en el hábitat oriental de Colombia. Es así que se puede concluir que falta un estatuto específico para proteger, pero utilizandolas coherentemente al máximo de su ecoclimax, tanto la Amazonía como la Orinoquía Colombiana, crítica ésta que ha sido muy común por parte de los observadores de nuestro Código.

No obstante que, las diez subdivisiones enmarcadas en los objetivos del Art. 3o., regulan en forma más o menos detallada las posibilidades de contaminación para cada una de éllas, hace falta actualizar, entre otros, lo referente al manejo de la atmósfera y el espacio aéreo nacional. Por lo demás, las restantes especificaciones de estos recursos naturales renovables se articulan de la siguiente forma:

- Las aguas en cualquiera de sus estados;
- La tierra, el suelo y el subsuelo;
- La flora;
- La fauna;
- Los recursos geotérmicos;
- Las fuentes primarias de energía no agotable (energía

solar, eólica, de las mareas marítimas, etc.);
- Las pendientes topográficas con potencial energético;
- Los tecursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la República;
- Los recursos del paisaje.

En cuanto a sanciones, además de las establecidas en las Leyes, Reglamentos o convenciones colectivas de trabajo, para los efectos de contaminación sigue vigente lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 23 de 1973, expresado así: Cuando llegue a demostrarse técnicamente que se están produciendo acciones que generen contaminación, podrán inponerse las siguientes sanciones según la gravedad de cada infracción: amonestaciones, multas sucesivas en cuantía que determinará el Gobierno Nacional las cuales no podrán sobrepasar la suma de quinientos mil pesos ($500.000,oo), suspensión de patentes de fabricación, clausura temporal de los establecimientos o factorías que estén produciendo contaminación y cierre de los mismos, cuando las sanciones anteriores no hayan surtido efecto".

Esta situación de defensa social que le ha sido asignada al Estado en protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, ha tenido un difícil cumplimiento debido al atraso del país y a su dependencia económica y cultural. La tarea asignada al Estado de "protección", no ha sido bien llevada por éste, especialmente en aquellas zonas que como los Territorios Nacionales, deben ser declarados reservas especiales de conservación natural, y que hoy afrontan una acelerada contaminación y deterioro en sus elementos básicos de ecodesarrollo.

"El principal error que se ha cometido en la Amazonía y en la Orinoquía, es colonizar la cabecera del monte, el piedemonte y las laderas de la cordillera, con lo cual se desmontaron las áreas de protección y cubrimiento. Además el colono, carente de técnica y sin recursos para adquirir fertilizantes y abonos, degenera rápidamente la tierra y tiene que abandonarla, avanzando así en una colonización migratoria que aumenta las dimensiones de la destrucción". "Todo el vagaje cultural del colono entra a ser revaluado al enfrentarse a este nuevo medio, pero el aprendizaje es lento en extremo, llevándose varias generaciones aún el conformar un auténtico amazonense. Las pautas del vestido, la vivienda, la comida, etc., siguen siendo las del habitante andino, siendo muy poco adecuadas para el medio físico y económico del área". (3)

La otra forma de explotación irracional del medio, y la más grave por su puesto es la gran empresa con equipos y fuerte capital. Caso típico, son la Arandia y la Texas Petroleum Company, en el primer latifundio el uso de fungicidas duros mejora sus tierras pero en el proceso de deslave hacia los terrenos bajos se contamina el agua descendente, y en el segundo caso los residuales de los pozos petroleros en funcionamiento o en perforación cuando son comunicados por la vía de las quebradas hacia los ríos, perjudican de manera desmesurada la biótica y las vegas fértiles de las cuencas más grandes de toda la Amazonía.

Tomando en conjunto la problemática del desordenado creci

(3) DOMINGUEZ, Camilo A., "Problemas Generales de la colonización Amazónica en Colombia"- en revista "Enfoques colombianos", No. 2, Bogotá, 1975, pág. 30

miento económico e industrial que, como vimos, a pequeña escala se recrudece notablemente en el caso de la colonización amazónica, en la actualidad la absoluta mayoría de los analistas de esta situación confluyen en responsabilizar directamente de tales daños a quienes compete diseñar y ejecutar las generales políticas del desarrollo económico en el mundo o en un país determinado.

En realidad existe un desperdicio fantástico de recursos no renovables entre ciertos países ampliamente desarrollados y de comportamiento consumista y suntuario, hasta el punto de que indicaba el brasilero Josué de Castro lo siguiente: "El más grave error del informe (del Club de Roma y del Instituto Tecnológico de Massachusetts, OMIT), se debe a que omite entre los factores que determinan el crecimiento mundial, el problema de las estructuras económicas, sociales y políticas. En la introducción del informe, los autores tienen en cuenta únicamente cinco factores de desarrollo: la población, la producción agrícola, los recursos naturales y energéticos, la producción industrial y la contaminación. Ni una palabra sobre el problema de las estructuras socio-económicas". (4)

En la actualidad se ha evolucionado en una perspectiva de darle mayor importancia a cuatro elementos fundamentales para el crecimiento económico, como son: el problema de la producción agrícola y pecuaria para los alimentos, los recursos de tipo energético, en especial el petróleo por sus amplísimas capacidades de transformación en productos industriales, el espacio marítimo por los recursos que contiene en la plataforma -

(4) Citado por Patiño C. Hernando, en "El Pueblo", Domingo 16 de Noviembre de 1975, pág. 4

continental y en sus profundidades, y de los recursos que tienen que ver con las comunicaciones, dada la creciente importancia del espacio geoestacionario para satélites y otras formas de experimentación atmosférica y extraatmosférica. Y en vista de que en estas prioridades, rigurosamente delimitadas, se ha considerado la real posibilidad de implantar una tecnología no contaminante para controlar el deterioro ambiental presentado y el uso racional de los recursos no renovables, el problema de la contaminación quedó relegado a un modesto quinto lugar en las preocupaciones políticas de las naciones más desarrolladas, situación ésta que en Colombia aún no se presenta tan definitivamente, y antes por el contrario, reviste características de extrema urgencia para su control.

3.- RESPONSABILIDAD

3.1.- Etimología de la palabra "Responsabilidad".

La palabra responsabilidad tiene un origen eminentemente latino. Tanto la voz española responsabilidad como la francesa responsabilité, provienen de la voz responsable, que a la vez hunde sus raices en el latín responsus, participio pasado del verbo respondere que equivale aproximadamente a "constituirse en garante".

El vocablo responsabilidad, empezó a ser utilizado para indicar la materia de nuestro estudio, en época muy posterior a la integración orgánica de la teoría de la responsabilidad civil. Los hermanos Mazeaud dicen que Pothier pocas veces emplea el vocablo y que Domat, uno de los primeros que estructuró la teoría de la responsabilidad civil, no lo usa ni una sola vez en su obra. (1) Parece que en Francia y como herencia en Inglaterra, comenzó a utilizarse en el siglo XVII.

El Diccionario de la Academia dice que responsabilidad es "calidad de responsable", y responsable es "el que está obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona". (2)

El Diccionario de la Real Academia Española, la define así: "Responsabilidad: "Deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia del delito, de la culpa

(1) Citado por Montoya, Gómez Mario, "La Responsabilidad Extracontractual", Ed: Temis, Bogotá, 1977, pág. 1

(2) Ibídem, ob. cit., pág. 1

o de otra causa legal". (3)

Desde el punto de vista sociológico, la responsabilidad - como aspecto de la realidad social deriva de los hechos sociales. Los pronunciamientos de responsabilidad (por ejemplo: la condenación del asesino o del ladrón) son reflejos individuales, sicológicos, del hecho exterior social, objetivo, que es la relación de responsabilidad.

Digamos entonces, que "responsable", "responsabilidad", así como todos los vocablos cognados, expresan idea de equivalencia, de contraprestación, de correspondencia. Es posible en virtud de ello, fijar una noción, sin duda aún imperfecta, de responsabilidad, en el sentido de repercusión obligacional de la actividad del hombre.

La responsabilidad no es un fenómeno exclusivo de la vida jurídica, sino que se liga a todos los dominios de la vida social. Por consiguiente, hablamos de responsabilidad religiosa, moral, jurídica, etc. Esta clasificación rebasa los límites de nuestro estudio.

3.2.- Evolución histórica de la Responsabilidad.

Para comprender mejor y medir más exactamente la importancia de la responsabilidad civil, se hace necesario esbozar a - menos en sus trazos esenciales, su evolución histórica a partir del Derecho romano, hasta el Derecho francés y el Derecho colombiano.

(3) Citado por Montoya, Gómez Mario, ob. cit. pág. 2

Es necesario tener en cuenta que, hasta hoy y pese a los esfuerzos de los mejores juristas, no ha sido posible establecer una teoría unitaria y permanente de la responsabilidad civil. El instituto es esencialmente dinámico, tiene que adaptarse en la misma proporción en que evoluciona la civilización, tiene que estar dotada de flexibilidad suficiente para ofrecer, en cualquier época, el medio o procedimiento por el cual, frente a nuevas técnicas, nuevas conquistas, nuevos géneros de actividad, asegure la finalidad de restablecer el equilibrio deshecho a causa del daño, considerado en cada tiempo, en función de las condiciones sociles entonces vigentes.

Al estudiar las manifestaciones del Derecho antiguo, sus originarias formas jurídicas, se puede obsrvar que en los tiempos primitivos el "daño" escapa al ámbito del Derecho. Cuando había daño, surgía la venganza como compensación. Forma salvaje tal vez, pero humana de la reacción expontánea y natural contra el mal sufrido; solución común a todos los pueblos, en sus orígenes, para la reparación del mal por mal.

Por la fuerza de la costumbre, esta concepción se introduce poco a poco en la esfera jurídica y el "talión" se convierte en una regla, la víctima tiene derecho a la venganza. En la Ley de las XII Tablas aún se encuentra significativa expresión del criterio: si membrum rupsit ni eo pacit tatio est.

A este período sucede el de la composición. Ya entonces, la víctima piensa que, en lugar de vengarse en la persona de su adversario, le será más provechoso cobrarse sobre su patrimonio; mediante una suma de dinero, consentirá en el perdón, cuyo importe se fija por acuerdo de ambos interesados.

lidad civil. Dicen los hermanos Mazeaud: "El día en que la acción represiva pasa a mamos del Estado, nace la acción por daños y perjuicios". (4)

3.2.1.- Derecho Romano

Desde su antiguedad, el Derecho romano distingue ya dos categorías de daños: los que nacen de un delito público, los que surgen de un delito privado. Donde el Estado no persigue el castigo del agente del daño, le corresponde al ofendido hacerlo. En este momento histórico, la Ley de las XII Tablas representa una época de transición entre la composición voluntaria y la composición obligatoria: "La víctima de un delito privado está en la libertad, unas veces para satisfacer mediante el ejercicio de la venganza corporal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligada en otras a aceptar el pago de la suma fijada en la Ley". El Derecho Romano jamás pudo liberarse de la idea de hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización. En verdad, los colaboradores de Justiniano distinguen lo que llaman las acciones reipersecutorias, las acciones penales propiamente dichas y las acciones mixtas (a la vez penales y reipersecutorias), por ser las primeras acciones civiles por daños y perjuicios, y las segundas unas acciones penales que conducen a pronunciar una pena privada: pero la distinción se mantuvo vacilante y no condujo jamás a separar las acciones reipersecutorias de ciertas reglas que no se explican más que por la idea de pena.

(4) MAZEAUD, Henri y León, "Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, T I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág. 37.

Sin embargo, ni en materia delictual ni en materia contractual existió desde un comienzo una norma legal de alcances generales que consagrara el principio de reparar el daño causado al prójimo. Por esta razón el legislador intervino para ponerle fin a la venganza corporal, reemplazandola por el pago de una suma de dinero, y así procedió casuísticamente, considerando uno por uno los delitos a medida que la solicitud de reparación lo indujera a ello. Pero muy pronto los jurisconsultos llamaron la atención sobre la insuficiencia del procedimiento y la necesidad de proporcionarle un recurso a la víctima y, consecuentemente encaminaron sus esfuerzos a extender los textos legales, para tratar de establecer una regla de conducta, pese a lo cual no lo lograron.

Es en la Ley Aquilia donde se esboza, un principio regulador de la reparación del daño. Aunque se reconozca que no contenía aún una regla de conjunto en los moldes del derecho moderno, era, sin duda alguna el germen de la jurisprudencia clásica respecto de la injuria y fuente directa de la moderna concepción de culpa aquiliana, que tomó de la Ley Aquilia su nombre característico.

El contenido de la Ley Aquilia se distribuía en tres capítulos. El primero trataba de la muerte de esclavos o animales, de la especie de los que pastan en rebaños. El segundo regulaba la "disposición" por parte del adstipulador con perjuicio del acreedor estipulante. Regía casos de daños muy peculiares, que no interesa detallar, salvo para, señalar que la pena irrogada contra la ilícita disposición practicada por el adstipulador, en relación al crédito ajeno, revela el hecho de que ya entonces el derecho creditario era considerado como cosa. El tercer y último capítulo se ocupaba del damnum injuria datum,

que tenía alcance más amplio, comprendiendo las lesiones a esclavos o animales y destrucción o deterioro de cosas corpóreas: "Si alguien hería a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo de manada o rebaño o causaba injustamente cualquier otro daño aún a las cosas inanimadas, era condenado a dar al propietario el mayor valor que había tenido la cosa en los treinta días anteriores al delito o culpa; de modo que el resarcimiento se graduaba teniendo en cuenta circunstancias económicas anteriores".

El pretor y los jurisconsultos lucharon por extender los casos contemplados en el texto legal: el primero, concediendo una acción útil cuando el heredero fuera un hombre libre, y los segundos declarando por vía de interpretación que se sancionarán todos los deterioros o destrucciones de las cosas. Así, la noción de damnum se extendía a cualquier atentado material contra una persona o una cosa.

Los jurisconsultos se empeñaron en ir más lejos. A la noción de damnum trataron de sustituirla por la de perjuicio: conceptuaron que lo importante no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (damnum) sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; y entonces decidieron que el simple damnum que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación. Pero no pudieron llevar su sistema hasta el extremo: por no referirse los textos legales sino a casos concretos, no les permitieron establecer el principio de que todo perjuicio, surja de un damnum o no debe ser reparado en virtud de la Ley Aquilia.

La Ley Aquilia no sancionaba el damnum en todos los casos. En élla se exigían numerosas condiciones para el ejercicio de la acción. Es así como no concedía la acción sino al propieta-

rio de la cosa deteriorada o destruída, siempre que fuera ciudadano romano, y exigía que el daño hubiera sido corpore corpori datum; es decir, requería contacto material entre el autor del daño y la cosa que lo padecía.

Evolucionando el concepto de daño, por intervención del pretor y los jurisconsultos, mitigose, en el sentido de favorecer al perjudicado, el primitivo rigor del texto aquiliano y la acción que asistía sólamente al propietario de la cosa destruída o deteriorada cuando era ciudadano romano, fue gracias a aquella influencia, ampliada sucesivamente a los titulares de otros derechos reales y a los peregrinos. Además, dicha acción se concedió, no sólo al daño corpore corpori datum, sino también al damnum non corpore datum. Dice Fliniaux, citado por Mazeaud que probablemente, la extensión del campo de aplicación de la Ley Aquilia al damnum non corpore datum se operó bajo Justiniano, a quien se debe igualmente, la clasificación cuatermaria de las obligaciones: delictuales, contractuales, cuasi delictuales y cuasi contractuales. Pero, pese a ello, la Ley Aquilia continuó siendo un texto legal que no daba soluciones sino a casos concretos.

Creada la acción del dolo, opinan los Mazeaud, se tuvo un segundo medio para darle a la teoría de la responsabilidad parte de la envergadura de que carecía, estableciendo que todo hecho doloso debe ser reparado. Como este principio jamás fue sancionado, permaneció la acción de dolo en carácter de subsidiaria, cuyo ejercicio se hallaba sometido a varios requisitos.

Como última posibilidad se admitió que si el autor de un daño no quedaba obligado para con su víctima fuera de los casos previstos por la Ley, podía no obstante convertirse en deudor suyo como si hubiera delito, quasi ex delicto. Pero este concepto,

que ha debido conducir a la adopción de una regla general, fue aplicado en forma restringida por los jurisconsultos, quienes no admitieron la obligación quasi ex delicto sino en algunos casos de origen pretorio.

Aparte de los casos concretos resueltos conforme a las reglas anteriores, el Derecho romano se mantuvo fiel a sus orígenes: la venganza corporal continuaba siendo posible; pues, el fin de los textos proferidos en la materia se encaminaba a reemplazarla por composiciones.

Con el cambio de costumbres y el fortalecimiento de la autoridad del Estado, la idea de venganza desaparece y se impone el principio de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano. Y así se llega a admitir que la responsabilidad del autor de un daño no puede existir fuera de un texto legal, principio éste que se traduce en la locución latina "nulla poena sine lege", que reconoce nuestro moderno derecho penal.

Finalmente, fueron más numerosos los textos legales que establecieron una responsabilidad en casos particulares, los cuales permitieron, en la última etapa del Derecho romano, asegurar no sólo la reparación de los perjuicios materiales, sino también de los morales.

En cuanto a la culpa, ésta fue cuestión accesoria para el legislador romano, pues la víctima se atenía al hecho brutal del daño que sufría, sin analizar el por qué del perjuicio que se le había ocasionado. No obstante, se pensó que no era sensato vengarse de los niños y los locos, puesto que estas personas carecían de razón. Esta inquietud introdujo la idea de culpa. A medida que todos los tiempos de la venganza privada retroceden en el

pasado se olvida la causa verdadera de la impunidad de que gozan el niño y el loco; se busca una nueva, y se encuentra: si no son responsables de sus actos es porque no han obrado mal (la noción del bien o del mal no existe para éllos), es porque no han incurrido en culpa. Por eso se ve que algunas de las disposiciones - un poco generales del Derecho romano, en materia de responsabilidad, le hacen algún lugar a esa noción nueva. Sin embargo, la Ley Aquilia no exige todavía la culpa del autor del daño: se precisa tan sólo que exista damnum injuria datum, o sea, un daño causado sin que la Ley autorice a cometerlo. Pero fue tan sólo a fines - de la República en opinión de los Mazeaud, bajo la influencia de las ideas griegas cuando surgió la concepción de culpa aquiliana. Niegan, pues, que la noción de culpa estuviese contenida en la - Ley Aquilia como elemento constitutivo del delito.

La noción de culpa en el Derecho romano siempre fue precaria. Jamás llegó a ser establecida como principio general o fundamento de la responsabilidad, lo que de ningún modo excluye la convicción de que la evolución se operó definitivamente en ese - sentido. La concepción del Derecho justinianeo era ya la de la - culpa subjetiva: representaba un progreso en relación a la Ley Aquilia, pero sería arriesgado identificarla con la moderna noción del instituto, no obstante constituir el origen común de las legislaciones actuales fundadas en la culpa.

3.2.2.- Derecho Francés.

En el Código Civil francés tiene la legislación moderna su modelo e inspiración. Sin embargo, antes de que surgiera dicho - Código, el Derecho francés ya ejercía sensible influencia en los demás pueblos, de ahí la importancia de dar una ojeada a su evolución histórica para una mejor comprensión del precepto que motiva nuestro estudio.

3.2.2.1.- La Responsabilidad en el antiguo Derecho francés.

El más antiguo Derecho francés, le dió al problema de la responsabilidad el mismo tratamiento del Derecho romano de la época de las XII Tablas.

En dicha época, se confunden la responsabilidad civil y la penal y el agente del daño es castigado con una pena. Se encuentra pues en el Derecho francés la misma confusión romana, cuya distinción más teórica que práctica, viene también desde los romanos, con la clasificación de las acciones que se ejercían, en acciones puramente penales y acciones reipersecutorias. Esta diferencia tuvo en el Derecho francés la influencia que no denotó en el Derecho romano, pues los jurisconsultos franceses se atuvieron a la regla teórica, sin detenerse a observar cómo se aplicaba en realidad. Se desprendieron así de la idea de pena privada para ver en la acción concedida a la víctima, esencialmente una acción indemnizadora.

Demogue, citado por Henri y León Mazeaud y André Tunc, dice en su obra "De la reparation civile des delites": "En la segunda mitad del siglo XII fué cuando se puso en claro la separación de la reparación de la pena. La comprobamos por primera vez en el Mediodía, donde la costumbre de la isla Jourdain (condado de Tolosa) condena al homicida, o al que haya golpeado, a una pena corporal o a una multa y, además, a restituere damnum. Un poco más adelante, la costumbre de Thegia, en Quercy, de 1266, declara que, en los casos que lleven consigo confiscación de los bienes, se comienza a reparar el daño (Art. 30). La de Puymirol, de 1286, en caso de vías de hecho o de robo, habla también de reparación según estimación del baile o de su corte (cap. XII). Esta

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

distinción, debido sin duda a la influencia del Derecho romano, se produjo además mucho tiempo antes de generalizarse completa - mente, sobre todo en los países del Norte. En el siglo XIII, - Beaumanoir no concibe todavía la reparación del perjuicio de manera absolutamente clara, separada de toda idea penal. En otros documentos de su época, esa noción es más confusa aún. Tan sólo algo después se comprendió con claridad esa noción, como dotada de la exclusiva finalidad de restablecer a la víctima en su si - tuación anterior. Esa idea no se encuentra del todo sino en las cartas de fines del siglo XIII, en la Somme rurale de Bouteiller, en el Countumier de Carlos VI". (5)

A fines del siglo XII fue bien aceptada la idea de que por todo entuerto no toca sino multa. Lo cierto es que la acción concedida a la víctima tiene entidad propia cuando se trata de un - delito privado, pero conserva su origen penal, cuando menos cuando el daño causado era uno de los que requerían venganza, como eran los atentados a la persona y contra su honor. Sólo los daños inferidos a los bienes originaban una acción indemnizatoria. En esta forma el antiguo Derecho francés puede con base en la distinción anterior, establecer nítidamente un principio general de la responsabilidad civil, abandonando el criterio de enumerar - los casos de composición obligatoria. Los Mazeaud, al poner de - relieve la conquista francesa, hacen la comparación: la Ley Aquilia nunca pudo abarcar más que el perjuicio visible, material, - causado a objetos exteriores, mientras que de allí en adelante - se protege a la víctima también contra los daños, que, sin acarrear depreciación material, dan lugar a pérdidas, por impedir - ganancias legítimas. La actio doli exigía la culpa caracterizada.

(5) MONTOYA, Gómez Mario, ob. cit., págs. 9 y 10

En el Derecho francés evolucionado, la reparación depende de la gravedad de la culpa del responsable.

Domat, quien fue el más grande de los jurisconsultos franceses del antiguo derecho y quien inspiró directamente a los redactores de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil de Francia, precisa su pensamiento al establecer la categoría de culpa de que puede provenir un daño: la que acarrea, al mismo tiempo - la responsabilidad penal del agente, ante el Estado, y la responsabilidad civil ante la víctima; la de las personas que no cumplen las obligaciones, culpa contractual; y la que no se vincula ni con crimen ni con delito, sino que se origina por la negligencia o imprudencia. Era la generalización del principio aquiliano: In Lege Aquilia et levíssima culpa venit (En la Ley Aquilia se - responde por la culpa levísima). En la forma anterior, se llega a establecer el principio de que no existe responsabilidad civil sin culpa.

En la doctrina del antiguo Derecho francés, la imprudencia, la negligencia, bastaba para empeñar la responsabilidad de su - autor. Con todo, se diferenciaban los delitos de intención y los delitos no intencionales, que se denominaban cuasi-delitos por una reminiscencia del Derecho romano, aún cuando la expresión tenga en lo sucesivo un significado por completo nuevo. Se llama delito el hecho por el cual una persona, por dolo o malicia, causa un daño o algún mal a otra. El cuasi-delito es el hecho por el - cual una persona, sin malicia, pero por una imprudencia que no - es excusable, causa algún mal a otra. En uno y otro caso existía responsabilidad.

Para determinar si había delito o cuasi-delito, se apreciaba la culpa en abstracto, que erala solución adoptada general -

mente en la esfera de la responsabilidad contractual.

El máximo mérito de los autores franceses, es haber establecido un principio general de responsabilidad civil, pues apoyándose en los jurisconsultos romanos, consiguieron lo que éstos no habían logrado. Se abría así una etapa jurídica decisiva en el campo de la responsabilidad civil, con una existencia que ha sido fuente de fecundidad creadora.

3.2.2.2.- La Responsabilidad Civil y la redacción del Código Civil francés.

Con la codificación se torna posible fijar la tradición clásica en un principio general capaz de abarcar aplicaciones ilimitadas, afirman los Mazeaud, recordando el dicho de Bertrand de Greville: "Todo individuo es garante de sus actos, es una de las primeras máximas de la sociedad; de ello se sigue que si ese acto causa daño a otro, aquel queda obligado a repararlo". (6)

Los redactores del Código, conforme atestiguan los mismos autores, se ocupaban del problema de la responsabilidad bajo el doble aspecto de la inejecución de los contratos y de las obligaciones establecidas sin convención, es decir, delitos y cuasidelitos. Respecto de la segunda especie no hubo discrepancia en establecer la necesidad de culpa para crear la responsabilidad del autor del daño. Al hombre de proceder irreprochable jamás se le podría en este sistema, imponer la reparación del daño que hubiese causado. Apoyando la acepción los autores invocan a TARRIBLE: "Esta disposición abraza, en su basta amplitud, todos los géneros de daños y los sujeta a una reparación uniforme, que tiene -

(6) MAZEAUD, Henri y León, ob. cit., pág. 65

por medida el valor del perjuicio sufrido. Desde el homicidio - hasta las lesiones leves, desde el incendio de un edificio hasta la rotura de un mueble insignificante, todo queda sometido a la misma ley, todo se declara susceptible de una apreciación que indemnizará a la persona lesionada por cualquiera daños que haya - experimentado". (7)

Esto quiere decir, que si era necesaria la culpa para establecer la responsabilidad, cualquier culpa era suficiente. No - era preciso que el autor del daño tuviese voluntad de causar el daño (culpa delictual); bastaba la imprudencia o negligencia - (culpa quasi-delictual). La orientación se expresa en el Art. 1382 del Código Civil que dispone: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por culpa del cual ha sucedido". Pero el acto a que se referían los redactores del Código era el que, en cotejo con aquella disposición, establece contraste entre hecho y acto intencional. Así prueba el Art. 1383 que dice: "Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia". Pero la redacción traducía mal la intención, dicen los Mazeaud; la idea de que en el Art. 1382 se contiene el principio - exorbitante de la simple culpa intencional es autorizada por la redacción suficientemente clara como para prevalecer sobre la voluntad de los redactores del Código. Pero, entonces, consideran: La culpa no es, en los términos del Art. 1382 condición necesaria de responsabilidad? Sin duda que sí, jamás fue intención de los redactores establecer responsabilidad sin culpa.

En los Arts. 1384, 1385, 1386 del Código Civil, se reglamen

(7) MAZEAUD, Henri y León, ob. cit., pág. 60

tó la responsabilidad por el hecho ajeno y a causa de las cosas. El Art. 1384, párrafo 1o. preceptúa: "Se es responsable, no solamente del daño que se causa por hecho propio, sino también del causado por el hecho de las personas por las que se debe responder o por las cosas que se tienen en custodia; y los parágrafos que siguen del Art. 1384 enumeran los casos en los cuales se es responsable así por otro (responsabilidad de los padres por un hecho de sus hijos, responsabilidad de los amos y comitentes por un hecho de sus criados o comisionados, responsabilidad de los maestros y de los artesanos por un hecho de sus alumnos o aprendices); el Art. 1385 puntualiza el caso en que se es responsable por causa de una cosa propia: "El propietario de un animal, o quien se sirva de éste, es responsable, mientras lo use, del daño que el animal haya causado; ya sea que estuviera el animal bajo su guarda, ya sea que se hubiere perdido o escapado" y el Art. 1386, refiriéndose esta vez a las cosas inanimadas, agrega: "El propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina, cuando sucede a consecuencia de falta de conservación o por vicios de su construcción". Los Mazeaud, al preguntarse si estas distintas disposiciones, tomadas por sus redactores del antiguo derecho, son otros tantos esguinces al principio de que no hay responsabilidad sin culpa, responden: "Sin entrar en detalles podemos afirmar que, al menos en el pensamiento de sus redactores esos preceptos no parecen constituir excepciones a la regla general. Y cómo podría ser de otro modo, ya que tomaban las principales disposiciones de Domat, que citaba esos casos de irresponsabilidad como ejemplos de imprudencia?". (8)

Cuando el daño era el resultado de las acciones de personas

(8) MAZEAUD, Henri y León, ob. cit., pág. 75

que estaban bajo guarda o de empleados, o por hechos de animales o de cosas materiales propias, se establecieron las presunciones de culpa a favor de la víctima, que la exime de la obligación de probarla en aquellos casos en que es difícil aducir la prueba y demostrar ciertos hechos, a fin de hacer efectivos sus derechos y obtener la reparación de los perjuicios que ocasiona el suceso dañoso.

Tales proporciones se basan: o en una falta de vigilancia o de conservación (culpa in vigilando), o en la descuidada o defectuosa elección del encargado de la realización del trabajo (culpa in eligendo). Algunas veces se puede desvirtuar demostrando ausencia de culpa; en otros no se admite prueba en contrario.

Del examen de los trabajos preparatorios y de los preceptos del Código Civil cabe concluir, que en 1804 regía la responsabilidad civil delictual, cuasidelictual y contractual, un triple principio:

a.- Necesidad de una culpa.
b.- Suficiencia de una culpa cualquiera.
c.- Apreciación in abstracto de la culpa.

Para terminar, debemos decir, que la evolución del Derecho francés en los tiempos modernos, se dió a través de la más extraordinaria obra jurisprudencial. Las nuevas orientaciones de la jurisprudencia francesa, tratan de sustituir el criterio de la responsabilidad subjetiva por la objetiva en algunos casos como en el de los daños causados por actividades peligrosas, entre otros, exigiendo a la víctima solamente la demostración del daño y la relación de causalidad con la acción que la produjo. Tratan pues, de acoger la teoría del riesgo como fuente de responsabilidad.

3.2.3.- Derecho Colombiano.

3.2.3.1.- Fuentes de las Obligaciones.

El Código Civil colombiano, adoptó la clasificación del Derecho romano, el cual en sus orígenes sólo admitía dos fuentes de las obligaciones: el contrato y el delito. En el primer caso, una persona se obligaba para con otra en forma voluntaria, y en el segundo, se consideró que ciertos hechos ilícitos originaban la obligación de reparar el daño causado. Pero más tarde se advierte que surgen otros tipos de obligación con disposición expresa del ordenamiento jurídico y la primera clasificación parece sumamente reducida; se adiciona entonces un tercer miembro a la división: "Las variis causarum figuris", recogiendo en esta nueva fuente un gran número de obligaciones que hubieran quedado excluidas de la primera clasificación. Posteriormente, estudiando "las variis causarum figuris", se instituyeron el cuasicontrato y el cuasidelito como nuevas fuentes, y en el Digesto, ya se encontraron estas cuatro modalidades: contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito. La adición de la Ley como fuente de obligaciones, fue hecha mucho más tarde, para agrupar todas las obligaciones que no se podían incluir en las cuatro fuentes que ya habían sido establecidas.

Son de sumo interés para identificar el criterio de nuestro Estatuto Civil, los Arts. 1494 y 2302. El Art. 1494, prescribe que: "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 da-

ño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la Ley, como entre los padres y los hijos de familia".

En este texto legal no se menciona el cuasidelito como fuente de obligaciones, olvido que vino a llenar el Art. 2302 del C. C. al establecer que: "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen 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".

Haciendo un solo cuerpo de las dos disposiciones, tenemos - la clasificación presentada por el Derecho romano sobre fuentes de las obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y Ley. Esta clasificación romana de las fuentes de las obligaciones no es aceptada en la doctrina moderna por insuficiente.

En el Derecho actual, el contrato sigue siendo la fuente - principal de obligaciones, y sólo es necesario agregar que tam - bién las declaraciones unilaterales de voluntad pueden ser constitutivas de obligaciones.

Otra fuente generadora de obligaciones es el cuasicontrato. Su noción puede parecer sencilla a quienes se contenten con de - cir que se trata de un hecho jurídico semejante al contrato, del cual simplemente se distingue por la falta de acuerdo de volun - tades. Pero si se tiene en cuenta que el acuerdo de voluntades - es el elemento primario, la esencia misma del contrato, no es admisible bajo ningún punto de vista su analogía con el cuasicontrato. No es admisible la analogía entre cosas de las cuales una ca

rece de lo que a la otra es esencial. Por tal razón, la expresión "cuasicontrato" que no responde a ninguna concepción técnica, debe desecharse del lenguaje jurídico.

El verdadero concepto de cuasicontrato, es y ha sido siempre un concepto vago, indefinido, aún cuando la designación figure tradicionalmente en los sistemas escolásticos y legislativos. Este concepto, surge en la época de decadencia con las escuelas orientales, llegando a constituir una figura nueva, en la que se agruparon varios hechos: la gestio negotiorum, la gestión de la tutela y curatela, la condictio indebitii, y, en general, las demás condictiones fundadas en un enriquecimiento injusto, y la comunidad incidental.

Se afirmó la existencia de analogía entre la gestión y el mandato, entre las condictiones y el mutuo y entre la comunio incidens y el contrato de sociedad; y esto bastó a los antiguos autores para caracterizar los hechos que producen aquellas obligaciones como cuasicontratos y para constituirlo en una figura nueva.

Pero, decir, por ejemplo, que la gestión de negocios ajenos reproduce en cierto modo el mandato, ya que en ella se gestionan sin previo encargo los asuntos de otro cuyo cuidado se encomienda mediante convención en el mandato o que la repetición de lo indebido imita al mutuo con la diferencia de que la obligación de restitución se funda en un caso en la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto, y en el otro en una entrega que tiende a obligar al accipiente, no es revelar analogía alguna ni profundizar en la esencia del cuasicontrato.

Los intentos de muchos civilistas para dar a esta figura hí

brida una más sólida consistencia y autonomía propia frente a las demás causas de la obligación son inadmisibles. Censurable sobre todo es la actitud de aquellos que, seducidos por una analogía - funesta para la claridad de los conceptos, afirman -para expli - car el fundamento de la obligatoriedad del cuasicontrato- que és te se basa en el consentimiento tácito (como si el consentimien- to tácitamente manifestado no fuese consentimiento, y, como tal base de los contratos), o en un consentimiento presunto (introdu ciendo así, mediante una ficción, un elemento que falta, y que, por añadidura, es igualmente característico de los contratos).

Nuestro Código Civil, dedica el Título 33 del Libro 4o. (Ar ts. 2302 a 2340) a los cuasicontratos, y aún cuando no los defi- ne, sin embargo, indica sus especies principales, a saber: la a- gencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

Siguiendo a varios autores, entre ellos a Valencia Zea, po- demos decir que, la agencia oficiosa y el pago de lo no debido - son variedades del principio que prohibe a una persona enrique - cerse sin causa, a expensas de otra; y que existiendo como exis- te en las legislaciones actuales el mencionado principio, ningu- na necesidad tenemos de forzar las nociones o crear ficciones re ñidas con la realidad y la buena lógica. En cuanto a la comuni - dad (ésta representa un aspecto de la propiedad), es decir, el - caso de la propiedad con pluralidad de sujetos.

El acto ilícito (delito y cuasidelito) es otra de las fuen- tes de obligaciones y como tal ha tenido señaladísima importan - cia entre los autores. Josserand, por ejemplo, al hacer la clasi ficación de las fuentes de las obligaciones, lo sitúa en un se - gundo lugar: "a) Acto jurídico; b) Acto ilícito; c) Enriquecimien to sin causa; d) Ley. Y Planiol entre otros, presenta la siguien

te clasificación: "a) Acto jurídico (dentro del cual cabe el acto ilícito); b) La Ley".

De Ruggiero, en su obra "Instituciones de Derecho Civil", - define el acto ilícito como: "Todo comportamiento de una persona que lesione injustamente la esfera jurídica ajena". Y continúa: "Esta esfera jurídica se lesiona por quien hallándose vinculado a otro por una obligación no cumple ésta y por quien sin estar - vinculado a obligación alguna vulnera el derecho de una persona violando el precepto general que prohíbe atentar a los derechos ajenos". (9). Las lesiones ocasionadas por la segunda violación (culpa aquiliana o extracontractual) son ellas mismas fuentes de obligaciones y originan en los autores del acto la obligación de reparar el daño. A estas violaciones se aplica el nombre de acto ilícito.

Según la tradicional doctrina romanística, el acto ilícito en sentido estricto es un delito o un cuasidelito. Los romanos - sólo conocieron figuras concretas respecto al contrato y al delito, y carecen por tanto de una noción abstracta de ellas. Así, - ellos no aplicaron la denominación de delito (en el campo del derecho privado) a todo acto ilícito lesivo del derecho ajeno, sino a hechos generadores de la obligación de reparar el daño causado, como el hurto, la rapiña, el damnum injuria datum, la iniuria, es decir, figuras concretas y específicas de lesiones.

En el Derecho moderno, el delito es una categoría abstracta

(9) DE RUGGIERO, Roberto, "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, Volúmen 1o., trad. de Ramón Serrano S. y José Santacruz Tejeiro, Ed: Reus, Madrid, 1944, - pág. 545

en la que se incluye toda especie de acto injusto y lesivo, siempre que sea imputable y que se haya realizado con la intención de causar daño a otro.

El Art. 2341 del Código Civil colombiano, básico de la responsabilidad general, habla "del que ha cometido un delito o culpa", refiriéndose a hechos de un comportamiento voluntario del hombre conscientemente dirigido a producir un daño (dolo), o realizado omitiendo el deber del cuidado que le era exigible para evitar un resultado dañoso (culpa).

Ahora bien, los actos ilícitos se clasifican en: civiles y penales. El acto ilícito penal, debe estar tipificado en el Código Penal como delito; el campo del delito civil es más amplio y se puede decir que: "todo acto humano que ocasione un daño, debe indemnizar el perjuicio". La Teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual, comprende los hechos delictuosos civiles y penales, ocasionados por cualquier persona, que cause un daño. Para el autor de tal hecho, surge una responsabilidad que nace del acto ilícito o como dicen otros de la culpa aquiliana.

Para terminar lo relacionado al acto ilícito como fuente de obligaciones, debemos anotar que, las expresiones delito y cuasidelito resultan insuficientes hoy día, ya que la civilización moderna trajo la necesidad de ordenar que se reparen los daños con fundamento en el riesgo creado, es decir, en hechos imputables a determinada actividad de las personas, pero no a la voluntad. Tal sucede con los daños causados en explotaciones peligrosas, con la posesión de animales fieros, etc.

Otra fuente de obligaciones de la clasificación hecha por -

el Derecho romano, es la Ley. Siguiendo a varios tratadistas entre otros a Enneccerus y Arturo Valencia Zea, podemos afirmar que, es criticable la inclusión de la Ley como fuente inmediata de las obligaciones, por las siguientes razones:

Al hablar de fuentes de obligaciones, se hace referencia a hechos directos, actuales o próximos que pueden engendrar obligación. La Ley es fuente remota de cualquier obligación; tanto de las que nacen del contrato, como las que nacen del hecho ilícito.

En ningún caso la Ley es fuente inmediata y exclusiva de una obligación; ninguna persona queda obligada a cumplir una prestación únicamente porque la Ley lo establece, sin el concurso de algún hecho diferente, pues de lo contrario, sería una Ley personal, individualizada.

En consecuencia, en mi concepto, es más acertado hablar como lo hace Valencia Zea de "ciertos estados o situaciones idóneas para producir obligaciones" o hablar de "cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico" como lo hace el Código italiano en su Art. 1942.

Podemos concluir lo referente a las fuentes de las obligaciones, señalando como correcta la clasificación hecha por el tratadista Valencia Zea, quien afirma: "Los hechos generadores de obligaciones pueden enunciarse así: los contratos y las declaraciones unilaterales de voluntad; los hechos ilícitos y ciertos estados o situaciones idóneos para producir obligaciones". (10). Co-

(10) VALENCIA, Zea Arturo, Derecho Civil "De las Obligaciones", Tomo III, Ed: Temis, Bogotá, 1960, pág. 56

mo estados de simple hecho que pueden crear obligaciones, el citado tratadista señala los siguientes: a) el abuso en el ejercicio de los derechos subjetivos, y, b) el enriquecimiento sin causa. Como estados o situaciones de derecho en que una persona se halla y que hacen nacer una obligación, cita los siguientes: a) el estado civil de parentesco, y, b) el derecho de propiedad y demás derechos reales en inmuebles que por su sola existencia crean obligaciones a cargo de su titular. En efecto, el dueño de un predio puede obligar a los propietarios de predios vecinos a que concurran al cerramiento o fijación de linderos; del mismo modo, el propietario de un predio puede obligar a los dueños de predios colindantes a que concurran a la construcción y reparación de cercas divisorias comunes, etc. Fuera de estas obligaciones, existen las obligaciones de vecindad impuestas por los Arts. 30 de la Constitución Nacional y 669 del C. C., normas que serán motivo de un estudio más detallado en el Capítulo 6o., porque sirven de fundamento de derecho a la acción de indemnización de perjuicios ocasionados cuando se usa o abusa del derecho de propiedad, aplicable a la responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente.

3.2.3.2.- Responsabilidad Civil Extracontractual.

El Título XXXIV del Libro 4o. del Código Civil, estudia los hechos ilícitos como fuentes de las obligaciones, bajo el epígrafe: "De la responsabilidad común por los delitos y las culpas".

Dicho Título divídese por materias en los siguientes grupos:

a.- El constituído por los Arts. 2341 a 2345, contiene los principios generales de la responsabilidad delictual del hecho -

personal y que se denomina responsabilidad directa.

b.- El formado por los Arts. 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, - que regula la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra (responsabilidad indirecta).

c.- El tercer grupo, comprende los Arts. 2350, 2351, 2353, - 2354 y 2355, que se refiere a la responsabilidad por el - hecho de cosas animadas e inanimadas que están bajo la - guarda de una persona. (responsabilidad indirecta).

d.- El constituído por el Art. 2356, referente a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

Cada uno de estos grupos, contemplan situaciones distintas e inconfundibles de manera que no es posible por ejemplo resolver problemas relativos al segundo grupo con las normas del tercero. Lo esencial de esta diferenciación radica en la circunstancia de que unos hechos se rigen por la responsabilidad subjetiva, es decir, que para que exista responsabilidad, exigen un acto culposo, y otros se gobiernan por la responsabilidad objetiva, vale decir, que no examinan si el acto es o no culposo para determinar si existe o no responsabilidad.

La determinación de cuales hechos se rigen por la responsabilidad subjetiva y cuáles por la responsabilidad objetiva, se hará después de haber estudiado las diferentes teorías acerca del fundamento de la responsabilidad civil, tema que será tratado en el capítulo 4o. de este trabajo.

Se habla de responsabilidad directa del hombre, cuando ésta

se origina a consecuencia de un daño injusto ocasionado directamente por el sujeto activo del mismo, ya sea utilizando la capacidad ofensiva de la propia persona a través de medios sometidos a su inmediato control.

Tratándose de la responsabilidad directa, los sujetos que pueden ser llamados a responder en el campo civil por las consecuencias del hecho ilícito, se suelen clasificar en los siguientes:

a.- Las personas físicas.

b.- Las personas jurídicas de índole privada, como las sociedades fundaciones, etc., en razón a que tales entidades están dotadas de la capacidad de obligarse patrimonialmente, si bien con algunas limitaciones justificadas por su misma naturaleza. Referente al hecho ilícito, para que civilmente se le pueda atribuir a la persona jurídica, debe ser ejecutado por sus representantes o agentes autorizados en su condición de tales, pues en caso contrario sólo será exclusivamente responsable el sujeto físico causante del daño.

c.- Las entidades de Derecho Público, es decir, la Nación los Departamentos, los Municipios, los Institutos Descentralizados de carácter oficial o semioficial, etc., los cuales también incurren en responsabilidad civil por los actos que ejecuten sus agentes autorizados en detrimento de los derechos de terceros.

El segundo grupo del Título 34 del Código Civil, está constituido por los Arts. 2346 a 2349 y 2352, y regula la responsabilidad por el hecho ajeno. Es importante anotar, que en esta clase

de responsabilidad, se responde de los "hechos" ajenos y no de - la "culpa" ajena. En efecto, en caso de daños ocasionados por un menor o un incapaz, los padres o la persona (s) a cuyo cuidado - se encuentran, responden por su propia culpa, consistente en no haber tomado las providencias del caso para evitar que las personas que se encuentran bajo su cuidado causen daños.

Una persona se halla sometida al cuidado de otra:

a.- En virtud de la Ley.- Este es el caso de los hijos de familia respecto del padre o de la madre y de los pupilos en relación con sus guardadores (Arts. 2347 y 2348 del C. C.).

b.- En virtud del contrato.- Toda persona encargada de vigilar a otra en forma voluntaria (o convencional) responde de su conducta y, por lo tanto, de los daños que la persona vigilada causa a terceros. Así, los directores de colegios, escuelas, responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado; los empresarios y artesanos, responden del hecho de sus aprendices y dependientes; los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos.

El tercer grupo, está constituido por los Arts. 2350, 2351, 2353 a 2355 del C. C., que se refiere a la responsabilidad por - el hecho de las cosas animadas e inanimadas que están bajo la - guarda de una persona. Se distinguen tres clases de daños causados por las cosas:

a.- Daños causados por los animales.
b.- Daños causados por la ruina de un edificio.
c.- Daños causados por cosas que caen o se arrojan de la parte -

superior de un edificio.

El cuarto grupo lo integra el Art. 2356 del C. C. que se refiere a la responsabilidad por el ejercicio de las actividades peligrosas, régimen extraordinarioen que el Código mira - la potencialidad nociva de éllas, que hace que quien las ejerza se aproxime más peligrosamente al campo personal y patrimonial de los demás asociados, causandoles perjuicios.

Como la acción de los perjuicios ocasionados por contaminación del medio ambiente también puede fundamentarse en el - Art. 2356 del C. C., porque resulta innegable que en estos casos, el perjuicio tiene su origen en actividades de las consideradas "peligrosas" tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dicha norma, junto con los Arts. 30 de la Constitución Nacional y 669 del C. C. que imponen las obligaciones de vecindad, será objeto de un estudio más profundo en el capítulo 6o. del presente trabajo.

4.- RESPONSABILIDAD CIVIL

Dadas las profundas divergencias conceptuales tanto en la legislación como en la jurisprudencia, es muy difícil dar un concepto exacto de la noción de responsabilidad civil. Sin embargo, debemos tratar de definirla al menos someramente.

El tratadista Joaquín Escriche, citado por Mario Montoya Gómez, dice que: "Sólo puede hablarse de responsabilidad cuando se quebranta una norma jurídica que regula las relaciones entre dos sujetos, y que trae como consecuencia la obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero". (1)

Josserand, combate ardorosamente este criterio, por considerarlo demasiado restringido. Para él, existe "responsabilidad", no sólo en el caso en que la víctima del daño pueda volverse contra alguien, sino incluso en aquel en que el autor del daño es a la vez sujeto activo y pasivo del hecho dañoso.

La tesis del eminente autor, no puede admitirse, por ser demasiado amplia. Toda definición de responsabilidad civil, debe enfrentar a dos personas, envuelve siempre el sentido de daño patrimonial inferido a otro. No podría, pues, hablarse de responsabilidad donde no hay choque de esferas patrimoniales distintas, puesto que la responsabilidad es una noción de contenido jurídico-social, que exige dos extremos formados por individuos, sobre

(1) MONTOYA, Gómez Mario, ob. cit., pág. 13

los cuales causa efecto cuando uno o varios de ellos lesiona el patrimonio de los otros.

Digamos, por consiguiente, que una persona es responsable civilmente, cuando en razón de haber causado un daño a otra, se halla obligada a repararlo.

En el estudio actual del derecho, no todo daño causado a otro hace responsable a su autor. En ciertos casos se exige que el autor del daño haya obrado culposamente y en consecuencia, los daños causados sin culpa no son objeto de reparación; en otros casos, que día a día tienden a aumentar, se obliga a reparar el daño sin necesidad de culpa. La primera clase de casos exige la intervención de un elemento de orden sicológico (dolo o culpa) y dá origen a la denominada responsabilidad subjetiva. Los daños causados sin culpa, que originan una obligación de reparación, dan lugar a la responsabilidad objetiva, llamada también responsabilidad por riesgos.

4.1.- Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal.

El estudio de los derechos primitivos revela, una confusión en la noción de venganza privada individual o familiar. Más tarde se introduce la práctica de la composición pecuniaria, según la cual, el autor del hecho dañoso rescata el derecho de venganza y evita su ejercicio, pagando una suma de dinero. Tal composición es al principio voluntaria; más tarde la impone la autoridad pública y se hace forzosa.

En este estado de evolución la confusión entre responsabilidad civil y responsabilidad penal es completa: la acción nacida del delito no pertenece al Estado sino a la víctima; en la compo

sición pecuniaria se confunden reparación y represión.

La distinción aparece en el punto en que el Estado, considerando que ciertos hechos contienen un ataque particularmente grave a la organización social, los castiga con penas corporales, o con penas pecuniarias en su beneficio.

El Derecho romano representa a este respecto una legislación de transición; conoce en efecto dos categorías de delitos: los delitos públicos, reprimidos por el Estado y en interés suyo, y los delitos privados, sancionados por una pena pecuniaria en provecho de los particulares. El objeto de la acción que persigue la sanción de los delitos privados, no se mide por el perjuicio; es una pena privada, fijada o calculada como un múltiplo de la cosa, y que se limita a la indemnización del daño sufrido.

Con la evolución del derecho, la distinción entre reparación y pena puede resumirse así: la represión penal organizada por el Estado, en interés social, tiene por finalidad la punición de los actos reprensibles mediante el pronunciamiento de una pena. La responsabilidad civil, organizada en interés de los particulares víctimas de un daño, tiene como finalidad la reparación de este perjuicio en provecho de la persona lesionada.

Examinando los respectivos campos de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, se han establecido las siguientes distinciones:

a.- En Derecho Civil, la culpa se aprecia en abstracto, es decir, no se tiene en cuenta al agente del daño, su edad, su estado sicológico o patológico. Para determinar si existe o no culpa, se supone un tipo ideal de conducta (hombre prudente y -

normal), en el mismo caso y de acuerdo a las mismas circunstancias externas (lugar, tiempo y modo). En Derecho Penal, la apreciación de la culpa es en concreto, es decir, se tiene en cuenta el módelo del propio culpable del caso concreto, teniendo en cuenta su forma ordinaria de actuar, refiriéndose en consecuencia, a la omisión de aquella diligencia que el obligado solía emplear respecto de sus propias cosas.

b.- El Derecho Penal se preocupa por investigar el estado de conciencia en que se desarrolló la conducta delictuosa, es decir, si el sujeto activo obró con intención de causar daño o por una simple culpa y de acuerdo al resultado obtenido, aplica la pena. En Derecho Civil la apreciación es distinta, pues el punto determinante es la reparación del daño. Se indemniza "el perjuicio, sólo el perjuicio y nada más que el perjuicio", sin tener en cuenta el dolo o la culpa.

c.- En el campo civil, el perjuicio privado es condición básica para la indemnización; un hecho ilícito que no ocasiona daño (tentativa, frustración), no obliga en Derecho Civil, en cambio, sí puede ser sancionado penalmente.

d.- Otro aspecto muy importante para diferenciar estas dos responsabilidades, consiste en que en la penal es necesario comprobar el dolo o la culpa del agente, pues éstos no se presumen; mientras que en el Derecho Civil, se han establecido una serie de presunciones a favor de la víctima, y en estos casos, es al agente del daño a quien corresponde probar su falta de culpa. Además, una persona puede resultar civilmente responsable sin que haya en su acto -

dolo o culpa (responsabilidad objetiva), ejemplo típico - sería el caso de las actividades peligrosas.

e.- Mientras el delito civil es una categoría abstracta y general, los delitos penales en el derecho moderno son tipos fijos y concretos, designados con denominaciones especiales y castigados con penas legalmente establecidas.

f.- El Código Penal no sanciona la responsabilidad indirecta, sino la directa. El Código Civil sanciona ambas clases de responsabilidad.

g.- Otra diferencia fundamental entre estas dos responsabilidades, se encuentra en el carácter personal de la responsabilidad penal y el carácter patrimonial de la responsabilidad civil. En efecto, es inconcebible que una persona jurídica, sea sujeto pasivo de una sanción penal, en cambio, sí es comprensible que en determinados casos las personas jurídicas sean obligadas al resarcimiento de perjuicios, esto es, a extremos exigibles de carácter patrimonial.

h.- La responsabilidad penal genera una sanción intransmisible que consiste en la supresión de un derecho personal (penas privativas de la libertad, interdictorias, etc.); la responsabilidad civil impone una indemnización pecuniaria.

La distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, que no es otra cosa, que la del Derecho Civil y la del Penal, hace que ciertos hechos sean delitos únicamente desde el punto de vista penal o desde el punto de vista civil, mientras que algunos otros llevan consigo, a la vez

la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

En efecto, la responsabilidad penal puede existir sin ir acompañada por la menor responsabilidad civil; porque todos los hechos reprimidos por la Ley penal como contrarios al buen orden social, no perjudican a una o varias personas determinadas; tales son por ejemplo, los actos delictivos que no producen su efecto (tentativa, fustración), la tenencia de armas prohibidas, etc.

A la inversa y con mucha más frecuencia, existirá la responsabilidad civil con independencia de toda responsabilidad penal. El número de actos que ocasionan perjuicio a otro sin estar prohibidos por un precepto preciso de la Ley penal es, ilimitado.

En fin, ciertos hechos pueden ser a la vez, delito penal y fuente de responsabilidad civil; por ejemplo, el robo, el abuso de confianza, etc., la pena pronunciada contra el sujeto activo del delito, no lo dispensa de reparar el perjuicio que le haya ocasionado a su víctima.

4.2.- Teorías acerca del fundamento de la Responsabilidad Civil.

El interés en restablecer el equilibrio económico jurídico alterado por el daño es la causa generadora de la responsabilidad civil. Su fundamento investigado en función de dicho interés ha sido objeto de un amplio e intenso estudio en el curso del presente siglo, disputándose el predominio en el campo del Derecho dos tesis fundamentales: la que funda toda responsabilidad en un factor sicológico (dolo o culpa) y que

da origen a la denominada responsabilidad subjetiva; y la que la funda en el simple hecho imputable a una persona sin examinar si ha sido culposo o no, es la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo.

4.2.1.- Teoría de la Responsabilidad Subjetiva.

La teoría de la culpa, resumida con cierta arrogancia por Von Ihering, en la fórmula: "sin culpa ninguna reparación", satisfizo por dilatados años a la conciencia jurídica, y aún hoy es tan influyente que inspira la extrema resistencia opuesta por autores insignes a quienes osan proclamar su insuficiencia frente a las necesidades creadas por la vida moderna, sin aludir al defecto de la concepción misma.

La teoría subjetiva de la responsabilidad, surgió como reacción frente al régimen imperante en los sistemas jurídicos primitivos, en los cuales, sólo se requería para decretar la reparación, que el daño fuera imputable a la actividad de una persona, sin entrar a examinar si había existido o no culpa en su autor.

Los tratadistas Henri y León Mazeaud, investigando cual había sido el lugar reservado a la culpa en el antiguo Derecho romano, niegan que la noción de culpa estuviese contenida en la Ley Aquília, y opinan que fue tan sólo a fines de la República, bajo la influencia de las ideas griegas, cuando surgió la noción de culpa aquiliana. En esta etapa de evolución del Derecho romano, no se llegó a establecer la culpa como fundamento de la responsabilidad, lo que de ningún modo excluye la convicción de que la evolución se operó en ese sentido. La concepción del Derecho justinianeo, era ya la de la culpa

subjetiva y constituye el origen común de las legislaciones actuales fundadas en la culpa.

Sobre la noción todavía insegura recogida del Derecho romano clásico, Domat y Pothier construyeron la teoría inspiradora del Código Civil francés y de todas las legislaciones modernas.

Con la redacción del Código Civil francés, se fija la tradición clásica en un principio general capaz de abarcar aplicaciones ilimitadas. "Toda persona que cause daño a otro, está obligado a repararlo". Además, para crear la responsabilidad del autor del daño, se estableció en este sistema la necesidad de la culpa; al hombre de proceder irreprochable jamás se le podría imponer la reparación del daño que hubiere causado.

Esa construcción es aún hoy, mantenida por eminentes autores franceses quienes sostienen que la base única y teóricamente la única admisible, de la responsabilidad civil es la culpa, y que ésta se establece con la menor infracción a los modelos abstractos de conducta. De manera que la culpa se torna una noción objetiva, que en nada se relaciona con la capacidad individual del agente.

La teoría subjetiva encontró un campo abonado para su perfeccionamiento en las doctrinas del individualismo jurídico. Cada hombre, se dijo, puede desemvolver su actividad con plena libertad, y sin preocuparse de las consecuencias o de los riesgos que ella pueda acarrear; la libertad de acción es la regla, la responsabilidad es la excepción.

Dentro del criterio de la responsabilidad fundada en la culpa, no era posible resolver un sinnúmero de casos que la civilización moderna creaba o agravaba; se hacía imprescindible, para la solución del problema de la responsabilidad extracontractual, apartarse del elemento moral, de la investigación sicológica, o de la posibilidad de previsión o de la diligencia, para colocar la posición bajo un ángulo hasta entonces no encarado debidamente, esto es, desde el punto de vista exclusivo de la reparación, y no interior, subjetivo. Los problemas de la responsabilidad son tan sólo los de la reparación de las pérdidas. Los daños y la repapación no deben ser apreciados por la medida de la culpabilidad, sino que deben emerger del hecho causante de la lesión de un bien jurídico, a fin de que se mantengan incólumes los intereses en juego, cuyo desequilibrio es manifiesto si nos quedamos dentro de los estrechos límites de una responsabilidad subjetiva.

Marton (citado por José de Aguilar Díaz), investigando la causa que había llevado al acogimiento del principio de la culpa subjetiva en todos los sistemas de derecho, llegó a la conclusión de que: "el fenómeno tiene una explicación histórica, contenida en el hecho de que la ciencia del derecho se inspira en el Derecho romano, donde la responsabilidad extracontractual nunca fue un problema. La imposición del resarcimiento siempre tuvo carácter penal: delito y reparación se identificaban de tal modo, que la acción aquiliana era la única vía judicial por la cual se podría establecer las obligaciones de uno y otro carácter. El gran error y la grave omisión de la teoría moderna del Derecho Civil consiste precisamente en que, aunque asistiendo a la obra de distinción entre el delito y la reparación, liberando a esa idea de las restricciones objetivas de la Ley Aquilia -obra realizada por las co

dificaciones europeas y, en primer lugar por el Código francés - pensaba poder mantener ese punto de vista ingenuo y anticuado, según el cual el fundamento de la reparación no se podría encontrar sino en el delito, y que, por lo tanto siempre que se confiriese una responsabilidad sin delito, convendría de - cualquier forma imaginarlo". (2)

El Código Civil colombiano de 1873, se elaboró bajo el - imperio de las ideas de la teoría tradicional de la culpa, de ahí el principio general que enuncia el Art. 2341 al estatuir que: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido - daño a otro, es obligado a la indemnización..."; y las reglas de los Arts. 2344 a 2353, 2357 a 2360, que hacen referencia - en forma continua a la responsabilidad fundada en la culpa.

4.2.2.- Teoría de la Responsabilidad Objetiva.

4.2.2.1.- Nacimiento de la Teoría del Riesgo.

La aparición de la teoría del riesgo, señala en la historia de la responsabilidad civil, una fecha memorable; porque, con ella, por primera vez se va a discutir un principio que - hasta entonces parecía intangible: la necesidad de una culpa para exigir la responsabilidad civil de aquel que por su actividad haya ocasionado un daño.

Esta doctrina sostiene que la obligación de reparar el - daño, tiene su fundamento en el daño efectivamente causado a

(2) DE AGUILAR, Díaz José, "Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo I, Ed: José A. Cajica Jr. S. A., México, Buenos Aires, 1960, pág. 54

otro y en su imputabilidad a determinada actividad humana, no en la existencia de una culpa.

Los precursores de la doctrina del riesgo fueron algunos partidarios de la escuela del derecho natural en el siglo XVIII, en particular Thomasius y Heinoccius, quienes enseñaron - que "el autor de un daño es responsable sin tener en cuenta - la culpa con que lo haya cometido".

Sin embargo, aunque se acepte la primacía de la escuela alemana en lo que respecta a la teoría objetiva, lo cierto es que fueron los franceses los divulgadores de dicha teoría. Saleilles y Josserand, figuras de las más expresivas de la ciencia jurídica, fueron los mejores expositores de la teoría del riesgo, nombre con que se sentó en la doctrina francesa el orden de ideas afines a las definidas por los autores alemanes.

No se puede negar la inspiración del positivismo penal - en algunos partidarios de la teoría del riesgo, pero es preciso establecer que esta influencia no fue tan grande como ha - parecido a los defensores de la teoría de la culpa, empeñados en atribuir a la corriente objetivista una tendencia materialista, que repugna de inmediato el espíritu jurídico. De que no es decisiva y esencial aquella influencia, tenemos prueba en el hecho de que las principales innovaciones introducidas por la teoría del riesgo en materia de responsabilidad, se - procura justificar precisamente, en base a la equidad, al sentimiento de solidaridad social, a la reacción a la desigualdad de fortuna.

Como bien lo anota el tratadista Valencia Zea, en un principio, el fin de la responsabilidad objetiva, fue el de reem-

plazar todo el edificio de la responsabilidad subjetiva. De - ahí el carácter general de uno de sus enunciados: "La responsabilidad civil debe constituir un capítulo separado de la - responsabilidad moral y de la responsabilidad penal, que se - funda en el concepto de pecado y de pena. El problema de la - responsabilidad civil, no es un problema de conciencia sino - un problema de orden económico; no se trata de castigar, sino de reparar, de indemnizar el daño causado".

Todo conducía a los autores a intentar la ruptura con la regla tradicional: la evolución profunda del medio social, - las transformaciones de las condiciones de vida creadas por - el empleo de máquinas peligrosas, por la concentración de - grandes capitales y, en fin, por la industrialización de los diferentes pueblos en el curso de este siglo, revelaron a los juristas los estrechos alcances de la responsabilidad fundada únicamente en el concepto de culpa.

Estas nuevas condiciones materiales, aumenta considera - blemente los daños de que son víctimas en especial los obre - ros, y dificulta la tarea de acreditar en cada momento una - culpa en el autor del daño, encontrándose la víctima en imposibilidad casi absoluta de obtener reparación, por deberse generalmente el accidente al funcionamiento mismo de la máquina, fuera de toda culpa cometida por el sujeto activo (por quien obró).

Ante esta nueva situación, se hacían necesarias nuevas - soluciones jurídicas y un más exacto planteamiento del problema de la responsabilidad civil. Los partidarios de la teoría de la culpa, al ocurrir un daño se preguntaban por el "culpable", más el problema que debe resolverse es otro, frente a -

un daño debe indagarse quien debe soportarlo en definitiva, - el autor o la víctima? En opinión de Saleilles, "si se sostie ne que la víctima ha de sufrir el daño cuando la conducta de su autor nada tiene de reprochable, se comete una injusticia, pues se hace caer el riesgo sobre un sujeto pasivo. En defini tiva, el daño lo debe soportar el sujeto activo, es decir el que obró, y no el sujeto pasivo". (3)

4.2.2.2.- Doctrina de Saleilles y Josserand.

Raymond Saleilles y Louis Josserand, han sido considera- dos como los mejores expositores de la teoría del riesgo; sus conceptos acerca del fundamento de la responsabilidad civil - fueron tan innovadores, que Ripert los ha tildado de los "sín dicos de la quiebra de la culpa"; de ahí, la importancia de - analizar con más detenimiento los principios establecidos por estos eminentes autores.

La doctrina de Saleilles es más radical que el sistema - propuesto por Josserand pues mientras éste se limita a apli - car la teoría objetiva al hecho de las cosas inanimadas, - aquél proclama sin rodeos, la necesidad de sustituir la culpa por la causalidad. Al interpretar el Art. 1382 del Código Ci- vil francés, el cual establece que: "Todo hecho del hombre - que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por cul- pa delccual ha sucedido", dice Saleilles que en su entender - la palabra "faute" no se refiere allí sino al propio hecho - causante del daño, sin indagar el elemento sicológico en el - agente.

(3) Citado por Valencia, Zea Arturo, ob. cit., pág. 181

Califica de falsa y hasta humillante la idea de culpa, y considera que es más equitativo y más conforme a la dignidad humana que cada cual asuma los riesgos de su actividad voluntaria y libre. Esta es la idea central de su libro "Les accidents de travails et la responsabilité civile", donde generaliza el sistema ya propugnado para los accidentes de trabajo.

He aquí una síntesis del pensamiento de Saleilles: "La Ley deja a cada uno la libertad de sus actos; no prohibe sino aquellos que se conocen como causa directa del daño. No podría prohibir aquellos que sólo llevan en sí la virtualidad de actos dañosos, siempre que se puede creer fundadamente, que tales peligros puedan ser evitados, a base de prudencia y habilidad. Pero, si la Ley los permite, impone a quienes toman el riesgo a su cargo la obligación de pagar los gastos respectivos, sean o no resultados de culpa. Entre ellos y las víctimas no hay equiparación. Ocurrido el daño, es preciso que alguien los soporte. No hay culpa positiva de ninguno de ellos. Cuál sería entonces, el criterio de imputación del riesgo? La práctica exige que aquel que obtiene provecho de la iniciativa soporte sus cargas, por lo menos en razón de ser él su causa material, puesto que esa iniciativa constituye un hecho que, en sí y por sí, encierra peligros potenciales, contra los cuales los terceros no disponen de defensa eficaz; se trata de hacer un balanceo. La justicia quiere que se haga inclinar el platillo de la responsabilidad hacia el lado del iniciador del riesgo". (4)

Por su parte, Josserand al referirse a la teoría tradi -

(4) Citado por De Aguilar, Díaz José, ob. cit., pág. 79

cional, sostiene que, dicha doctrina basada en la vieja idea de la culpa, al hacer soportar a la víctima de un daño una carga probatoria extremadamente pesada, está rechazando el derecho a cualquier indemnización. Un derecho sólo es efectivo, afirma, cuando su práctica está asegurada, y continúa: "no tener derecho y tenerlo sin poder ejercerlo son una sola cosa. La teoría tradicional de la responsabilidad reposa manifiestamente en bases muy estrechas y cada vez se muestra más insuficiente". (5)

Josserand analiza así los diversos procedimientos técnicos que se ensayaron sucesivamente en el sentido de asegurar la practicabilidad de la responsabilidad civil:

a.- Facilidad en la admisión de la culpa.- Este procedimiento estaba en la tradición de la Ley Aquilia, donde bastaba la culpa levísima para generar responsabilidad. La jurisprudencia francesa y la belga no sólo lo mantuvieron, sino que hasta lo desenvolvieron, como atestiguan las teorías del abuso del derecho y de la culpa negativas.

La teoría del abuso del derecho era ya antigua, pero fue restablecida por la jurisprudencia, que le imprimió impulso nuevo y más importante. Consiste esencialmente, en el principio de que el ejercicio de un derecho no es, de ningún modo, incompatible con la noción de culpa. Los derechos no son concedidos para que hagamos uso de ellos discresionalmente, para perjudicar a otro. Cuando tal acontece, están siendo desviados de su fin, y eso es abuso de

(5) Citado por De Aguilar, Díaz José, ob. cit. pág. 82

derecho: "Los derechos no nos son concedidos con la garantía de los gobiernos, sino sin garantía alguna; y a nosotros nos compete usarlos de manera justa, social, legítima; son armas cuyo manejo es delicado; debemos seguir la regla del juego; de lo contrario, incurriremos en culpa y seremos responsables por los daños que podamos causar".

De carácter nítidamente diverso es la teoría de la culpa negativa, que viene a ser la abstención o inercia contraria a un deber preestablecido. Aplícase extensivamente y su espíritu exige del propietario de la cosa susceptible de causar daño, la adopción de todos los perfeccionamientos sugeridos por la ciencia, de manera de restringir, siempre, las posibilidades de esos daños. Si no atiende a esa obligación, si no se pone al día, su responsabilidad emerge de la omisión. Es el régimen de la multiplicación de faltas. Los tribunales no queriendo retardarse en relación a la ciencia, tórnanse complacientes en el reconocimiento de la culpa. Ese régimen eminentemente favorable a la víctima, no sería posible frente al criterio tradicional.

b.- Eliminación de la responsabilidad delictual, por mayor extensión de la responsabilidad contractual favoreciendo la situación de la víctima en relación a la prueba.- Josserand, al estudiar este proceso de la reacción de la jurisprudencia contra el sistema tradicional, dice que ese sistema saca partido de la privilegiada situación del acreedor que exige el cumplimiento de una obligación, a quien no le corresponde probar la culpa del deudor, sino solamente la invocación del contrato. Así, en materia de transportes: el transportador es considerado como habien-

do asumido la obligación de conducir al pasajero con seguridad. Si no lo hace, está ipso facto, violando el contrato. No sólo en los transportes se recurre a esta técnica. A los empresarios de espectáculos públicos y de campos de deporte, a los hoteleros se les aplica la exigencia de garantía absoluta a los espectadores o huéspedes.

Afirmando el progreso de la responsabilidad civil, concluye Josserand, tal vez con alguna inquietud, que: "es lícito preguntarse si, algún día los Tribunales no declararán al médico responsable "contractualmente" por los daños - causados a sus clientes, por un tratamiento contraindicado, por una intervención intempestiva o desdichada...".

c.- Establecimiento o reconocimiento de presunciones de culpa. En el sistema de las presunciones legales, la jurisprudencia alivia a la víctima de la onerosa carga de la prueba y a veces, hasta la suprime. A la dura exigencia de la culpa probada y efectiva, sustitúyese la culpa presumida.

Las presunciones del hombre, acuden para establecer la - responsabilidad del demandado sin mayor esfuerzo para la víctima: hay hechos que llevan en sí mismos la prueba de su origen, que son como auténticos; por su propia naturaleza excluyen la culpa, intervención o negligencia de la víctima. Por ejemplo: los descarrilamientos de trenes. El viajero, víctima de una catástrofe de este género, no ha desempeñado sino un papel pasivo; sería irrisorio exigir de él o de sus herederos, pruebas de la culpa del demandado; el hecho dañoso es hecho culposo; el transportador es presumido en culpa, siéndole puesto a salvo probar el caso de fuerza mayor. A él corresponde la carga de la prueba.

Ante eso, indaga Josserand, si no conviene ir más lejos, abandonando esa noción de culpa, para admitir que somos responsables, no solamente por los actos culposos, sino por nuestros actos, pura y simplemente, desde que hayan causado un daño injusto. Por esta concepción nueva, se prescinde de la idea de culpa: aquel que crea el riesgo responde, si este llega a verificarse, por las consecuencias judiciales a terceros. No comete falta quien, con licencia de la administración monta un establecimiento incómodo, insaluble, ruidoso o pestilente, pero está obligado a indemnizar a los vecinos perjudicados por su funcionamiento.

Josserand, encuentra aceptada la teoría del riesgo en numerosas consagraciones parciales de orden legislativo. Al analizar la Ley de accidentes de trabajo; la que establece la indemnización a terceros perjudicados por la explosión, deflagración, emanación de sustancias explósivas, corrosivas, tóxicas, en los establecimientos del Estado o privados que trabajen para la defensa nacional, en tiempo de paz; la que trata de los daños resultantes de los delitos practicados por fuerzas armadas, por violencia; la de la responsabilidad de las empresas de navegación aérea, afirma que todas estas leyes realizan una verdadera revolución; se apartan de la idea de culpa y en su lugar imponen el principio de riesgo: "La fuerza de la iniciativa, la acción considerándose en sí mismas generadoras de responsabilidad".

4.2.2.3.- Críticas a la Teoría del Riesgo.

El libro monumental de los hermanos Mazeaud y André Tunc, condensa, sin exageración, todos los argumentos adversos a la teoría objetiva.

Comienzan estos autores por declarar que son insuficientes todos los criterios propuestos en sustitución de la culpa, añadiendo que, cuando se descubriese uno, debería ser inmediatamente rechazado. Basan esta aserción en que todos los partidarios del riesgo comienzan por negar la necesidad de la culpa. (La aserción es infundada. Lo que siempre se ha sostenido, en el campo objetivo, ha dido la insuficiencia y no la falta de necesidad de la culpa). Unos se limitan a eso, otros tratan de ofrecer un sustitutivo al sistema; ambos grupos están en error, porque es falso su punto de partida: "La culpa es condición necesaria de la responsabilidad civil".

Para demostrar que no hay un argumento convincente entre los utilizados para justificar el abandono de la teoría tradicional, analizan una a una, las tendencias responsables por la doctrina del riesgo, en su aspecto negativo. En primer lugar, califican de fundamentalmente inexacta la concepción materialista del derecho. Este no puede eliminar a la persona, con su alma y su voluntad, Su objetivo no es regular las relaciones patrimoniales, sino, bien por el contrario, únicamente las relaciones entre las personas. El es el más puro resultado del espíritu humano, y no puede renegar de su creador, para atender tan sólo a la relación material. Cuando se ocupa de las cosas materiales, no lo hace porque ellas constituyen su finalidad, sino en función de las personas: "una cosa no existe para el jurista si no constituye un objeto de derecho cuyo sujeto es siempre una persona". Prosiguiendo en este orden de ideas, de ellas deriva esta pregunta: Cómo negar la culpa so pretexto de que el patrimonio no puede incurrir en error de conducta? La prueba de la falsedad de la concepción objetiva, ellos la ven en una actitud que califican de contradictoria, porque reconoce la resarcibilidad del daño moral,

lo que, lejos de apoyar el punto de vista materialista, viene a demostrar que el problema excede la órbita del campo patrimonial y penetra en el dominio de la persona, de su pensamiento, de sus sentimientos, de sus afecciones. Con una cita de Hauriou y Ricol, insisten en el análisis materialista de la doctrina del riesgo, que es contrapuesta a la teoría tradicional, como sombría amenaza de una era de conservatismo y de retorno a las ideas clásicas, o como fruto de las fuerzas oscuras del materialismo.

Inmediatamente ligada a este punto está la cuestión del interés social. Los Mazeaud, reconocen que no es posible considerar al individuo como un "ser abstracto y aislado", concuerdan en encararlo como "elemento de una colectividad"; pero también afirman en forma contradictoria, que el daño sufrido por el particular no acarrea peligro a la sociedad. Consideran que no sólo es digno de tenerse en cuenta el interés social, relegando al desprecio el interés individual; censuran a quienes pretenden sacrificar el individuo a la sociedad, recordándoles que ésta "se compone de seres vivos y activos" y, así, "la primera condición de su existencia es indiscutiblemente garantizar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para el desenvolvimiento de su actividad personal". Recuerdan, que el grupo sólo subsiste y se desenvuelve, goza de plena actividad y obra sobre el mundo exterior, en la plenitud de sus facultades. Para los Mazeaud, el individuo sigue siendo el centro del derecho y en el problema de la responsabilidad, no puede dejarse de colocarlo en primer plano. Si no se hiciere así, lo que se pone en peligro es precisamente la sociedad, en nombre de la cual se preconiza la adopción de la doctrina del riesgo: se condenaría al hombre a la inercia, toda iniciativa sería paralizada. Arremenden contra la opinión

de Saleilles, para quien "la certeza de ser responsable vale más que la incertidumbre creada por la teoría de la culpa". - Reafirman el peligro económico de la teoría del riesgo, frente a la afirmación de Demogue de que la responsabilidad recae sobre aquel que saca provecho de su actividad, como contrapartida de los riesgos que engendra, imputándole el olvido de - que el productor no puede alterar arbitraria y libremente la ganancia de su empresa, de donde resulta que si sus cargas se acumulan, acabará por abandonar la obra que pretendía realizar.

Para los Mazeaud, no se puede argumentar que los recelos contra la teoría del riesgo hayan sido disipados por la aplicación de la Ley de accidentes de trabajo, porque esta no adoptó enteramente la teoría del riesgo, puesto que según ellos, "si la víctima recibe el abono de daños y perjuicios sin tener que probar la culpa del patrono, no obtiene una reparación integral: en principio no se indemniza más que en la mitad del perjuicio sufrido". (6)

En cuanto a la moral y a la equidad, sostienen que están mejor reconocidas en la doctrina tradicional. "Si es justo - que el culpable de un daño sea obligado a repararlo, la equidad parece exigir que solamente él sea responsable". En su opinión, constituye injusticia social, en presencia a un hecho de la casualidad, que debe ser soportado por la víctima, imputarle las consecuencias al autor, cuando es tan irresponsable como aquél y como él digno del interés del jurista. En este - particular, sin embargo, admiten que la teoría del riesgo-pro

(6) MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, ob. cit., pág. 92

vecho, aventaja a la tesis puramente negativa, Pero aún aquí, lo más que conceden es que, comparada con la teoría de la culpa, la situación es de equivalencia, esto es, no se registra ventaja ni para uno ni para otro lado: "la equidad exige que aquel que obtiene los provechos soporte los riesgos, pero también exige que a aquel cuya conducta es irreprochable no se le inquiete". En este orden de ideas, admiten que, desde el punto de vista de la equidad, la teoría del riesgo tenga posibilidades en el dominio del Derecho Público. No hay nada de inmoral aún en ausencia de culpa, el obligar a la reparación a la colectividad pública causante del daño por acto de sus agentes. Aquí ya no se trata de empobrecer a un particular, sino de un problema de repartición de cargas públicas.

Los notables autores, dicen estar de acuerdo con Planiol cuando afirma: "Esta nueva doctrina, lejos de ser un progreso, constituye un atraso que nos lleva a tiempos bárbaros, anteriores a la Ley Aquilia, en que sólo se atendía a la materialidad de los hechos". (7)

Finalmente, los Mazeaud afirman que si bien es cierto que las grandes iniciativas se han desenvuelto, multiplicándose los accidentes, y que cada vez se hace más necesario atender a las víctimas, "no por ello se debe subvertir nociones que, como la de la culpa resultan de evolución secular. Basta encontrar el medio de saber servirse de ellas: inteligentemente tomado el concepto de culpa satisface plenamente. La jurisprudencia francesa lo ha demostrado, consiguiendo atender a todas las necesidades prácticas, sin negar nunca la necesidad de la culpa".

(7) Citado por Montoya, Gómez Mario, ob. cit., pág. 52

Los citados tratadistas, tienen todavía una censura que imputarle a la teoría del riesgo:la de no tener una situación verdadera en el terreno jurídico. El Derecho no se contenta - con mal definidas nociones de saber filosófico o económico. - Quiere principios ciertos y definidos. Los jueces han de sa - ber a qué los conduce la aplicación de las normas que les son propuestas. Pueden,más o menos incoherentemente, atender a la doctrina del riesgo-provecho; sin duda, obedecerán a las re - glas de la equidad, y así alcanzarán, en tanto cuanto es posi ble, a aquél que se beneficie con la actividad que es propi - cia a la producción del daño. "Jamás, sin embargo, se servi - rán de semejante noción para fundar decisiones, jamás procla- marán que puede ser responsabilizado aquél que obra sin culpa".

4.2.2.4.- Defensa a la Teoría del Riesgo.

Los partidarios de la doctrina del riesgo se defienden - valientemente, refutando una a una las críticas formuladas - por sus adversarios. El eminente profesor Alvino Lima (citado por José de Aguilar Díaz), reune y expone ordenadamente los - argumentos objetivistas, mostrando, en resumen:

a.- Que es falsa la acusación de materialismo infligida a la doctrina del riesgo. Es verdad que considera el hecho en sí mismo y de él hace derivar la responsabilidad. Pero se asienta en los más puros principios de justicia y de equi dad. Atiende a los mandamientos democráticos fundamenta - les: la igualdad (que la teoría tradicional consigue sal- vaguardar, en la brutalidad de la vida moderna, delante - de la cual el concepto de culpa se ha tornado irrisorio), porque el riesgo destroce la superioridad de condiciones de las empresas poderosas, doctrina de fraternidad es ella

porque resulta del perfeccionamiento de las conciencias - en movimiento de la solidaridad humana; no niega por tanto, la libertad humana, porque es su propia proclamación, la garantía de su estabilidad.

b.- Que es contradictoria, a más de improcedente, la afirmación de que la doctrina del riesgo conduciría a la inercia y paralizaría la iniciativa humana. Contradictoria, - porque la doctrina de la culpa, al considerar los casos - en que establece presunciones juris et de jure, consagra pura y simplemente el propio riesgo, toda vez que no admite la prueba de ausencia de culpa. Y la improcedencia de la objeción es evidente. La doctrina del riesgo ha sido - ampliamente aplicada y no hay señal de que haya afectado el desenvolvimiento económico. Las grandes empresas, considerando los riesgos una condición de la actividad, ya - los hace figurar en su propio pasivo.

c.- Que las alegaciones de que la doctrina del riesgo es un - retroceso a las concepciones primitivas de la responsabilidad, no puede, por sí sola impresionar. Si se relaciona a nociones que fueron un día abandonadas, lo hace sobre - un plano más perfecto. No hay asimilación posible entre - la concepción bárbara de la venganza privada y la doctrina del riesgo. Aquélla no tiene ningún principio moral que la justificara. Esta está esencialmente fundada en la moral y la equidad, atendiendo al imperioso clamor a favor de las víctimas de los accidentes, multiplicados por la - vida moderna.

d.- Que la ausencia de provecho no influye en la concepción - objetivista y es superficial la objeción a este propósito

levantada. En la doctrina del riesgo no se alude al provecho in concreto, sino como finalidad de la actividad creadora del riesgo; éste es el más probable, no el realizado.

e.- Que, si se admitiera que la teoría del riesgo no ofrece un principio definido, igual defecto se puede atribuir a la doctrina de la culpa. Es confesión común de todos sus propios partidarios, que la noción de culpa es imprecisa, vaga e incierta. Lo que se debe recordar, sin embargo, a este respecto, es que no hay principio jurídico, por más lógico en sus conclusiones, por más preciso en su concepto, que pueda abarcar todos los casos que pretende regular.

4.2.3.- Conclusión de las Doctrinas expuestas.

A pesar del arraigo que la doctrina de la culpa ostenta en el derecho de las obligaciones, no cabe duda que hoy se ofrece como insuficiente para resolver un sinnúmero de casos que la civilización moderna ha creado. El sistema de la culpa dice Hernando Gil, "no puede satisfacer por si solo las exigencias sociales de la justicia distributiva, la responsabilidad civil en general no puede quedar ligada por modo exclusivo a los postulados de la libertad y la responsabilidad moral rigurosamente individual y subjetiva. El accioma tradicional de que no es factible una responsabilidad sin la comprobación previa de una actuación culposa en el agente, ha de someterse a revisión, al menos en ciertos sectores de la actividad humana, el tráfico jurídico precisa la incorporación de un cierto sentido de objetividad" (8)

(8) Citado por Gil, Hernando, "Revista de Derecho", Madrid, - 1968, pág. 362

Antiguamente, la principal fuente de daños se encontraba en el hecho propio, en el hecho ajeno de personas que se hallaban bajo el cuidado de otras y en el de ciertas cosas, como el de animales y ruina de edificios. Pero la época actual, con el incremento cada día mayor de la gran industria, de los medios de locomoción y el aumento de otros tantos elementos accionados por la fuerza eléctrica, de vapor y solar, creó una nueva y fecunda fuente de daños: los causados en actividades peligrosas.

Debido a este impetuoso desarrollo técnico de nuestra época, lo relacionado con "la responsabilidad", que tiene gran relievancia práctica, se encuentra en rápido movimiento en el mundo. Todos los oredenamientos de la responsabilidad en los grandes sistemas jurídicos se basaron mucho tiempo en el principio de culpa, esto significa: la persona dañada sólo puede transferir su daño al causante, cuando puede culparle a él de un comportamiento reprochable y descuidado. La raiz histórica y social de este principio se asienta en el individualismo y liberalismo del siglo XIX que proclamaba que el individuo, libre y responsable de sí mismo, sólo debe responsabilizarse de daños, cuando ha violado las prescripciones generales del cuidado. En Inglaterra y en los Estados Unidos se temió además, que por la responsabilidad más extensa, se podría dificultar el desarrollo próspero de la industria y por ello retardar el progreso general. Se toleró mucho tiempo sin ninguna crítica, que el trabajador y su familia tuvieran que sufrir las consecuencias económicas de graves accidentes en las empresas, siempre que el patrón no fuese el culpable.

El cambio de las sociedades industriales y las transformaciones de conciencia correspondientes, tuvieron en los gran

des países industriales la consecuencia que el principio de - culpa fue limitado, minado -y más tarde- en parte francamente rechazado, mediante diversas prácticas. En muchas partes, los Tribunales encontraron medios para moderar el principio de - culpa en casos particulares. Hay que nombrar sobre todo:

a.- La objetivación de las normas de cuidado que se aplican.
b.- La exigencia de un cuidado mayor cuando más grande sea el peligro que se quiere atacar.
c.- Las presunciones de culpa.

Pero la tendencia total en el mundo sobrepasa estas prácticas que operan en el marco de la legalidad, y propende abandonar el principio de culpa en ciertos peligros objetivos, y a establecer responsabilidades estrictas para empresas peligrosas como ferrocarriles, aviones, fuerza atómica, daños hidrográficos, etc. Así, el dueño de la explotación o industria debe responder de los daños que tengan su causa en la mencionada industria o explotación, de suerte que sólo puede exonerarse de responsabilidad acreditando que el daño no tuvo su - causa en la explotación, sino en un hecho extraño: fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima; no se le permite exonerarse de responsabilidad acreditando la simple falta de culpa.

Sin embargo, el principio de la culpa no puede perder su originario entronizamiento prevalente en la doctrina de las - fuentes de la responsabilidad; la responsabilidad objetiva no comparte con ella en términos de igualdad, el dominio del derecho, sino que sólo se puede decir que se ha limitado a desplazarla en determinados sectores.

Es así como, en el Derecho colombiano, la doctrina de la culpa prevalece en la causación de los daños que tienen su fuente en el hecho propio y en el ajeno de las personas que se hallan bajo el cuidado de otras.

Hecho personal o propio, es el realizado directamente por la energía humana. En relación con estos hechos, no podemos consebir una conducta humana totalmente desprendida de un querer, y ese querer se traduce en la intención de causar el daño o en la simple negligencia, es decir, en un desfallecimiento de la voluntad. Para que los daños ocasionados por un hecho personal o propio den lugar a que exista responsabilidad, se necesita sin excepción alguna del elemento culpa. En estos casos, se excluye la presunción de culpa, por cuanto al perjudicado le compete la obligación de suministrar la prueba del hecho ilícito, o sea de la culpa del sujetonactivo del daño, asi como de la existencia y medida del perjuicio sufrido, vale decir, la que se refiere a la acción, al evento de daño y al nexo de causalidad entre éste y aquélla.

La responsabilidad por el hecho ajeno, es también subjetiva, pero en ésta la culpa se presume. Entonces, como toda presunción pasa a su contrario la carga de la prueba, la víctima no está obligada a probar la culpa con que obró el agente, únicamente debe demostrar que el daño es imputable a determinado acto y que determinada persona está a cargo de otra. En este caso, se responsabiliza al padre, al tutor, al patrón, de los daños causados por sus hijos, pupilos y trabajadores, por estimarse que han sido negligentes en el cuidado y vigilancia de los menores y sirvientes sometidos a su potestad.

En cuanto a los daños causados por los animales, debemos

recordar que el Código Civil distingue entre daños causados por animales domésticos de que una persona se sirve, y daños causados por animales fieros de los cuales el hombre no reporta ninguna utilidad. En el primer caso, la responsabilidad se funda en la culpa presunta y en el segundo, tiene como fundamento el riesgo creado. El poseer animales fieros, está creando graves riesgos para la sociedad y por esta razón, el Art. 2354 del C. C. en términos enérgicos establece: "el daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído". El Art. indica claramente, que si no se oye a quien pruebe no ser culpable del daño, la responsabilidad por los daños ocasionados por animales fieros, es una responsabilidad objetiva.

Los daños causados por la ruina de un edificio, se reparan con base en la teoría del riesgo, es decir, en el hecho de no edificar correctamente las construcciones o no repararlas a su debido tiempo (Art. 2350 del C. C.). El dueño no puede exonerarse de responsabilidad demostrando la ausencia de culpa; tan sólo se le permite, lo mismo que en cualquier caso de responsabilidad objetiva, probar que el daño no es imputable a la ruina del edificio, sino a un caso de fuerza mayor.

En el caso de daños causados por cosas que caen o se arrojan de la parte superior de un edificio (Art. 2353 del C. C.), también se prescinde del elemento culpa y se sanciona una imputabilidad para todas las personas que habitan la misma parte del edificio. No debe perderse de vista que una cosa es probar la ausencia de culpa y otra diferente probar que el daño no es imputable a determinado hecho. Cuando el hecho no es

imputable, no se está destruyendo la culpa sino la imputabilidad a un hecho así como el nexo de causalidad entre ese hecho y un determinado daño.

Finalmente, la doctrina moderna ha hecho una importante distinción entre daños debidos a explotaciones peligrosas cuyo fin es el lucro y daños cuya fuente es un acto humano aisladamente considerado. El daño causado por un acto humano aislado, es decir, independiente de una explotación o empresa, es hecho propio y se rige por la responsabilidad subjetiva, y los daños debidos a explotaciones peligrosas y causados con ocasión de éllas, se rigen hoy, en la mayoría de los países, por la doctrina del riesgo creado.

Los daños causados con ocasión de la violación de las obligaciones de vecindad, se fundamentan en la responsabilidad objetiva. La doctrina del riesgo creado, como idea inspiradora de la teoría objetiva, encuentra aquí una de las aplicaciones más nítidas y concluyentes. El hecho concreto de la existencia de una explotación inmoviliaria que causa perjuicios, es la única condición de existencia de la responsabilidad entre vecinos. El beneficio y los daños que produce una nueva explotación van siempre unidos y pertenecen al propietario; no se les puede disgregar para imputar los primeros al dueño de la explotación y los segundos a los vecinos.

De lo expuesto, es fácil deducir, que la responsabilidad civil actualmente no se fundamenta exclusivamente ni en la culpa, ni en el riesgo, sino en ambas doctrinas. Así lo revelan las más modernas orientaciones del derecho comparado.

4.3.- Elementos de la Responsabilidad Civil.

Para que surja la responsabilidad civil se requieren tres elementos:

a.- El daño o perjuicio.
b.- El hecho generador de la responsabilidad.
c.- La relación causal.

4.3.1.- El Daño o Perjuicio.

Dentro del edificio de la responsabilidad civil extracontractual, el daño es uno de sus elementos esenciales. No hay responsabilidad civil sin daño; si llegare a faltar este elemento, la responsabilidad civil extracontractual quedaría sin fundamento.

La palabra "danno" proviene de "demere", que quiere decir, menguar, disminuir. Es pues, la expresión que señala el detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio que en cualquier forma se provoca.

Jurídicamente, existe daño o perjuicio, cuando se destruye o menoscava alguno de los derechos subjetivos de las personas. Sin duda, la noción de daño ha estado vinculada con la de empobrecimiento, pero es preciso no reducir el empobrecimiento a la disminución de los derechos patrimoniales, ya que también se empobrece quien sufre una merma o disminución de cualquiera de los derechos extrapatrimoniales.

Para que el daño sea objeto de indemnización, se requiere:

a.- Que el perjuicio sea directo.- El perjuicio directo, es una consecuencia inmediata del hecho ilícito; hay relación "necesaria" de causalidad. Equivale a decir, que, suprimiendo el hecho ilícito no habría daño.

b.- Que el perjuicio sea actual.- Es decir, que debe existir en el momento de ejercitar la acción. Se opone al perjuicio futuro. Por regla general este último no se indemniza y sólo por excepción es indemnizable, cuando es una continuación cierta y evidente del perjuicio actual.

c.- Que el perjuicio sea cierto.- Es decir, que sea evidente, real. Este se opone al perjuicio eventual, hipotético o incierto.

Los daños son de distinta calidad, según la clase de derecho subjetivo que se lesione. Una persona es titular de derechos patrimoniales y de derechos extrapatrimoniales. Los primeros se encuentran en el comercio y son avaluables en dinero; los segundos no se encuentran en el comercio, y si bien es verdad que no son avaluables en dinero, no es menos cierto que están protegidos contra los daños de los demás.

La indemnización de los daños causados a un derecho extrapatrimonial ha presentado en todo tiempo ciertos inconvenientes de orden lógico, debido a que se entiende que cualquier reparación ha de traducirse en una suma de dinero, y como un derecho extrapatrimonial no es valorable en dinero, presenta una seria dificultad examinar la manera de repararlo. Cambiaremos este punto de vista para decir que la indemnización persigue ante todo hacer desaparecer las consecuencias del daño, es decir, restablecer en lo posible el estado ante

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TECNICOS

rior; y para restablecer este estado anterior no es siempre esencial una suma de dinero. Por lo tanto, aunque un derecho extrapatrimonial en sí no sea equivalente a una suma de dinero, no obstante es posible que el restablecimiento del estado anterior puede hacerse con dinero. Esta explicación nos permitirá sentar reglas para la reparación de toda clase de daños.

4.3.1.1.- Daño Material.

El Doctor Fernando Hinestrosa, define el daño material como "el detrimento económico sufrido, la disminución presente o futura del patrimonio, sea por sustracción o menoscabo de los actuales elementos, sea por la disminución de las posibilidades ciertas de producción futura". (9)

El daño material se divide a su vez en daño emergente y lucro cesante, consagrados en el Art. 1614 del C. C., el cual dice: "Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente o retardado su cumplimiento".

Los derechos patrimoniales susceptibles de ser afectados por el daño, se dividen en cuatro clases, a saber:

a.- Derechos reales.

(9) Citado por Montoya, Gómez Mario, ob, cit., pág. 175

b.- Los créditos o derechos personales.
c.- Los derechos inmateriales.
d.- El derecho de los herederos.

El monto del perjuicio producido en el patrimonio económico, se debe calcular con la intervención de peritos, pero el juez puede apartarse del concepto de éstos y hacer la determinación valiéndose de otros elementos de juicio. Sin embargo, en tratándose de cifras numéricas, deberá acogerse a ellas. Aunque el Código no lo dice, la indemnización del daño material es siempre en dinero, principio este que es acogido por todas las legislaciones, con excepción de la de Alemania, en donde se debe indemnizar en especie, y solamente cuando no es posible indemnizar en esta forma, se lo hace en dinero.

4.3.1.2.- Daño Moral.

"Por perjuicio moral se entiende el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ninla persona física, sino la persona moral del damnificado, hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral". (10)

El patrimonio moral, está constituido por los derechos de la personalidad y los de la familia. La lesión a un derecho de la familia no siempre es posible repararla mediante el restablecimiento del estado anterior, y de ahí que para esta clase de lesiones rijan reglas especiales que son objeto de -

(10) Corte Suprema de Justicia, sent., marzo 15 de 1941, "G. J.", nums. 1966-1968, pág. 795

estudio en el Derecho de Familia. En cambio, el daño que se causa a los derechos de la personalidad, se rigen directamente por las reglas de la responsabilidad extracontractual.

La doctrina civil moderna, reconoce seis importantes derechos de la personalidad: la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el nombre y apellido y el honor.

El Código Civil, al ordenar en el Art. 2341 la reparación de los daños causados a otro, se ha referido no sólo a los daños causados directamente a los derechos patrimoniales absolutos, sino también a los daños causados a los derechos de la personalidad. La Constitución Nacional, garantiza la protección de la vida, el honor y demás bienes de las personas (Art. 16); la libertad es garantizada en forma especial en los Arts. 22, 41, 42, etc.

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

En cuanto a la indemnización de los perjuicios morales, ella es más fácil cuando se trata de perjuicios morales propiamente dichos, porque éstos, se reflejan directamente sobre

el patrimonio, susceptible por tanto de una estimación en dinero. En lo que se refiere a la reparación de los perjuicios morales subjetivos, la Corte ha sostenido que:

"El dinero tiene dos importantes funciones: una función de equivalencia cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado, y una función puramente satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio de afección o perjuicio moral subjetivo. Esta última función la llena el dinero, no tratando de reemplazar el dolor experimentado, los afectos perdidos, pero sí haciéndolos menos sensibles, borrando, hasta donde sea posible, las consecuencias de esas sensaciones, no colocando al damnificado en condiciones de rehacerse de los bienes que ha perdido, pero sí abriendo una nueva fuente de alivio y bienestar. Gracias al dinero, se procuran sensaciones agradables que contrarrestarán las sensaciones dolorosas o desagradables. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente la función de proveer a las necesidades materiales, sino que con él también se satisfacen las necesidades morales, intelectuales y artísticas". (11)

La doctrina relativa a que los jueces civiles, en tratándose de fijar el monto de los perjuicios morales subjetivos debían aplicar por analogía, la disposición contenida en el Art. 95 del C. P. y que por ende, en ningún caso estaban facultados para señalar por tal concepto una suma mayor de dos mil pesos, ya no tiene el patrocinio de la Corte. En efecto, en fallo del 11 de junio de 1976, dijo: "La Corte ve la urgen

(11) Corte Suprema de Justicia, sent., agosto 22 de 1924, "G. J.", t. XXXI, pág. 83

cia de modificar su tesis de que no debe condenarse por daños morales, a pagar suma superior de $2.000,oo m. cte. a cada lesionado.

"A lo cual procede, considerando primordialmente que la disposición contenida en el Art. 95 del C. P. es norma excepcional que restringe el poder del juez penal, pues limita su facultad de regular el monto del daño moral más allá de la cifra de $2.000,oo para cada lesionado con la comisión de un delito.

"Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito -dice el precepto citado-, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos.

"Como bien fluye de la simple lectura del texto, esta limitación sólo tiene cabida en los precisos eventos de regulación del daño moral ocasionado por el delito; además, el precepto está dirigido a los jueces penales y no a los de otras jurisdicciones. Esta norma, entonces,debe aplicarse únicamente por los jueces del crimen cuando deban fijar indemnización por daño moral, siempre que se den las circunstancias de hecho contempladas en el canon que se comenta.

"Despréndese de lo anterior que por cuanto las normas que establecen restricciones son exceptivas, solamente pueden aplicarse a los casos precisos para los cuales fueron dictadas, pues por su propia naturaleza son de interpretación restrictiva, el Art. 95 del C. P. ni siquiera por analogía puede hacerse actuar por los jueces civiles y menos tratándose de responsabilidad extracontractual en que se demanda una perso-

na jurídica, de suyo incapaz de ser sujeto pasivo de una acción penal. Motivo por el cual es necesario concluir acordemente con el sentido de la censura, que el tal Art. 95 fue aplicado indebidamente por el ad quem, por lo cual la sentencia recurrida deberá modificarse en ese determinado punto.

"Ahora bien, cuál debe ser la suma a que se ha de condenar por el aspecto tratado?

"Considera la Corte que si el más alto dolor por la muerte de una persona querida es el que hiere a los progenitores por la de su hijo o a los hijos por la desaparición de aquéllos, necesario es concluir que, en el caso que se estudia, ha de fijarse el máximo de la suma que sirva para satisfacer el daño moral padecido por el demandante. Esta cantidad será la de $30.000,oo, que, teniendo presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad.

"Como quiera, pues, que tratándose de daño moral subjetivo, el derecho lastimado de la víctima se restablece, no propiamente con la cabal reparación del mismo, por ser inconmensurable, sino con una equitativa satisfacción, los jueces, al regular esta especie de daño, tendrán presente que cuando el el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor.

"La Corte acoge así el criterio de la doctrina moderna -

de que la condena que tiene manantial en la comisión de un daño moral subjetivo, el llamado PRETIUM DOLORIS, no busca tanto reparar ese perjuicio cabalmente, resarcimiento que es el objetivo de toda indemnización, sino "procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido", permitiendo a quienes han sido víctimas del sufrimiento, hacerles, a lo menos, más llevadera su congoja". (12)

4.3.2.- El hecho generador de la responsabilidad.

Este elemento varía según se trate de la responsabilidad subjetiva o de la responsabilidad objetiva, pues mientras la subjetiva exige que el autor del daño haya obrado con dolo o culpa, la objetiva exige únicamente la autoría material o imputabilidad.

4.3.2.1.- La culpa como elemento de la responsabilidad subjetiva.

Según el Art. 2341 del C. C., el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización. Exige, pues, el Código como elemento de la responsabilidad subjetiva, ya sea una culpa intencional, un dolo, que se define como "la intención positiva de inferir un daño a otro", ya la simple imprudencia o negligencia (culpa en sentido estricto).

La diferencia entre dolo y culpa carece de interés en el Derecho Civil, debido a que las consecuencias del delito y de

(12) Corte Suprema de Justucia., sent. sept. 27 de 1974, "Revista Derecho Colombiano", t. XXX, núm. 156, pág. 584

la culpa son idénticas, y la reparación del daño, que es su - consecuencia, se verifica tomando exclusivamente en cuenta la entidad del perjuicio causado.

Definiciones de Culpa.

Entendemoa por culpa, la negligencia, el descuido en la ejecución de un acto. El hombre es responsable por naturaleza, al ejecutar un acto y causar un daño, debe responder por medio de la indemnización de perjuicios.

PLANIOL, dice que culpa "es la violación de una obliga - ción preexistente". Este concepto es falso, porque fuera del deber moral de no hacer mal a nadie, no existe ningún otro de ber u obligación preexistente.

GENY: "La culpa es un error de conducta, una falta de ap titud que corrientemente se juzga según el tipo abstracto de hombre recto y seguro de sus hechos o actos".

COLIN y CAPITANT: "Cuando se dice que un hombre comete - una culpa, se quiere significar que ese hombre no se ha condu cido en la forma en que ha debido hacerlo, que no ha hecho lo que ha debido hacer".

CUELLO CALON: "La culpa es la falta de previsión de las consecuencias previsibles en nuestros actos".

CARRARA: "La voluntaria omisión de diligencia en calcu - lar las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho".

Los HERMANOS MAZEAUD, dicen: "La culpa es un error de -

conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio". La mayoría de las legislaciones, han aceptado esta tesis, nuestra Corte Suprema de Justicia, también está de acuerdo con ella. Esta definición, no es original de los Hermanos Mazeaud, pues de la culpa habían hablado ya Geny, Capitant, entre otros, y el Derecho romano tenía un tipo especial de conducta, un tipo modelo, el hombre prudente y normal (el buen padre de familia).

No podemos pasar inadvertida, la definición de culpa dada en el inciso 2o. del Art. 12 del C. P., el cual consagra: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de sus actos habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

La culpa, pues, se presenta en dos casos: a) cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo, pero confía imprudentemente en evitarlos. Esta es la culpa consciente, y es desde luego, la más grave; b) cuando el autor no prevé el daño que puede causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dados su desarrollo mental y su conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente.

Criterio para apreciar la culpa.

En Derecho Civil, la aplicación de un criterio meramente subjetivo para determinar si una persona ha incurrido o no en culpa, ha sido desechada unánimemente por la doctrina, ya que la culpa no es posible determinarla según el estado sicológico de cada persona, por lo cual es necesario un criterio obje

tivo o abstracto. Este criterio abstracto nos enseña, que la culpa se aprecia sin tener en cuenta al agente del daño, no - se estudian las circunstancias personales del sujeto activo, sino que se tiene en cuenta el modo de obrar de un hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia. La capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos exigidos en el estado actual de la - civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones.

La cuestión es fácil de plantear, ya que se acude a un - simple proceso comparativo entre ese tipo normal y el hombre que cometió el error de conducta. La apreciación queda al prudente arbitrio del juez; es él quien debe situarse dentro de las circunstancias en que actuó el autor del daño para así poder fallar. Son circunstancias externas: el lugar, el tiempo y el modo.

El tipo ideal de conducta o tipo normal, no lo encontramos en ningún lugar, ni tiempo ni espacio. Se lo apreciará en cada caso concreto y según las circunstancias externas que lo rodean. Por ejemplo: si examinamos la conducta normal de un - médico, tendremos que compararla con la de otro médico y no - con la de un campesino o un comerciante.

Capacidad Delictuosa.

La capacidad juega un papel importante, para poder imputarse un acto. Para que se le cargue a alguien un acto, debe haberse ejecutado, libre, conscientemente y en forma voluntaria, es decir, que el sujeto debe conocer los efectos dañosos de sus propios actos. Según esto, los incapaces no son respon

sables.

La existencia en abstracto de una voluntad capaz de cometer delitos o culpas recibe el nombre de capacidad delictuosa, y en Derecho Civil se entiende por tal, la capacidad de responder por los daños causados.

Los autores modernos no están de acuerdo con la imputación moral y tratan de hacer responsable al incapaz. Arguyen que es contrario a la equidad que quien sufra un daño no tenga indemnización por el perjuicio recibido. Los romanos solucionaron este problema equiparando los actos de los incapaces (menores y dementes) al caso fortuito.

El Código Penal colombiano, perteneciente a la Escuela Positiva del Derecho, no consagra la imputación moral; simplemente trata de una imputación sico-física, es decir, de la relación existente entre la persona y el acto. De acuerdo a dicho Código los dementes y los menores deben someterse a ciertas medidas de seguridad como medio de proteger a la sociedad. El Art. 11 del C. P. establece al respecto: "Todo el que cometa una infracción prevista en la Ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código. Se infringe la Ley penal por acción u omisión".

Nuestro Código Civil está en total desacuerdo con el Código Penal. En efecto, el Art. 2346 del C. C. establece que fuera de los menores de 10 años, son también incapaces de delito o culpas civiles los dementes; y agrega que "de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia".

Con el término demencia se comprende a todos los enfermos mentales, es decir, a todas las personas que padezcan una enfermedad capaz de alterar en forma notable sus facultades mentales. La sanidad mental de las personas se presume, y en consecuencia, el enfermo mental no interdicto es responsable, mientras no se acredite lo contrario.

De acuerdo al Art. 2345 del C. C., el ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa, pues la ebriedad suele ir acompañada de culpa; la culpa inicial acarrea la responsabilidad de sus actos contrarios a derecho. Aplicando la misma regla deben declararse responsables civilmente todos los que causan daño en estado de inconsciencia cuando ellos mismos han creado ese estado (morfinómano, opiómano, etc.). En cambio el epiléptico y el sonámbulo son irresponsables en razón de que esos estados no son creados por una actividad inicial del que los padece.

4.3.2.2.- La Imputabilidad en la Responsabilidad Objetiva.

Al prescindir esta responsabilidad del concepto de culpa, en manera alguna prescinde del elemento que se conoce con el nombre de causa material del daño. La imputabilidad o autoría exige que el daño sea consecuencia de un determinado hecho.

Entonces, la característica esencial de la responsabilidad por riesgo, consiste en exigir la autoría material o imputabilidad, sin examinar si ha existido o no culpa; en consecuencia no es necesario acreditar ni la existencia de una capacidad delictuosa, ni la de una culpa.

Es natural que la persona contra la cual se pide una reparación con fundamento en la responsabilidad objetiva, puede exonerarse de responsabilidad alegando:

a.- Que no es autor material del daño, esto es, que él no ha sido su causa determinante.

b.- Que no se ha causado el daño.

c.- Que no existe nexo causal entre el daño y la autoría material.

Muchos autores y jueces suelen no entender correctamente los postulados de la responsabilidad objetiva, y piensan que desde el momento en que a una persona se le permite exonerarse de responsabilidad, nos hallamos ante una responsabilidad subjetiva. Jamás puede pensarse que la responsabilidad por riesgo indique que la víctima pueda impunemente escoger al responsable, ya que una afirmación semejante está desprovista de todo asidero en la lógica y en el Derecho. La responsabilidad por riesgo es la que simplemente prescinde del elemento subjetivo de la culpa, pero en ningún caso de la autoría material o imputabilidad del daño y de un nexo causal entre el daño y la autoría material.

4.3.3.- La Relación de Causalidad.

El vínculo causal o relación de causalidad constituye el tercer elemento de la responsabilidad civil. Sea cual fuere el hecho, considerado capaz por su naturaleza de acarrear una responsabilidad (hecho culposo o no culposo), es preciso que esté unido al daño indemnizable por una relación de causa a efecto.

La relación de causalidad es un elemento de orden externo, de naturaleza objetiva; conduce a la imputación física, - tiende a determinar si el demandado fue el motor del daño, su causante; características éstas que la diferencian de la relación de culpabilidad.

Este elemento de la responsabilidad civil, está contemplado expresamente en el Art. 2341 del C. C. que consagra: "- El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a - otro..." (el subrayado es mío), y el Art. 2356 del mismo Código, que establece: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia...". En efecto, inferir es - "inducir una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado", e imputar, "atribuir a alguno una culpa, delito o acción".

El nexo causal se presume, comoquiera que se presume que el demandado fue realmente el autor del perjuicio. Es la presunción legal de autoría. El demandado es siempre admitido a probar que no fue el autor del daño. El presunto responsable puede probar la causa cierta del daño, romper el aparente vínculo causal y demostrar cómo el perjuicio reconoce una causa extraña o no imputable a él.

4.3.3.1.- Condiciones que debe contener el nexo causal.

Para decretar la responsabilidad por determinado acto, - se necesitan tres condiciones, a saber: que sea actual o próximo, necesario o determinante y apto o adecuado para causar determinado daño.

a.- El concepto de actual o próximo, indica que no se tienen en cuenta los actos remotos que, según la manera corriente de pensar, son indiferentes para causar el daño en cuestión. Que el acto sea causa próxima o actual del daño, tampoco puede indicar que sólo se tiene en cuenta la causa última en el orden cronológico, pues es posible tener en cuenta varias causas que se suceden una después de otra, si todas han contribuído al daño actual, es decir, si han sido determinantes como cuando alguien causa a otro una herida y momentos después otra persona la hiere nuevamente; aquí es posible que la muerte ocasionada se deba conjuntamente a las dos heridas.

b.- La noción de determinante indica que sea necesario, o mejor que sin el hecho (culposo o no culposo) el daño no se habría producido. En general, la doctrina considera determinante un acto en la causación del daño, cuando ha contribuído en un mayor grado en la producción del daño, es decir, cuando ha sido la condición más activa.

c.- Es posible que dentro del punto de vista filosófico una determinada conducta sea causa de un daño; sin embargo, esa conducta puede no ser apta o adecuada para la producción del daño, motivo por el cual no puede responsabilizarse al autor.

4.3.3.2.- Teorías respecto del nexo causal.

Con respecto al nexo causal, se han elaborado varias teorías, pero se tendrán en cuenta únicamente las dos tesis centrales, a saber:

Teoría de la equivalencia de condiciones.

Expuesta por Von Buri. Según ella, basta con que pueda decirse que el hecho generador de la responsabilidad, la culpa, por ejemplo, ha sido "conditio sine qua non", uno de los antecedentes -quizás entre muchos otros- sin el que el daño no se hubiera producido.

Esta tesis no es aceptable, pues se llegaría a una responsabilidad excesivamente amplia en unos casos, y baga e independiente en otros. Además, el juez se perdería en el examen de un conjunto de causas sin poder precisar cuál es más activa o importante. Así por ejemplo, si a una persona le roban su automóvil y el ladrón causa daños, de acuerdo a esta teoría tendríamos que responsabilizar al dueño del auto por no haberlo dejado suficientemente asegurado y una tan remota responsabilidad es rechazada por el sentido común y por la manera corriente de pensar.

Por otra parte, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina de varios países, hannmostrado la insuficiencia de la teoría, principalmente a propósito de la responsabilidad sin culpa y especialmente la responsabilidad por hechos de las cosas inanimadas. No cabe sorprenderse de ello, pues cuando la causalidad del daño se hace elemento determinante, se tiende de un modo natural a ser más exigente en lo que concierne a la existencia de esta relación de causalidad.

De esta forma se han congregado soluciones, inexplicables por la teoría de la equivalencia de las condiciones. Se había planteado la cuestión de saber si la responsabilidad por hechos de las cosas puede invocarse cuando la cosa permanece -

inerte; por ejemplo, cuando un automóvil en movimiento choca con un automóvil parado. La doctrina y la jurisprudencia actuales han condenado la distinción entre cosas inertes y cosas en movimiento, pero en cambio fácilmente admiten que la cosa inerte no ha sido la causa del daño. Como de todas formas ha intervenido en su origen y como condición sine qua non, para descartar su papel causal, es preciso orientarse hacia la técnica de la causalidad adecuada, considerando que una cosa inmóvil y dispuesta normalmente, no es propia para causar daños y, como lo dicen varios autores, "no ha sido más que un instrumento".

Teoría de la causalidad adecuada.

De acuerdo con esta teoría, para ser considerado como causa el hecho generador de la responsabilidad debe estar unido al daño, no sólo por una relación necesaria, sino por una relación más estrecha, más adecuada. Ciertos autores como Von Kries, han buscado esta relación en el hecho de que el daño era previsible por el agente (previsibilidad subjetiva). Pero Rümelin y Traeger han hecho triunfar un criterio objetivo; es preciso preguntarse retrospectivamente si el hecho considerado era de aquellos que según el curso normal de las cosas, implicaba una posibilidad capaz de producir un daño de este género. También se encuentran eliminadas las consecuencias anormales, fruto de encadenamientos demasiado excepcionales, a la luz de un "pronóstico objetivo retrospectivo".

4.3.3.3.- Responsabilidad Solidaria.

Se presenta la solidaridad cuando habiendo un concurso de causas, concurren a la producción del daño. Según el Art.

2344 del C. C., si varios han causado un daño, cada uno "será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los Arts. 2350 y 2355".

La regla del Art. 2344 del C. C. tiene sus orígenes en el Derecho romano, que estableció la solidaridad para el dolo o violencia que fueran cometidos por dos o más personas. La antigua jurisprudencia francesa extendió esta regla a los daños cometidos dolosa o culposamente por varios en el campo extracontractual. El fundamento de esta solidaridad se hizo consistir, en otro tiempo, en el concepto de que el daño era indivisible y de que se hacía imposible repartir la responsabilidad entre los autores; por ello no quedaba otra solución sino hacer una condena por el todo (in solidum). Este punto de vista no se acepta hoy en día, por cuanto la obligación de reparar el daño se traduce generalmente en el pago de una suma de dinero y ésta es divisible.

Esta solidaridad prevista en el Art. 2344 está dada por la Ley con el exclusivo fin de asegurar la indemnización de perjuicios en favor de la víctima. Si uno de los solidariamente obligados a pagar el daño causado es insolvente y siendo la obligación solidaria, el demandante puede demandar a los demás por el total, o a cada uno por la parte que le corresponde. Pero esta solidaridad, se dá únicamente en las relaciones externas, es decir entre demandante y demandados; en lo que respecta a las relaciones internas, es decir, las que existen entre codeudores, la obligación sí es divisible, y por tanto, el que paga por los demás, tiene acción para demandar por la cantidad pagada, a cada uno de los codeudores, con excepción de la cuota que le corresponda en el pago del daño.

Los casos en los cuales se aplica la solidaridad del Art. 2344 del C. C., son los siguientes:

a.- Daño causado por varios que han obrado conjuntamente.- Se obra conjuntamente, cuando se trata de una sola actividad o conducta realizada por varios, como cuando varios albañiles derriban conjuntamente una viga causando un daño a un transeunte. Entiende la doctrina que se obra conjuntamente cuando de cualquier manera varios intervienen en un acto ilícito "cooperando conjuntamente a su realización, sean en concepto de coautores, inductores o auxiliadores".

b.- Varias personas obrando separadamente causan un mismo daño.- A este respecto la doctrina dicta los siguientes ejemplos: a) Una persona estaba encargada de custodiar un depósito de explosivos, otra persona por descuido botó candela e hizo explotar ese negocio; b) Dos industriales desaguan los residuos de sus fábricas en un mismo río y por contaminación mueren los peces, etc.

c.- Cuando varias personas toman parte de un hecho sin saber quién es el autor del daño (responsabilidad alternativa). Para que exista causalidad alternativa se requiere que los actos de varias personas se conjuguen en un proceso único en el transcurso del cual se produjo el daño por uno de los que en él tomaron parte. La responsabilidad alternativa engendra responsabilidad solidaria, aún que no pueda descubrirse quién causó realmente el daño, siempre y cuando el daño no pueda imputarse a determinada persona de las que contribuyeron en la realización del daño o no se pruebe la completa inocencia de algunas de las que participaron en él.

Un caso muy diferente a los anteriores se presenta cuando varias personas obran separadamente y producen daños distintos. En este caso, cada una responde de la parte del daño que se le pueda imputar, no existe solidaridad, la obligación es simplemente conjunta.

4.3.3.4.- Participación de la culpa de la víctima en el daño.

Según el Art. 2357 del C. C., el daño se reduce "si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente", vale decir, si medió culpa en el autor del daño y en la víctima.

En la reducción del valor del daño se tendrá en cuenta la gravedad de las culpas, en forma que si la culpa del autor es más grave que la de la víctima, la reducción será mínima, y será mayor si aparece de más intensidad la culpa de la víctima. No habrá lugar a disminución de responsabilidad, cuando una de las partes obró con dolo y la otra con simple culpa, pues, en este caso, quien ha obrado con dolo tiene que cargar con el monto total de los perjuicios. Si ambas partes han obrado dolosamente y se causan mutuamente daños, se repartirá la responsabilidad teniendo en cuenta, lo mismo que en la culpa, la gravedad del hecho delictuoso de cada autor.

5.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

5.1.- Consideraciones Generales.

Dentro de la moderna teoría, las personas jurídicas pueden ser sujeto activo de la responsabilidad, ya que son sujetos de derecho y como tales contraen obligaciones, son titulares de patrimonios ingentes, movilizan capitales, ocupan obreros y reportan utilidades; lo que justifica que se las haga responsables de los perjuicios que causen a terceros en el ejercicio de sus actividades.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 15 de Julio de 1912, dijo al respecto:

"Dentro de la teoría general del derecho es hoy verdad inconcusa que las personas jurídicas, así las privadas como las públicas, se hallan abrazadas por los principios legales regulativos de la responsabilidad civil, tanto de orden contractual como extracontractual. Por cuanto equivale a negar la esencia del propio orden jurídico, la teoría de la irresponsabilidad de dichos entes proclamada por algunos tratadistas, especialmente frente al Estado, ha merecido siempre su justo rechazo y es por tanto hoy doctrina definitivamente proscrita.

"Principio de riguroso derecho y no sólo de equidad es el de que los entes morales, cualquiera que sea su clase, como sujetos de derecho que son, deben asumir y responder por los daños que causen a terceros con sus actos, así como recogen las ventajas que estos traen para ellos, puesto que, como

acertadamente lo observa Francisco Ferrara, "la actividad jurídica no se puede desdoblar en sus cualidades y consecuencias".

"Orientada la Corte por la analogía jurídica, ya desde el siglo pasado advirtió que sin embargo de que el Título 34 del Libro 4o. del Código Civil no se refiere en forma expresa a la responsabilidad por culpa aquiliana de las personas jurídicas, dichas regulaciones sí las comprenden implícitamente. Por consiguiente, con fundamento en el principio cardinal que domina la materia, consignado en el precepto objetivo de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño tiene derecho a ser indemnizado, consagró la responsabilidad civil extracontractual para los entes morales, tanto de derecho privado como de derecho público". (1)

5.2.- Responsabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas.

Antiguamente se decía que el Estado y demás personas jurídicas nunca respondían por hechos propios, sino por el hecho ajeno de sus agentes. Esta teoría ha sido corregida por la doctrina y la jurisprudencia actuales, estableciéndose en su lugar la teoría de la responsabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas, la cual constituye una conquista definitiva de la ciencia actual del Derecho Civil.

Lo relacionado a la forma cómo las personas jurídicas se

(1) Corte Suprema de Justicia, sent., Julio 15 de 1912, "G. J.", t. XXI, pág. 216

comprometen por los actos culposos que, causantes de daños a terceros, ejecutan sus agentes o sus dependientes en el ejercicio de actividades que a ellas corresponden, ha sido motivo de muchas controvercias, En efecto, la dilucidación de este problema ha ocupado la atención de la Corte Suprema de Justicia durante ya casi un siglo, y en este largo devenir histórico jurisprudencial la Corporación ha sentado en el punto las tesis que, si bien son diversas y en principio se presentan vacilantes, corresponden en esencia a las que ha estimado ajustadas a la necesidad de adaptar los textos legales a la realidad social que cada época presenta.

En la trayectoria seguida por la jurisprudencia de la Corte, han predominado tres doctrinas diferentes en su contenido y alcance, a saber:

Responsabilidad Indirecta.

La jurisprudencia de la Corte, acogió inicialmente la teoría de la responsabilidad indirecta, fundada en dos concep tos de culpa in eligendo y culpa in vigilando. Estimó la Corporación que ora la mala elección o ya la falta de vigilancia del representante legal, permitía proyectar en la persona moral la actividad injuriosa o negligente de sus dependientes o subordinados.

De acuerdo con esta doctrina, la responsabilidad extra contractual de las personas jurídicas, debía gobernarse siempre por los Arts. 2347 y 2349 del C. C., pues según la Corte: "en tal supuesto, no es la persona moral la que actúa, sino sus empleados o funcionarios, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física".

Responsabilidad Directa.

Con la sentencia de 21 de agosto de 1939, la Corte abrió la puerta de la jurisprudencia para el ingreso a ella de la responsabilidad directa aplicada a las personas jurídicas, por el quebrantamiento patrimonial que a terceros causen culposamente sus agentes. Comenzó pues allí, si bien no en forma absoluta, puesto que a la par con la nueva proyección doctrinaria continuó reconociendo la responsabilidad indirecta, el desplazamiento del problema de la preceptiva legal de los Arts. 2347 y 2349 del C. C., a la contenida en el Art. 2341 del C. C.

En el citado fallo dijo la Corte que "la teoría basada en la culpa in eligendo y en la in vigilando ha situado esta especie de responsabilidad del Estado por causa de funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero, en realidad, esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la Ley, cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad confiere y prescribe (Arts. 2347, 2348 y 2349 del C. C.), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figure indefectiblemente como elemento constitucional por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunde en la actividad de la gestión"

"Recibida que fue la doctrina de la responsabilidad directa por la jurisprudencia, esta hizo a ella dos modificaciones que repercutieron en trascendentales consecuencias de orden práctico.

"Consistió la primera en la adopción de la tesis llamada organisista, según la cual la persona jurídica incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o agentes, o a otras que ejecutan expresamente su voluntad; y en responsabilidad indirecta en los demás casos. Se estableció, pues, en punto de responsabilidad aquiliana de los entes jurídicos colectivos, una dualidad, fundada en la relación existente entre la persona moral y la física autora del hecho culposo.

"Y consistió la segunda modalidad de la responsabilidad directa, aplicable exclusivamente a las personas jurídicas de derecho público, en la tesis conocida con la expresión "fallas del servicio", según la cual es deber del Estado "reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial". (2)

La Doctrina actual.

Finalmente, la Corte revaluó la doctrina sobre la respon

(2) Corte Suprema de Justicia, sent., agosto 21 de 1939, "G. J.", t. LIV, pág. 114

sabilidad extracontractual de las personas jurídicas, al punto de considerarla directa y no indirecta, por la conducta de sus agentes, causantes de daños a terceros, cualquiera que sea la posición gerárquica de aquellos dentro de la entidad jurídica.

Según sentencia de 30 de junio de 1962:

"Los Arts. 2347 y 2349 del Código Civil hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamadas a responder las ligadas a ellas según la Ley.

"Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

"a) De las relaciones de familia, y por ello "el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de hechos de los hijos menores que habitan en la misma casa";

"b) De las relaciones de guarda, y así "el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado";

"c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de los cuales los directores de colegios y escuelas "responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado"; y

"d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cua-

les responden "los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices y dependientes", "mientras están bajo su cuidado"; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos "con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos".

"De los vínculos entre las personas de derecho público o privado, que son entes jurídicos con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predican dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la "dependencia", ni tampoco el "cuidado", de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos; y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la "autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe", se vé claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones in eligendo e in vigilando, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres, que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los "hechos ajenos".

"La persona natural obra por sí y en razón de sí misma- goza no sólo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u organos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí mis

ma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes, sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes, Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la "incorporación" de estos en aquella -apelando a un vocablo en uso- constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación".

A más de otras, en el referido fallo la Corte consignó - como razón del cambio jurisprudencial en la materia, la si - guiente:

"Por otra parte, la responsabilidad indirecta que reconocen los Arts. 2347 y 2349 supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas in eligendo e in vigilando, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como - autor del eventus damni con la in eligendo o in vigilando que se atribuye al patrono; en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar por sí mismo corresponde por sus propias acciones". (3)

La doctrina de la responsabilidad directa, ha sido mantenida por la Corte en forma constante y sin vacilación alguna

(3)Corte Suprema de Justicia, sent., junio 30 de 1962, "G.J." t. IX, núm. 48, pág. 367

desde entonces, como puede verse, entre otras, en la senten - cia del 13 de noviembre de 1975, en la cual, la Corte dijo:

"Dada la profunda solidez jurídica que estructura los pi lares en que dicha doctrina se apoya, a tal punto que compara tivamente obvio resulta que es ella la que mejor permite la e ficaz tutela del derecho a la indemnización que asiste a quien resulte damnificado por el hecho culposo de los funcionarios de una persona jurídica, ni por asomo le sería dado a esta sa la incinerarla hoy para, en su lugar, resucitar la tesis de - la responsabilidad indirecta, tal cual lo pretende el recu - rrente, sin que en pos de su intento esgrima razón legal con virtualidad suficiente que justifique el retroceso jurispru - dencial que anhela.

"Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, - procede afirmar, pues, que cuando se demanda a una persona mo ral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho - culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus fun ciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus depen - dientes, sino a él como directamente responsable del daño.

"Tratándose, pues, en tal supuesto, de una responsabili- dad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar, en el caso litigado, para darle la debida solución, la precepti- va legal contenida en el Art. 2341 del C. C. y no la descrita en los textos 2347 y 2349, ejusdem. Y concluir que no hubo en la sentencia impugnada aplicación indebida de la primera de - dichas normas, ni, por ende, inaplicación de las dos últi - mas". (4)

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

5.3.- Responsabilidad por el hecho de las cosas.

Los Arts. 2350, 2354 y 2355 del C. C. se aplican también a las personas jurídicas. Estas, por lo tanto, responden de los daños causados por la ruina de edificios, por los hechos provenientes de los animales de que son tenedoras y demás cosas de que se sirven.

5.4.- Responsabilidad por actividades peligrosas.

La civilización moderna ha puesto las máquinas, energías y demás medios mecánicos, al sevicio no sólo del hombre sino también del Estado y demás personas jurídicas. Los servicios públicos y demás actividades o funciones colectivas se prestan hoy día en forma eficiente, mediante el aprovechamiento de nuevos medios mecánicos, y ello hace que pueda surgir la responsabilidad de las personas jurídicas por el daño causado en la explotación de actividades peligrosas, en base al Art. 2356 del C. C.

5.5.- Responsabilidad Civil del Estado.

Durante el curso del siglo XIX, la influencia de la teoría de la soberanía absoluta del Estado, hacía que a éste se le considerara irresponsable por los perjuicios que pudiera provocar su actividad: si el Estado es soberano, mal puede ser responsabilizado, se decía. Esta concepción doctrinal fue desvirtuándose poco a poco y a ello contribuyó enormemente la teoría del servicio público, pues al tratar al Estado en tér-

(4) Corte Suprema de Justicia, sent., noviembre 13 de 1975, "Revista Derecho Colombiano", t. XXXII, núm 167

minos de servidor, mal podía considerársele como irresponsable. Hoy día, tanto por la evolución doctrinaria como por la jurisprudencial, se ha variado la posición anterior, en forma que no solamente se admite que el Estado es responsable por los daños que cause, sino que en ocasiones es sujeto pasivo de ese régimen aún en términos más severos que los particulares.

Por lo que se refiere al fundamento de la responsabilidad del Estado, ésta ha venido descansando sobre la culpa in vigilando y la culpa in eligendo. Culpa por una pretendida mala elección de sus funcionarios, o culpa porque, una vez nombrados, el Estado no ejerce la suficiente vigilancia, o un control eficaz y directo.

No obstante, la ausencia real de los presupuestos que fundamentan la responsabilidad por el hecho ajeno conforme al Derecho Civil, ha inclinado a la doctrina y a la jurisprudencia hacia un sistema de responsabilidad directa del Estado, cuyas expresiones más notables han sido la teoría organicista y la teoría de la falta o culpa del servicio.

La primera teoría, pensando en la especie humana, razona diciendo que así como el hombre responde por los daños que causen sus órganos, así también las personas jurídicas deben indemnizar los perjuicios causados por sus órganos; ahora bien, como todos los individuos que sirven a una persona jurídica no pueden ser sus órganos, el problema se desplaza hacia el conocimiento de aquellos cuerpos o personas que pueden considerarse órganos del Estado. Cuando el evento dañoso provenga de ellos, se hablará de responsabilidad directa; cuando de otras personas vinculadas al Estado, de responsabilidad indirecta.

En cuanto a la teoría de la falta o culpa del servicio, ella consiste en afirmar que la ausencia de la prestación de un servicio estatal o la deficiencia en la misma que genere - daño, dan lugar a una responsabilidad directa del Estado. La participación o colaboración de varias personas en la prestación del servicio, la dificultad de individualizar en alguna de ellas la causa del perjuicio y cierta entidad jurídica que se concede a ese conjunto humano y operacional que se llama - servicio, son las justificaciones a esta teoría.

Actualmente, el Consejo de Estado, acepta la teoría de - la responsabilidad directa del Estado por falta o culpa del - servicio. En efecto, en sentencia de 28 de junio de 1967, con ponencia del Doctor Portocarrero Mutis, el Consejo dijo:

"La cuestión relacionada con la responsabilidad aquiliana del Estado, vale decir la responsabilidad directa de este por "fallas del servicio" sin consideración a un autor individualizado, ha sido materia estudiada por el Consejo de Estado en numerosos y recientes fallos y bien puede decirse con propiedad que constituye doctrina uniforme y repetida. No cree - por ello la sala que sea necesario considerarla de nuevo in - extenso. Basta decir que en el campo de la administración la responsabilidad extracontractual es directa y no hay lugar - por lo tanto a distinguir entre órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que apenas ejecutan esa voluntad.

"Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el Art, 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados "servicios públicos". Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal fun

cionamiento del servicio o de su "no funcionamiento", o de - tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con - prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar, por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina, en último término, en el deber primario del Estado - de suministrar a los asociados los medios conduncentes a la efectividad de sus derechos, a la realización del bien común.

"Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: 1o.) Existencia del hecho (falla del servicio); 2o.) Daño o perjuicio sufrido por el actor; y 3o.) Relación de causalidad entre el primero y el segundo". - (5)

En algunos derechos se ha estimado que la responsabilidad del Estado es de idéntica naturaleza a la de los particulares; esto ha conducido a la aplicación de las normas del Código Civil. En otros por el contrario, se ha buscado el establecimiento de una normatividad de responsabilidad especial aplicable al Estado, de un régimen jurídico autónomo que desemboque en un estatuto más exigente de la conducta del Estado -

(5) Consejo de Estado, sent., junio 28 de 1967, "G. J." núm. 2040, pág. 575, citada por Montoya Gómez Mario, ob. cit., pág. 250

de lo que puede ser para los particulares. En Colombia, existen algunas normas sobre responsabilidad del Estado que se separan de los principios ordinarios consagrados en el Código Civil, y en los últimos tiempos se observa la tendencia a utilizar las fórmulas de la doctrina y la jurisprudencia francesas para tratar de estructurar un régimen especial de responsabilidad.

En los países de doble jurisdicción y en los cuales se ha entendido que la responsabilidad del Estado es diferente de la de los particulares, se ha confiado a la justicia administrativa la solución de los conflictos que ofrezcan los daños causados por el Estado. En aquellos en que la conducta del Estado ha sido más o menos asimilada a la de los particulares, la competencia ha correspondido a los jueces civiles. Entre estas dos fórmulas extremas, pueden existir variantes parciales y desplazamientos hacia una jurisdicción de asuntos de que conocía la otra.

En Colombia, las disputas entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en relación con asuntos contenciosos del Estado -menos agudos en materia de responsabilidad que de contratos-, han sido el origen de la nueva distribución de competencias que trae el Decreto 528 de 1964. Por virtud del citado Decreto, la competencia de los juicios relativos a la responsabilidad del Estado corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Art. 68 del Código Contencioso Administrativo consagra la llamada acción indemnizatoria, por conducto de la cual se hace efectiva la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Tal texto dice que: "también puede pedirse el resta

blecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente a la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".

El Art. 20 del Decreto citado, dispone: "La jurisdicción contencioso-administrativa está constituida para definir los negocios originados en las decisiones que toma la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2o. y 3o. del artículo 73 - de la Ley 167 de 1941".

El Art. 30 preceptúa que: "la Sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones - que señala la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman, conoce: 1o.) En única instancia: ...B) De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos...". El Art. 32 estatuye: "Los tribunales administrativos conocen: 1o.) En única instancia: ...c) De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos; d) De las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean - del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, -

operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos... 2o.) En primera instancia:... e) de las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos, sin llegar a cien mil pesos; f) de las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos...".

Es importante tener en cuenta que la acción indemnizatoria consagrada en los Arts. 68 del Código Contencioso Administrativo y 30ysiguientes del Decreto 528 de 1964, no procede contra todos los hechos, omisiones, operaciones y vías de hecho de la administración, pues no siempre que un organismo estatal causa daños a terceros mediante sus actividades materiales, incurre en responsabilidad administrativa. En el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, actúa como un simple particular. Los actos y hechos que estas empresas realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos, según el Art. 31 del Decreto 3130 de 1968, "a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia", pero "aquellos actos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la Ley son actos administrativos".

Entonces, antes de promover cualquier acción indemnizatoria contra la administración, se debe establecer previamente la naturaleza del ente u organismo causante del daño, o al cual pertenece el agente, funcionario o empleado autor del hecho, omisión u operación.

En sentencia de 29 de julio de 1947, con ponencia del Doctor Gustavo A. Valbuena, el Consejo de Estado, dijo al respecto:

"La Constitución Nacional, a partir de la enmienda de 1936, y el Código Contencioso Administrativo, desde 1941, estructuraron la noción de responsabilidad patrimonial de las entidades de derecho público sobre bases más científicas y más acordes con la técnica jurídica. Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, esos estatutos crearon el contencioso de plena jurisdicción como el contencioso típico de la responsabilidad del Estado, y en los Arts. 67 y 68 de la Ley 167 de 1941 establecieron un sistema de derecho público autónomo que contempla todas las hipótesis y da solución adecuada a todas las controversias que pudieran presentarse. En estas reglas legales se estudia la responsabilidad patrimonial del Estado a través de todos los sistemas de actuación de las entidades de derecho público: el acto administrativo, la operación administrativa, el acto material y el hecho administrativo, para presentar una concepción objetiva de la responsabilidad fundada en la violación de la Ley, en la falta del servicio y en el daño.

"Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas objetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de

derecho público, porque parte del principio básico de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar, por consiguiente, reglamentada por normas diferentes. Dada la circunstancia de que la actuación de la administración pública ha de estar orientada siempre por fines altruistas de servicio y de satisfacción de necesidades colectivas y no por el propósito egoísta de atender intereses particulares, el sistema jurídico que regule la responsabilidad estatal ha de tener en cuenta ese trascendental elemento que es totalmente extraño al derecho civil. En las actividades del Estado como supremo gestor de los servicios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho". (6)

(6) Consejo de Estado, sent., julio 29 de 1947, Anales, t. LXII, núms. 387 a 991, pág. 154, citada por Montoya Gómez Mario, en ob. cit., pág. 248

6.- RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE

Verdad sabida es que la vida social conlleva numerosos riesgos para quienes en ella participan, y que los asociados deben soportar ciertos inconvenientes resultantes de actividades socialmente útiles y aún necesarias pero peligrosas. Sin embargo, no es menos cierto, que estos inconvenientes sólo deben ser sufridos por las víctimas cuando ellos no sobrepasen lo que es considerado como normal y ordinario. Si los inconvenientes resultan excesivos, constituyen injusto ataque al derecho de los demás y comprometen la responsabilidad civil del agente.

Muchos de los elementos de corriente empleo en el manejo de la tecnología moderna, conllevan no sólo el riesgo de producir daño a un tercero, sino que por el simple hecho de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole aparentemente inevitables cuales son los olores desagradables, las contaminaciones letales, las corrosiones, el humo que afecta la salud humana, para no citar sino algunos ejemplos, y constituyen una de las causas del problema de la contaminación del medio ambiente, que, por los graves inconvenientes que trae consigo, ha preocupado a los científicos en estos últimos tiempos en forma inusitada y los ha impulsadona la búsqueda de claves técnicas de prevención o neutralización del deterioro ambiental.

"Esta especie de daño, escapa al dominio del Derecho Civil mientras no se trate de agente y víctima determinados. La contaminación ambiental es un fenómeno de etiología colectiva

y, por tanto, anónima, incapaz de generar un vínculo jurídico entre sujetos concretos".

Mas, cuando quiera que la lesión causada por la contaminación ambiental sea imputable a persona determinada, allí surge la cuestión de la responsabilidad civil. Por tanto, el Derecho Civil no puede mostrarse indiferente ante las consecuencias nocivas que traen para los individuos, y es preciso, que fuera de la reglamentación que el Estado de a estas actividades socialmente útiles y aún necesarias pero peligrosas, la Corte Suprema de Justicia, actualice su doctrina respecto a las fuentes de la responsabilidad civil, incluyendo el riesgo creado como una de ellas, con lo cual se consigue una mayor protección para las víctimas y se logra una solución más justa.

En el campo del Derecho Civil, ha dicho la Corte, "nadie puede ejercitar una actividad cualquiera, por lícita que sea, causando daño a los demás, amparándose en el pretexto de que, a pesar de suponer normalmente un daño colectivo a corto o largo plazo, es útil o necesario para el desarrollo industrial del país. Si alguien demuestra haber sufrido daño y señala al agente que lo ejerce, tiene derecho a ser indemnizado del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, o caso fortuito o de la culpa exclusiva de la propia víctima". (1)

Entre nosotros, por lo que toca a esta modalidad especial de la responsabilidad extracontractual por contaminación

(1) Corte Suprema de Justicia, sent., abril 5 de 1962, en "Revista Estudios de Derecho", vol. XXXV, No. 89, pág. 194

atmosférica, pueden señalarse dos posiciones doctrinarias y jurisprudenciales diferentes, según que se estime necesario o no el supuesto de la culpa. Se ha sostenido, de una parte, que, tratándose de la violación de cierta clase de relaciones de vecindad, no previstas especialmente en la Ley, ellas dan lugar a indemnización auncuando no concurra culpa. De otra parte se ha dichontambién (y esta es la doctrina actual de la Corte), que dados los principios que informan nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual, en todo caso, se exige la culpa (probada o presunta) como elemento esencial de ella.

6.1.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Entre nosotros, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia registró la aparición y desenvolvimiento de la teoría del riesgo en sentencia de 26 de noviembre de 1937, e inclusive en algunos de sus fallos (sentencia de 31 de agosto de 1954, entrenotros), aseguró la posible conveniencia de acogerla en el futuro cuando el desarrollo social en Colombia se complicara hasta el punto de que la proliferación de las actividades peligrosas, de las relaciones vecinales, etc., pudieran rebasar la noción clásica de la culpa. Sin embargo, posteriormente, al verse precisada a fijar una posición respecto de tal teoría, se pronunció categóricamente en favor de la tesis tradicional de la responsabilidad subjetiva. Así, en sentencia de 5 de abril de 1962 sentó la siguiente doctrina jurisprudencial que ha sostenido en forma reiterada:

"1.- La concepción técnica del abuso del derecho se mueve dentro de la idea de culpa de quien lo ejerce como titular. Así, apenas forma un capítulo en el marco de la responsabili-

dad aquiliana.

"Pero como frente a este criterio, los principios que colocan los derechos subjetivos en función de coexistencia social no pueden sustraerlos del concepto de relatividad, el abuso es entonces mirado como desviación del derecho, que envuelve el deber de indemnizar el daño por el nexo de causa a efecto, abstracción hecha de la idea de culpa. En esta forma el abuso del derecho adquiere carácter autónomo.

"2.- Con todo, mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor. Sólo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que abanzan la ciencia, la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y las artes, hasta el punto de que en la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de lo imprevisible.

"Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aún plausibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general.

"3.- Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las ve-

cinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esta actividad socialmente útil es sin embargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común establece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el Art. 2356 del C. C., como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de indemnización, ha de ser, ante todo, el autor directo del daño". (2)

Luego, en sentencia de 8 de mayo de 1969, cuyo ponente fue el H. Magistrado Guillermo Ospina Fernández, reiteró tal doctrina y agregó a lo anterior:

"No encuentra la Corte razones valederas para revaluar su precitada doctrina, más sí otras que conducen a su reiteración. Verdad sabida es que la vida social conlleva numerosos riesgos para quienes en ella participan y que aquellos se multiplican al ritmo del desarrollo material de dicha vida. Entonces y en principio, el sufrir los efectos de estos riesgos es para el individuo tan natural como padecer los que le causan las fuerzas físicas. La equidad, norte y guía de toda elaboración jurídica y de toda hermenéutica, únicamente autoriza el traslado de la carga de estos riesgos del damnificado hacia otra persona, cuando esta última ha faltado al deber primordial que tiene como ser político de observar una conducta

(2) Corte Suprema de Justicia, sent., abril 5 de 1962, "Revista Estudios de Derecho", Vol. XXXV, núms. 89-90, pág. 194

honesta y prudente, que al propio tiempo que le permita satisfacer sus intereses legítimos, evite la lesión injusta de los derechos ajenos. Tal es el fundamento deontológico del máximo postulado NEMINEM LAEDERE que se traduce en la ya mencionada regla, según la cual nadie ha de sufrir perjuicio por la culpa ajena (NEMO EX ALTERIA CULPA PRAEGRAVARI DEBET), cuyo solo enunciado implica la calificación moral de la conducta de aquel a quien se sindique de injuria a otro. Repugna, en una concepción espiritualista, la pretensión de estructurar la institución de la responsabilidad en general, y cuyo efecto civil, consiste precisamente en trasladar el daño experimentado por la víctima a otra persona llamada a indemnizarlo, y esto a base de un criterio materialista que, al prescindir de la valoración ético-jurídica de la conducta humana opera en forma mecánica e incurre en la injusticia de sancionar a quien está exento de toda falta. Esta es la filosofía que emana de la Ley Aquilia y que, combinada con el profundo sentido práctico de los jurisconsultos romanos, condujo a que se sustituyera la imputación física por la moral como fundamento de la responsabilidad civil; pero sin descuidar la debida protección de la víctima al exigirle a toda persona por el solo hecho de vivir en sociedad, la máxima diligencia y prudencia en sus actuaciones, so pena de responder hasta por su culpa levísima (IN LEGE AQUILIA ET LEVISSIMA CULPA VENIT). Y esta es la filosofía que al respecto ha inspirado desde entonces al derecho occidental, a los principales modelos de nuestro ordenamiento civil y a este mismo.

"Agrégase a lo dicho que nuestro sistema y su interpretación jurisprudencial, procuran en la máxima medida la protección de los asociados contra el hecho ajeno, puesto que no se limitan ellos a exigirle a todo individuo la máxima prudencia,

o sea la prestación de la culpa levísima, que consiste en la falta de la más esmerada diligencia, sino que también, por aplicación generalizada del Art. 2356 del C. C. en punto de actividades peligrosas, establecen la presunción de dicha culpa. Por esta vía llégase según lo dice el fallo de la Corte antes transcrito, a que la exoneración de responsabilidad de quien haya participado en actividades de aquella índole resulta extremadamente difícil, pues este tendrá que establecer que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es que el daño demostrado se produjo a consecuencia de un caso fortuíto, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve, por lo tanto razón alguna para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva". (3)

En sentencia de 30 de abril de 1978 y cuyo ponente fue el Doctor Humberto Murcia Ballen, la Corte Suprema de Justicia sentó la jurisprudencia que sobre responsabilidad civil por la contaminación del medio ambiente se transcribe a continuación:

"1.- Sin embargo, de que, como brota del contexto de las dos demandas de casación que se han analizado, ninguno de los recurrentes impugna la sentencia del Tribunal de Medellín en lo que atañe a la cuestión de fondo que constituye el objeto del proceso, esto es, la responsabilidad civil por la contaminación del medio ambiente, con el propósito de cumplir la fun

(3) Corte Suprema de Justicia, sent., mayo 8 de 1969, "G. J." t. CXXX, pág. 97

ción unificadora de la jurisprudencia nacional, que es objetivo primordial de la casación, la Corte estima necesario exponer aquí, así sea brevemente, su criterio en torno a la CUA - ESTO JURIS planteada, que constituyó el soporte cardinal de - las resoluciones condenatoria a que llegaron los juzgadores - de instancia y sobre cuya naturaleza y caracteres aún no se - ha pronunciado la jurisprudencia colombiana.

"Y el pronunciamiento enunciado se procede porque, como con acierto lo expone la doctrina universal, al través de la casación la misión de la Corte Suprema no es sólo la restauración del derecho objetivo perturbado, cuando lo ha sido por - la sentencia combatida, sino también y fundamentalmente la afirmación de una doctrina que, con relación a las normas legales aplicadas en el fallo impugnado y con la subsunción de - los hechos a las mismas, ofrezca a la comunidad garantías de certeza y estabilidad en el presente y para el futuro.

"2.- Sostiene la demandante que las dos compañías demandadas, como empresarias de una planta de producción de ácido sulfúrico que funciona a 250 metros de distancia de la fábrica de Hilazas que aquella explota, le ha causado graves per - juicios desde hace varios años a sus instalaciones, maquinaria y equipos, como consecuencia de las emanaciones permanentes de "gases residuales en cantidad tal que equivale a 700 - kilogramos por día de dióxido de azufre o anhídrido sulfuroso (SO_2) o sea un poco más de una tonelada diaria de ácido sulfúrico", representada en 100 miligramos de esa nociva sustancia por cada metro cúbico de aire, cuando la proporción internacionalmente aceptada no excede de 12 a 13 miligramos.

"Se trata, entonces, de aquilatar, para dilucidarla, la

cuestión de si una empresa industrial tiene o no tiene el derecho de contaminar así la atmósfera en perjuicio de terceros.

"3.- Quienes idearon y aún sostienen, en el terreno de la responsabilidad civil, la llamada teoría del RIESGO CREADO, tuvieron el indiscutible acierto de llamar la atención hacia un hecho que por su trascendencia se presenta como relievante en el panorama de la vida social moderna: el uso constante y progresivo de máquinas y fuerzas motrices, la mayoría de ellas descubiertas, o inventadas, y puestas al servicio del hombre en el transcurso del siglo XX, ha traído como secuela el factor peligrosidad, que ciertamente se lo consideró de escasa importancia en épocas pretéritas.

"Tal es, a la postre, el aspecto positivo de la teoría en comento. Porque su aspecto negativo, o sea el de propugnar por la abolición del criterio ético de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil aquiliana, para sustituírlo con el simplemente objetivo del riesgo creado y cuya justificación preténdese encontrar en el aforismo UBI EMOLUMENTUM IBI ONUS, ha sido desaprobada por la jurisprudencia de algunos países, entre ellos Colombia. En éstos, la solución que generalmente se ha dado al problema no se aparta de la clásica; del daño causado en el ejercicio de una actividad peligrosa se presume la culpa del agente, presunción que subsistirá entretanto no se la infirme con la prueba de la fuerza mayor, del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño, dentro del cual cabe el error de conducta de la víctima.

"4.- Las actividades peligrosas, derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presentan, empero, un nuevo aspecto, más actual y acaso de mayor trascendencia que el del

simple RIESGO: muchos de esos elementos de corriente empleo - en el medio social, comportan no solamente la amenaza de llegar a lesionar a terceros (accidente aéreo, colisión de automóviles, estallido de una caldera, verbigracia), sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole, aparentemente inevitables, cuales son los ruidos ensordecedores (aviones, ferrocarriles autobuses, motocicletas, fábricas), los olores desagradables - (plantas de abonos orgánicos), las contaminaciones letales - (fumigación aérea), las trepidaciones o vibraciones capaces - de destruir instalaciones de diverso género (decolaje o aterrizaje de aereonaves, estallidos de dinamita u otros explosivos), las corrosiones (gases residuales de ciertas fábricas), el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y enseres (chimeneas de instalaciones industriales), para no citar sino algunos ejemplos.

"Independientemente de la reglamentación que el Estado - dé a estas actividades, socialmente útiles y aún necesarias - pero también peligrosas, el derecho civil no puede mostrarse indiferente ante las consecuencias nocivas que traen para los integrantes del conglomerado social. Es preciso, entonces, - husmear las fuentes de la responsabilidad civil para encon - trar una solución justa, y ésta se halla dentro del ámbito - del principio romano NAEMINEM LAEDERE, fundamento clásico o - insustituíble de la responsabilidad aquiliana.

"5.- Dentro del inmenso y cada día más creciente campo - que abarca esta especialísima rama del derecho, doctrinas y - jurisprudencias foráneas han ubicado el asunto planteado precisamente en el terreno de la TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO, - cuyos lineamientos generales, por lo que toca con el Derecho

Civil colombiano, podrían definirse así: a) generalmente los derechos subjetivos pueden y deben ejercerse sin causar daño a los demás; y b) por excepción, los hay que no pueden ser ejercidos sin lesionar un derecho ajeno.

"Los derechos que integran la primera de estas dos clases constituyen, como se deja dicho, la regla general. Nadie puede hacer uso de ellos, ciertamente, en perjuicio de terceros. La Ley no los ha reconocido o conferido como facultad que permite atentar contra el derecho ajeno, sino como medio legítimo de satisfacción de necesidades individuales o colectivas sin perjuicio de los demás. El que daña a otro so pretexto de usar de un derecho cuyo ejercicio no implique ineludiblemente daño ajeno, no está ejerciéndolo, sino abusando de él. Por lo consiguiente, incurre en hecho ilícito el que cree o aparenta estar usando legítimamente un derecho del que en realidad no está sirviéndose dentro del límite que ordinariamente tienen los derechos: NAEMINEM LAEDERE, no dañar a otros. Si este hecho ilícito es cometido dolosa o culposamente, o sea, sin que medie fuerza mayor o caso fortuíto, el agente del daño es civilmente responsable por abuso del derecho.

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

"Muy excepcionalmente, según también quedó expresado, - hay determinados derechos que sólo pueden ejercerse causando daño, como son verbigracia, el de la legítima defensa (Art. - 25 del Código Penal) y el de construír un pozo artesiano en - suelo propio en perjuicio del vecino (Art. 1002 del Código Civil). No es lícito, empero, ejercer estos derechos, y por ende su ejercicio genera responsabilidad aquiliana, cuando el - daño que se causa es desproporcionado, ora en relación con la agresión que se afronta, ya con la utilidad o provecho que el agente reporte, respectivamente, es decir, cuando el perjui - cio resulta excesivo.

"En tal hipótesis, haya dolo o simple culpa, esto es, - sin que medie fuerza mayor o caso fortuíto, el titular del derecho lo ha ejercitado abusivamente y es responsable por he - cho ilícito. Y, no sobra decirlo, la culpabilidad del agente del daño aquí también, se presume, porque los hechos ilícitos deben suponerse libremente ejecutados mientras lo contrario - no se demuestra.

"6.- Enlistados en la primera clase indicada, quedan los derechos de hacer uso de máquinas y fuerzas motrices. Y es - palmar que muchos de estos elementos, por el solo hecho de - ser utilizados, producen daños que afectan a terceros en menor o mayor escala, como se aprecia claramente en algunos de los casos atrás citados a guisa de ejemplos; hasta donde hoy ha llegado la técnica, los vehículos automotores, las fábricas, las sustancias explosivas, no podrían actuar sin producir humos ni ruidos. Los primeros han sido y continúan siendo la causa del alarmante problema de la contaminación del medio ambiente, que, por los excesivos inconvenientes que trae consigo, ha impulsado a los científicos del universo a estudiar-

lo en pos de la búsqueda de soluciones para evitarla o cuando menos para reducirla en sus efectos nocivos.

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

"Más cuando quiera que la lesión causada por la contaminación ambiental sea imputable a persona determinada y la sufra una víctima también determinada, allí surge la cuestión de la responsabilidad civil, por la razón apodíctica de que si bien es verdad que numerosas máquinas y fuerzas motrices producen daños en sí mismos, se puede sin embargo procurar que no los causen a determinadas víctimas. Así, el decolaje y aterrizaje de aereonaves, por ejemplo, implican de suyo la producción de gases, trepidaciones y ruidos más o menos insoportables; pero si los aereopuertos se construyen en lugares prudentemente retirados de los perímetros urbanos, tales fenómenos no afectan a persona alguna. Igualmente, una fábrica de abonos orgánicos, o de ácidos tóxicos o nocivos difícilmente podría funcionar sin que de sus instalaciones escapen desagradables olores; más a ningún particular afectarán estos, si la planta de elaboración o los depósitos de materia prima se sitúan en despoblado, o si se toman determinadas y precisas precauciones técnicas que neutralicen los olores dichos. Así, en fin, las chimeneas de las instalaciones industriales dejan escapar frecuentemente humos venenosos y en ciertos casos hasta letales; sin embargo, ubicándolas adecuadamente, o adoptando determinadas medidas, como el lavado científico de los gases

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

o la construcción convenientemente elevada de las chimeneas - dichas, el vecindario no sufre perjuicio.

"7.- La vida en sociedad no sería posible, ciertamente, si los asociados no debieran aceptar algunos inconvenientes - resultantes de actividades que sean socialmente útiles y aún necesarias. Pero si ello es verdad, desde el punto de vista - jurídico no lo es menos que esos inconvenientes, sólo deben - ser sufridos por las víctimas cuando ellos no sobrepasen lo - que es considerado como ordinario o normal; los inconvenien - tes extraordinarios, precisamente por resultar excesivos, no están autorizados y por ello constituyen injusto ataque al de recho de otros, que, por tanto, compromete la responsabilidad civil del agente.

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

"En el campo del derecho civil, se repite, nadie puede, salvo muy contadas excepciones expresamente previstas en la - Ley, ejercitar una actividad cualquiera, por lícita que sea, dañando a los demás, amparándose en el pretexto de que, a pe- sar de suponer normalmente un daño colectivo a corto o largo plazo, es útil o necesaria para el desarrollo industrial del país. Si alguien demuestra haber sufrido daño o a causa de - ella y señala al agente que la ejerce, tiene derecho a ser in demnizado del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor,

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

o caso fortuíto o de la culpa exclusiva de la propia víctima". (4)

6.2.- Fundamentos jurídicos de la Responsabilidad Civil por Contaminación del Medio Ambiente.

Si en nuestro medio no se han dado antecedentes acerca de la responsabilidad por contaminación atmosférica y sólo ahora se ha venido a legislar sobre esta materia, no significan tales circunstancias que un hecho de tal naturaleza pueda quedarse sin una sanción jurídica adecuada. Evidentemente, el juzgamiento podrá hacerse en base al ordenamiento preexistente, sin que de otra parte pudiera parecer extraña cualquier referencia que tangencialmente se hiciera a otras disposiciones de reciente expedición sobre todo si se tiene en cuenta la norma contenida en el Art. 18 de la Ley 153 de 1887.

Es necesario, entonces, ubicar el caso de la responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente dentro de las diferentes hipótesis de responsabilidad extracontractual que el ordenamiento jurídico tiene previstas y con base en ellas proceder a deducir los efectos jurídicos queridos por las partes en conflicto y que las mismas normas pregonan.

En efecto, en el caso sub judice se está frente a un caso de responsabilidad directa de carácter extracontractual, y por la manera especial como se presentan los hechos dañosos, se ha de encuadrar dentro de las previsiones del Art.

(4) Corte Suprema de Justicia, sent., abril 30 de 1978, en "Revista Estudios de Derecho", vol.XXXV, núm. 89-90, pág. 257

2356 del C. C., porque resulta innegable que en estos casos, el perjuicio tiene su origen en una actividad de las consideradas "peligrosas" tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

De otra parte, también puede estimarse que el presente caso encuadra dentro de la responsabilidad por el goce "anormal" o "daño excesivo" o "molestias excesivas" en las relaciones de vecindad, responsabilidad que tiene como fundamento la violación de los Arts. 30 de la Constitución Nacional y 669 del C. C.

6.2.1.- Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Art. 2356 del C. C.

Como ya se dijo en un capítulo anterior, antiguamente, la principal fuente de daños se encontraba en el hecho propio, en el hecho ajeno de personas que se hallan bajo el cuidado de otras y en el de ciertas cosas, como el de animales y ruina de edificios. Pero la época actual, creó una nueva y fecunda fuente de daños: los causados en actividades peligrosas, los cuales tienen su origen principal en el aprovechamiento de toda suerte de máquinas y nuevas energías: el automóvil, las naves aéreas, marítimas y fluviales, la electricidad, etc.

Para decretar una indemnización por esta clase de daños resultó insuficiente el criterio fundado en la culpa, puesto que la causa de la mayor parte de accidentes es desconocida; con razón se ha dicho que el hombre moderno "utiliza fuerzas de las cuales él mismo desconocensu naturaleza y poder". Igualmente, el criterio de una simple presunción de culpa, como sucede con los daños debidos al hecho ajeno, resulta impo-

tente, pues el daño de una explotación bien podría demostrar que ha puesto todos los cuidados del caso para evitar accidentes y que éstos se han realizado a pesar de todas las previsiones tomadas.

De aquí la necesidad de estatuir un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños eliminando todo criterio de culpa. El dueño de la explotación o industria debe responder directamente de los daños que tengan su causa en la mencionada industria o explotación, de suerte que sólo puede exonerarse de responsabilidad acreditando que el daño no tuvo su causa en la explotación sino en un hecho extraño (fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima). Al dueño de la explotación no se le permite exonerarse de responsabilidad acreditando la simple ausencia de culpa, como ocurre con la responsabilidad por el hecho ajeno a que se refieren los Arts. 2347 y 2349 del C. C.

La responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, régimen extraordinario en que el Código mira a la potencialidad nociva de ellas, que hacen que quien las ejerza se aproxime más peligrosamente al campo personal y patrimonial de los asociados causándoles perjuicio, está contemplada en el Art. 2356 del C. C., que dice:

"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

"Son especialmente obligados a esta reparación:

"1o.) El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

"2o.) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o -

de noche;

"3o.) El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

Los casos ejemplarisantes que trae la disposición citada son meramente enunciativos, y por tanto su interpretación debe hacerse en forma amplia; el legislador se valió de ellos porque en su época eran el prototipo de actividades peligrosas, y sin duda de otros ejemplos se habría valido, si en ese entonces hubiera conocido el ferrocarril, el automóvil y otras nuevas actividades creadas por la civilización moderna y que en sí mismo ofrecen peligro.

La Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Doctor Ricardo Hinestrosa Daza, dijo:

"Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el Código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa, en forma que, junto con sus indecibles favores, ha traido también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos como ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones para que no caiga el transeúnte, o el dejar en esta do de causar daño la obra de construcción o reparación de un acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá ima

ginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y este parece lento ante el vehículo, y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial.

"La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas, y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esta clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí tambien que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, si no en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.

"A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.

"Fortuna paramel juzgador colombiano es la de hallar en su propio Código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

"Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad.- De donde se sigue que la carga de la prueba, ONUS PROBANDI, - no es del damnificado sino del que causó el daño, con solo poderse imputar esta a su malicia o negligencia.

"No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que, simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un atomóvil, el hecho dañoso lleva en sí - aquellos elementos, a tiempo que la manera generosa de producir los daños de esta cuenta o índole impide dar por previsto al damnificado de los necesarios elementos de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que - sencillamente supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines, con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él - comienza la peligrosidad; quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima...". (5)

(5) Corte Suprema de Justicia, sent., marzo 14 de 1938, "G. J Núm. 1934, pág. 215

El valor de la jurisprudencia que se ha sentado sobre el Art. 2356 del C. C. debe medirse, no como una simple interpretación extensiva mediante el procedimiento de la analogía, ya que poca semejanza existe entre remover las losas de una acequia y conducir un automóvil, un ferrocarril, etc., sino más bien como una verdadera investigación de nuevas soluciones - que era necesario dar a un sinnúmero de problemas creados por una nueva civilización. Toda la jurisprudencia encuentra un - punto de apoyo más directo y lógico en el Art. 8o. de la Ley 153 de 1887 que autoriza al juez para aplicar "las reglas generales del derecho, cuando no hay Ley exactamente aplicable al caso controvertido.

Ahora bien, es principio o regla general del derecho que todo daño causado a otro debe repararse. Como el Código hace algunas aplicaciones de tal principio ordenando la reparación de los daños debidos al hecho propio, al hecho ajeno, al hecho de los animales, a la ruina de un edificio, la Corte Suprema no ha hecho otra cosa que extender la aplicación de la mencionada regla general a los daños causados por medio de actividades peligrosas, empleando al respecto un criterio diferente al existente para la reparación de los daños debidos al hecho propio y al hecho ajeno.

6.2.1.1.- Noción de actividades peligrosas.

Son actividades peligrosas, aquellas en que el hombre usa las cosas o energías para desarrollar su trabajo o industria, a diferencia de las actividades no peligrosas que son - aquellas que el hombre desarrolla por sí mismo o con ayuda - del trabajo ajeno, sin necesidad de cosas.

Nuestro ordenamiento positivo no tiene definido qué actividades deben ser consideradas como peligrosas, razón por la cual, en un caso dado, es necesario recurrir a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales sobre este punto.

Así, el tratadista Jorge Bustamante Alsina en su obra "Teoría General de la Responsabilidad Civil", después de precisar que el riesgo es la eventualidad, contingencia o proximidad de un daño y que, por tanto, más bien debe hacerse la distinción entre cosas peligrosas y cosas no peligrosas, dice:

"De algunas cosas se puede decir que son peligrosas pero de ninguna se puede decir, en cambio, que no lo sea en absoluto. La pólvora está siempre pronta a estallar; es peligrosa. El bastón sirve de apoyo al hombre para caminar pero puede ser el objeto con el que al caerse se lesione clavándose la punta; puede ser peligroso. Hay así una gama infinita de cosas que van desde aquellas que pueden ser peligrosas hasta las que son muy peligrosas.

"Sin embargo, un esfuerzo de sistematización nos permite ubicar en un sector las cosas que normalmente no son peligrosas, y en otro sector aquellas que son normalmente peligrosas. Las primeras carecen de autonomía para dañar; sólo son peligrosas como instrumentos del hombre. Las segundas son fuente autónoma de daños.

"Aquellas que tienen autonomía para dañar pueden ser clasificadas en cosas que tienen un peligro estático y otras cuyo peligro es dinámico. El peligro estático es el de aquellas que conllevan en sí el riesgo (latente) pero requieren un factor extraño para desencadenar el daño; el peligro dinámico es

el de las cosas que llevan al riesgo (patente) en su acción.

"El peligro es una calidad accidental de las cosas. Lo estático es el peligro que la cosa puede llevar en sí, pero no la cosa misma. Las cosas inertes pueden tener normalmente un peligro estático como la pólvora, o no tenerlo, por excepción si la pólvora estuviese húmeda. Una escalera que es inerte y normalmente no peligrosa, puede excepcionalmente tener un peligro estático si sus escalones fuesen resbalosos o se hallasen en mal estado de conservación. Lo mismo puede decirse de la calzada o de la vereda.

"Lo dinámico es el peligro que las cosas pueden tener en acción pero no las cosas mismas. Además una cosa normalmente destinada al movimiento (no inerte) puede también tener un peligro estático en el vicio de fabricación o de conservación, que cuando se ponga en movimiento pueda manifestarse y ocasionar el daño.

"Cuando nos referimos a cosas inertes nos referimos a objetos que por su naturaleza están destinados a permanecer quietos por oposición a las cosas que no lo son, y que tienen por fin el movimiento sea en un lugar fijo (un telar) o desplazándose (un automóvil).

"Las cosas inertes o no, pueden ser colocadas por un individuo en situación de riesgo y ocasionar un daño no obstante hallarse en reposo. Como si una cosa cualquiera es puesta en medio de la calzada en una avenida y un vehículo la atropella lesionándose el conductor. En este caso el daño no es causado por el vicio o riesgo de la cosa, sino por el hecho del hombre con la cosa que colocó de un modo imprudente; su res -

ponsabilidad está regida por la primera parte del agregado al Art. 1113". (6)

Una noción más exacta de las actividades peligrosas puede deducirse de los casos considerados como tales por la jurisprudencia en sus fallos sobre este problema. Según la jurisprudencia, son actividades peligrosas: la explotación de los ferrocarriles; las empresas de automotores; las empresas de energía eléctrica en razón de su establecimiento, de su explotación, o de los defectos imprevistos; las empresas que utilizan aviones ya sea en razón de su aterrizaje, ya en razón de su funcionamiento en el aire, etc.; la construcción de colectores, la construcción de edificios y, en general, la hechura de cualquier obra, etc.

6.2.1.2.- Caracteristicas de esta responsabilidad.

El tratadista Mario Montoya, señala como principales características de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, las siguientes:

"a) El daño puede derivarse de un acto del agente, o de un efecto mecánico procedente de una actividad técnica.

"b) El daño debe estar en relación con el riesgo de cosa o de empresa de que se responde: "...Ha de ser una imputación por la esfera de responsabilidad del obligado a indemni -

(6) Citado por el Tribunal Superior de Medellín, en Revista - "Estudios de Derecho", vol. XXXV, núm. 89-90, pág. 198

zar; no afirmada acerca de la conexión con el acto, sino algo sobre la relación con el riesgo y la responsabilidad; esta no se funda en el obrar injusto del agente, sino en hallarse obligado por la Ley a soportar el riesgo de producir un daño a otro, unido a una actividad autorizada".

"c) Es responsable en principio quien conoce y maneja la fuente u origen del riesgo.

"d) Se funda en una imputación más intensa, desde el punto de vista social, que la responsabilidad por culpa.

"e) La actividad generadora de peligro es voluntaria, y su titular debe ser conocedor de la naturaleza peligrosa de aquella". (7)

f) No sólo se exige un daño efectivamente causado, sino también un nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la explotación peligrosa.

6.2.1.3.- Naturaleza de la responsabilidad por daños causados en actividades peligrosas.

Por largo tiempo se consideró que el precepto consagrado en el Art. 2356 del C. C. no era más que una repetición de la norma trazada en el Art. 2341 del mismo Código. Pero con el desarrollo doctrinario y la preocupación creciente de la jurisprudencia por abrir nuevos derroteros en el campo de la responsabilidad, pronto fue abandonada la anterior doctrina y

(7) MONTOYA, Gómez Mario, ob. cit., pág. 261

se configuró la actualmente vigente, partiendo del hecho de - que el Art. 2341 se refiere a daños causados por hechos pro - pios, y, el Art. 2356 se refiere a otra clase de daños y es - tos son los causados por actividades peligrosas.

Ahora bien, la distinción que se ha hecho por la doctrina y la jurisprudencia entre daños causados por el hecho propio y daños causados por actividades peligrosas, comporta ante todo un problema probatorio, pues mientras el Art. 2341 autoriza la indemnización cuando la víctima prueba la culpa o - el dolo del autor del daño, el Art. 2356 le releva de esta obligación arrojando la prueba de la irresponsabilidad sobre - la persona que ejercita actividades reputadas peligrosas; a - la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido y será el demandado quien debe comprobar que el accidente ocu - rrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o fuerza mayor o caso fortuito, para exonerarse de toda responsabilidad.

La jurisprudencia colombiana ha dicho en varios fallos - que en los daños causados con ocasión de actividades peligrosas existe una presunción de culpa (llamada también de responsabilidad e igualmente presunción de peligrosidad). Sin embargo, el lenguaje rigurosamente jurídico cualquiera de las tres expresiones es inexacta. En estos casos, no se presume la culpa, puesto que se trata de una responsabilidad sin culpa; y - tampoco se presume la responsabilidad, pues ésta indica la obligación de reparar un daño y jamás se presume la existencia de una obligación. Finalmente, Qué sentido tiene la expresión presunción de peligrosidad? Lo que sucede es que existen ex - plotaciones que en sí son peligrosas, y por tanto, los peli -

gros o riesgos de una explotación existen en sí, sin necesidad de presumirlos.

Por otra parte, la Corte ha dicho que la responsabilidad especial por actividades peligrosas no es equivalente a la objetiva o del riesgo.

De la lectura de algunas de sus sentencias, se deduce claramente que esta Corporación no tiene un concepto claro de los postulados de la responsabilidad objetiva. En efecto, en una de ellas la Corte dijo expresamente: "La responsabilidad del Art. 2356 del C. C. no equivale a la teoría del riesgo, por cuanto lo que se presume en él es la culpa y no el daño". (8). Esta afirmación es inexacta. En la responsabilidad objetiva o por riesgo el daño extracontractual jamás se presume. En qué quedarían convertidas las reglas de la responsabilidad civil el día en que de simples indicios pudieran deducirse daños sin necesidad de demostrarlos?

Otro de los argumentos de la Corte para combatir la teoría del riesgo, consiste en afirmar que dicha teoría es un retroceso del derecho a sus más primitivas etapas en que la sanción pecuniaria de la compositio se imponía con la sola verificación del nexo físico entre el daño a la víctima y el hecho ajeno. Según la Corte, el acogimiento legislativo y jurisprudencial de la novedosa teoría del riesgo, haría perder el esfuerzo secular de los jurisconsultos romanos en pro de la humanización del derecho. Sin embargo, entre la concepción bárbara de la venganza privada y la teoría del riesgo no exis

(8) Citado por Valencia Zea Arturo, ob. cit., pág. 264

te asimilación posible. La venganza privada no tiene ningún - principio moral que la justifique, en cambio, la teoría del - riesgo está esencialmente fundada en la moral y la equidad, - porque trata de atender a la imperiosa necesidad de favorecer a las víctimas de los accidentes multiplicados por la vida moderna.

De la misma gravedad es la afirmación hecha en otra de - sus sentencias, de que en la teoría del riesgo "no se permite exoneración de responsabilidad mediante la fuerza mayor, en - cambio, en la del Art. 2356 sí se permite alegar la fuerza mayor para descargarse de responsabilidad". A ningún defensor - de la teoría del riesgo se le ha ocurrido afirmar que en la - teoría objetiva se responde aunque la causa concreta del daño no sea la explotación peligrosa sino un hecho ajeno no imputable a la explotación. La fuerza mayor es un acontecimiento extraño a la empresa; un acontecimiento que tiene la virtud de destruir, tanto el elemento de la imputabilidad como el del - nexo causal entre daño e imputabilidad. Del único elemento - que se prescinde en la teoría del riesgo es de la culpa, pero se exigen los demás elementos: imputabilidad, daño y relación de causalidad entre la imputabilidad y el daño.

Además, al establecer la Corte en los casos de responsabilidad por actividades peligrosas una presunción juris et de jure (diferente a la presunción de culpa de los Arts. 2347, - 2349 y 2353 del C. C.), consagra pura y simplemente el propio riesgo toda vez que no admite la prueba de ausencia de culpa.

De lo expuesto resulta que el Art. 2356 del C. C. consagra una responsabilidad objetiva o por riesgo, pues no se examina si ha existido o no culpa en el poseedor de la explota -

ción; y tan sólo se le permite, como en cualquier otro caso - de responsabilidad objetiva, acreditar que no se causó el daño, pues este jamás se presume, o que el daño no le es imputable, o que no existe nexo causal entre daño e imputabilidad.

6.2.2.- Obligaciones de Vecindad. Arts. 30 de la Constitución Nacional y 669 del C. C.

La vecindad, concepto objetivo de orden material, comprende un conjunto de factores de poderoso influjo en la elaboración de los ordenamientos jurídicos concernientes a este tema, para crear, en primer lugar, las llamadas servidumbres, unas naturales, impuestas por la situación de los terrenos y fundos, y otras, legales impuestas por la Ley, y todas con el objeto de facilitar al propietario el goce adecuado de los bienes raices; y en segundonlugar, para dar origen a deberes no específicos ni catalogados en la Ley, no sólo con aquel fin - sino también con el de lograr entre los hombres un entendi - miento en sus relaciones cuando media la proximidad de sus - fundos. Unas y otros son limitaciones de la propiedad raiz. - Así llama a las servidumbres el Art. 793 del C. C., y en cuanto a las obligaciones, la teoríandel abuso del derecho y la - del daño "anormal", es la herramienta con que la Ley frena al propietario para que no dañe al vecino en el ejercicio o goce de su derecho.

Entonces, las relaciones de vecindad se pueden distribuir en tres grupos:

a) El de las servidumbres;

b) El de las relaciones no previstas especialmente, to -

cantes al goce de la propiedad inmueble y sancionadas por la teoría del abuso del derecho, con base a la - culpa.

c) El de las relaciones tampoco previstas específicamente en la Ley y que no sanciona dicha teoría, por no - concurrir culpa en el autor del daño, el cual debe - ser reparado en cuanto sobrepase los límites de lo - normal u ordinario.

Es interesante observar cómo los autores y la jurispru - dencia clasifican paralelamente a aquella división de los nexos vecinales, los actos con que el propietario de un inmueble puede comprometer su responsabilidad:

a) Actos ilegales, o sean los ejecutados en violación de un precepto legal, por ejemplo, la negativa a demarcar o cerrar el fundo.

b) Actos abusivos, o sean aquellos intrínsecamente irreprochables, pero subjetivamente ilícitos, por razón - de los móviles que los inspiran: son los ejecutados - abusando del derecho, esto es, incurriendo en culpa. Y

c) Los excesivos, esto es los ejecutados sin torcida intención, ni siquiera con descuido, pero que sin embargo causan daño al vecino. Estos últimos atañen a una responsabilidad exenta de culpa, más claro, ajena a - la culpa. "No creo -dice Bonfante- que se pueda excluir la obligación de resarcimiento, por el hecho de - que el ejercicio de la industria sea de tal naturale-

za que aún con las mayores precauciones fatalmente hayan de - producirse de vez en cuando efectos perniciosos para los vecinos". (9)

La teoría del abuso de los derechos, sirve para medir esas obligaciones del propietario, si bien no con toda la amplitud requerida, ya que aplicada mediante el criterio técnico - que es el adoptado por la doctrina jurisprudencial colombiana- no puede comprender sino los casos en que concurra culpa del titular del derecho.

De allí la necesidad de un instrumento que dejando a un lado la culpa como fuerza generadora de responsabilidad extracontractual, sancione, sin embargo, los actos humanos que perjudiquen al vecino, con la obligación de resarcir. Tal instrumento reposa en un factor objetivo, de apreciación en cada caso, cual es el daño "anormal" que en dichas relaciones se produzca, y que, por lo mismo no puede pesar razonablemente en - quienes han venido a quedar colocados por lo general al acaso.

6.2.2.1.- Caracteres de las relaciones del tercer grupo.

La doctrina y la jurisprudencia piden, para que esta responsabilidad exista, que la perturbación sea "anormal".

Se entiende por perturbación "anormal", la que traspasa los límites de la tolerancia que es natural y del rigor entre individuos de la especie humana, a quienes la contigüidad o - proximidad de sus predios ha acercado fatalmente. Como se trata del ejercicio lícito de la propiedad, la doctrina enseña -

(9) Citado por De Aguilar, Díaz José, ob. cit., pág. 317

que las perturbaciones, mientras no excedan de lo ordinario, de lo prudente, deben ser toleradas sin lugar a resarcimien - tos; no así cuando sobrepasen ese límite. Las vibraciones o - ruidos que a la casa vecina transmiten las máquinas de una fábrica, siempre que no pasen de incomodar ligeramente a los habitantes, las inmisiones por humedad o calor sin trascendencia, son consecuencias naturales, ordinarias, normales, del ejercicio de la propiedad raiz, cuya ocurrencia no puede atribuirse a malos propósitos, ni siquiera a descuido, ni aún a - desdén o indiferencia hacia el hecho de tener en las inmediaciones a otros seres humanos que obligan nuestra considera - ción, nuestra indulgencia y conformidad.

Pedro Bonfante, de la Universidad de Roma, dice que "en cuanto a los límites de la tolerancia, nuestros tribunales - los fijan atendiendo con sentido práctico, a la contraposición entre uso fundado y uso industrial, entre incomodidades simples y daños sensibles, o bien entre perturbaciones, molestias e inconvenientes y daños verdaderos y propios. A veces - se insiste sobre el carácter grave, excesivo, insoportable de las molestias o incomodidades, sobre la circunstancia de que excedan de lo tolerable por una persona sana y normal. Precisamente para fijar estos límites de tolerancia es para lo que deben invocarse las necesidades de la existencia social...". (10)

Además, se aceptan como factores de la anormalidad en el daño:

a.- La duración, la permanencia, la continuidad de los tras -

(10) Citado por De Aguilar, Díaz José, ob. cit., pág. 318

tornos;

b.- La gravedad e intensidad de los mismos, en que influye el primer factor;

c.- Las condiciones personales de los vecinos, de mucha influencia en cada caso. Al juez corresponde apreciar cada situación.

6.2.2.2.- Naturaleza de la responsabilidad en las obligaciones de vecindad.

La doctrina se ha debatido entre dos extremos: el de la "necesidad" o el de la "inutilidad" o "inexistencia" del factor culpa en la responsabilidad producida por las molestias, transtornos y perturbaciones tocantes a las relaciones del tercer grupo.

Henry y León Mazeaud plantean la primera tesis: "Se puede molestar en cierta medida a los vecinos; una tolerancia es necesaria de parte de quienes viven en sociedad. Pero, hay un límite que no debe traspasarse. Un individuo prudente no lo traspasa. Sin duda el propietario que no obra con intención de perjudicar obra en su interés propio; pero comete una culpa, en el desarrollo de su actividad, obligando a los vecinos a soportar más de lo que es soportable. La culpa no existe en tanto que el perjuicio no revista cierta importancia; más, desde que el daño excede este límite, hay culpa". (11)

Otros autores igualmente notables siguen acogiéndose a

(11) MAZEAUD, Henry y León, ob. cit., pág. 620

la culpa como única fuente de responsabilidad extracontractual, sin excluir la relativa a estas relaciones que no tocan ni con los gravámenes reales ni con el perjuicio originado del abuso del derecho.

En el otro extremo, o sea el de la inexistencia de la culpa, están, entre otros, Josserand, Pedro Bonfante, René Chapus, Enneccerus, Kipp y Wolf, René Savatier la admite excepcionalmente.

Josserand expone así su concepto:

"Ausencia de culpa.- Estos diferentes propietarios no han cometido ninguna falta característica; ellos han ejercido las prerrogativas que les pertenecen indiscutiblemente, y además, ellos se sitúan dentro del espíritu de la institución lejos la intención de dañar a nadie, ellos ejecutan actos de propietario, intensamente.

"Es verdad que su conducta es irreprochable, que han podido obtener, por otra parte, una "autorización" de los poderes públicos para la apertura de un establecimiento peligroso, incómodo o insaluble; a pesar de la visa administrativa, pueden ser el objeto de un recurso por parte de los propietarios vecinos, perjudicados por el funcionamiento de la empresa; la autorización no fue dada sino bajo reserva de los derechos de terceros.

"Es más: la merced de una concesión no hará desaparecer la responsabilidad eventual del jefe de la empresa por los daños causados a terceros, por su funcionamiento.

"Es necesario renunciar, se ha visto, a la idea de culpa: el propietario o el director del establecimiento son responsables no obstante que su conducta sea irreprochable, aunque no hayan cometido ninguna culpa, ninguna imprudencia y aún en el caso de tratarse de un servicio público organizado en interés de la colectividad.

"Se ha recurrido, para explicar esta responsabilidad a hacer intervenir el concepto de abuso del derecho: el propietario que causa un daño a sus vecinos hace de su derecho un uso abusivo. Pero, esto es desconocer el sentido y el fundamento de la teoría del abuso de los derechos, la cual se refiere a una desviación de éstos, que no concurre en los casos practicados; ello no es abusar de un derecho sino explotar un establecimiento comercial o industrial, un sanatorio, una mina o una línea férrea. Por otra parte, el abuso consiste en una - culpa, en la cual se buscará en vano los distintivos de aquella responsabilidad. El director del establecimiento ejecuta actos de propietario, intensamente; él permanece dentro del - espíritu de la función, en el campo de la institución". (12)

Entonces, por los rasgos de las relaciones tocantes al - tercer grupo, por la gradación que admiten las perturbaciones y que lleva a que unas sean reparadas y otras no, y sobretodo por la circunstancia de que no juega en ellas la noción de culpa, estas relaciones asumen caracteres propios que las separan bastante de las demás.

El Doctor René Chapus, profesor de la Facultad de Dere -

(12) Citado por De Aguilar, Díaz José, ob. cit., pág. 319

cho de París, emite este importante concepto:

"La responsabilidad, en esta materia, tiene caracteres - que la distinguen de otros tipos de responsabilidad. No se - trata de casos de responsabilidad en que un propietario usa - su bien sin tomar las precauciones necesarias para impedir todo daño, ni de los casos en que se sirve del bien para perjudicar a sus vecinos. En estas hipótesis, la responsabilidad - tiende a la culpa (cuasidelito o delito), cometido por el propietario o por aquellos que de él dependen. Tampoco se trata de casos en que el daño es causado por la ruina, total o parcial, de un edificio sobre un inmueble vecino. Por último, no se trata de hipótesis en que se puede decir que el daño ha sido causado por el hecho de una cosa". (13)

Refiriéndose al mismo tema ya había dicho Josserand:

"Independientemente y por encima de las servidumbres verdaderas y de las limitaciones precisas que la Ley establece - en materia de propiedad raiz, nuestra jurisprudencia reconoce la existencia de directivas generales en que ella se inspira constantemente para ejercer sobre el derecho de propiedad inmueble una fuerza complementaria de las precedentes". (14)

6.2.2.3.- Fundamento de una responsabilidad sin culpa.

La existencia de una responsabilidad sin culpa, no repugna a los principios. La tendencia, como lo anota Bonfante, se

(13) Citado por De Aguilar, Díaz José, ob. cit., pág. 320
(14) Citado por De Aguilar, Díaz José, ob. cit., pág. 321

dirige hacia allá. Las perturbaciones son fruto, por lo general, del ejercicio o goce de la propiedad, sin que en muchos casos pueda hablarse de abuso del derecho, basado en la culpa Pueden tomarse todas las precauciones que aconseja la ciencia o el arte, y sin embargo puede producirse el daño. Hay factores que escapan no sólo a la prudencia a la diligencia, sino también a las reglas de determinada técnica.

Para Josserand, se justifica tal carga de reparar, por la "igualdad" llamada a regular las relaciones de los propietarios vecinos, por la "correlación" de las cargas y derechos entre ellos y la "necesidad" de que un trastorno o turbación por fuera de lo ordinario, tenga un contrapeso.

En síntesis, el daño puede producirse no obstante haber tomado el propietario todasllas precauciones; luego no puede haber responsabilidad por culpa. No faltan casos en que sea difícil o imposible probar que se tomaron, como en aquellos relacionados con las edificaciones ya concluidas y en cuya construcción no observó el vecino nada irregular que lo lleva se a intentar acción polisiva o posesoria; como en aquellos de ruidos o trepidaciones inevitables producidos por una industria, pero que por lo contínuos y fuertes traspasan el campo de lo prudente, de lo ordinario, de lo razonable. La vecindad impone ciertamente cargas, pero no excesivas y si en gracia de solidaridad social estamos obligados a soportarlas, en razón de esa misma solidaridad no deben exceder de esa medida.

Con ponencia del Doctor José J. Gómez en un extenso y muy bien fundado fallo, la Corte dijo:

"A) Respecto a la responsabilidad resultante de la impo-

sición y el ejercicio de las relaciones de vecindad, reales y específicas, o sean las servidumbres, esa responsabilidad entre los dueños de los predios dominantes y los titulares de los fundos sirvientes, en lo que concierne a las servidumbres naturales y a las legales, de carácter civil, está señalada en el Título 11 del Libro 2o. del C. C., que las establece, y en el Título 34 del Libro 4o. de la misma obra, sobre responsabilidad extracontractual.

"B) De la propia manera, si se trata de servidumbres voluntarias adquiridas por prescripción o destinación del padre de familia; pero, si de voluntarias adquiridas por título, la responsabilidad debe someterse a las estipulaciones del contrato o a las normas de la Ley sobre servidumbres, y de consiguiente, a las reglas de la culpa contractual o extracontractual, según los casos.

"C) En cuanto a las relaciones de vecindad concernientes al ejercicio del derecho de propiedad inmueble, con daño de los vecinos, éste debe enjuiciarse ante la teoría del abuso, con el criterio técnico, o sea de la culpa.

"D) Respecto al goce anormal y daño excesivo, por fuera de las servidumbres y del ámbito del abuso del derecho, no se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad.

"Esta última modalidad, conforme a qué textos? La acentuada corriente hacia la responsabilidad sin culpa, logra, por ejemplo, que la jurisprudencia francesa a pesar de apoyar

se en el Art. 1382 del C. C., que trata de la responsabilidad por culpa, declara responsable a quien ha tomado todas las precauciones para evitar el daño, esto es, que ha obrado sin culpa.

"En concepto de la Sala no se podría hallar en el Art. 2341 del C. C., la raiz de la responsabilidad por hechos excesivos. La noción de culpa que contiene cierra el camino. Más los Arts. 669 del C. C., y 30 de la Constitución Nacional le presentan suficiente apoyo.

"El primero enseña que el dominio es derecho real para gozar y disponer de las cosas, no siendo contra la Ley o derecho ajeno. Motejada de individualista esta definición, conlleva sin embargo en gérmen de todas las transformaciones sociales en lo atinente al derecho de propiedad. Porque dos limitaciones, a cual más fuerte, establece a su ejercicio: la ley y el derecho ajeno. Conforme a la primera, la ley podrá siempre introducirle las restricciones que considere necesarias o convenientes al orden social, y así se ha visto limitado el dominio agrario por la carga de una explotación económica. De acuerdo con la segunda, los actos abusivos en general quebrantan abiertamente el derecho ajeno, sin lugar a duda, porque la culpa es la fuerza propulsora de tales actos: y también los excesivos, ejecutados en el goce del derecho de propiedad sobre los fundos, con perjuicio de los vecinos, cuando sin culpa se sobrepasa la natural tolerancia que impone la vida cuando los hombres tienen su morada, sus negocios o industrias en las heredades o predios del contorno. El derecho ajeno es en estos casos el poder disfrutar de los bienes inmuebles sin mayores turbaciones, molestias o quebrantos, de manera que si impunemente pudiera excederse el propietario, el dominio no -

tendría la barrera del "derecho ajeno" que la definición seña la a su ejercicio.

"El Art. 30 de la Carta incorporó en nuestras institucio nes la función social de la propiedad, que implica obligaciones. Con ello se puso el país a tono con la revaluación sufri da por el individualismo de 1789, al influjo de las ideas sociales que se desarrollaron después, imprimiendo a los dere - chos del hombre y del ciudadano una finalidad social, descono cida por la revolución...".

"La función social es limitación al contenido de la propiedad y de los demás derechos constitutivos del patrimonio. El texto habla del primero, pero, una conjugación armoniosa - de los derechos subjetivos, propios del ser humano y de los - fueros de la comunidad y del hombre mismo, conjugación que ha nacido de la inconformidad universal con el individualismo a- brupto del siglo XVIII, debe comprender todos los poderes con cernientes a las cosas.

"Se comprende, por tanto, que una responsabilidad sin - culpa, en los casos de perturbaciones o daños excesivos, tie- ne obvio sustento en los Arts.n669 del C. C., que impone al - titular de la propiedad el deber de respetar el derecho ajeno, y en el 30 de la Carta que limita el dominio, en este caso so bre los bienes raices, con la función social que implica obli gaciones". (15)

(15) Corte Suprema de Justicia, sent. agosto 31 de 1954, "G. J." No. 2145, págs. 425 y ss.

6.3.- Causales de exoneración o de limitación de la responsabilidad por contaminación del medio ambiente.

6.3.1.- Fuerza mayor o caso fortuito.

El Art. 1o. de la Ley 95 de 1890, que subrroga el Art. 64 del C. C., define así la fuerza mayor o caso fortuito: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

Se ha discutido en la jurisprudencia y la doctrina, si existe o no diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor. Algunos dicen que caso fortuito es el que consiste en hechos de la naturaleza; y fuerza mayor es la que se debe a actos de los hombres.

Los juristas romanos emplearon las expresiones caso fortuito (casus fortuitus) y fuerza mayor (vis major) no para indicar conceptos separados, sino elementos de una misma noción. El casus fortuitus indica la imprevisibilidad del acontecimiento, y la vis major su irresistibilidad.

En nuestro Código no existe diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor. El efecto que ambos producen es el mismo: eximir de responsabilidad al demandado, en lo cual coincide con la doctrina del derecho comparado.

Adaptando la noción de fuerza mayor a la responsabilidad por contaminación del medio ambiente, podemos decir que: " fuerza mayor o caso fortuito, es el acontecimiento extraño a

una actividad peligrosa, producido desde fuera por fuerzas naturales o por actos de terceras personas, acontecimiento que, según la experiencia humana corriente, es imprevisible y cuyo efecto dañoso no puede evitarse tomando todas las medidas de precaución que racionalmente puede tomar un hombre diligente" (16)

De esta noción de fuerza mayor se deducen las condiciones que debe tener para que el demandado no se responsabilice:

a.- Debe ser un hecho completamente ajeno a la voluntad del demandado.

b.- Debe ser imprevisto. La imprevisibilidad debe ser absoluta, esto es, que ninguna persona lo hubiera podido prever. Se debe tratar de un hecho que no esté sujeto a cierta regularidad o a ciertas leyes físicas.

c.- Debe ser irresistible. El caso fortuito debe ser superior a la voluntad humana.

d.- Ha de tratarse de un hecho de la naturaleza que provenga de fuera y no del interior de la explotación. Un terremoto, una inundación, un acto de autoridad, provienen del exterior; en cambio, el estallido de una locomotora, un incendio, son acontecimientos que tienen su origen en el interior de la empresa, y por lo tanto no constituyen fuerza mayor. La razón de ser de esta exigencia es la siguiente: de ordinario sólo reunen las dos calidades de im

(16) VALENCIA, Zea Arturo, ob. cit., pág. 266

previsibles e irresistibles los acontecimientos que vienen de fuera, y los hechos que tienen su origen en la explotación o actividad son imputables a la misma existencia de la explotación. Sobre este particular es uniforme la doctrina del derecho comparado en el sentido de exigir que el acontecimiento constitutivo de fuerza mayor provenga de fuera y no del interior de la explotación.

6.3.2.- El hecho de un tercero.

Para que el hecho de un tercero exonere de responsabilidad al dueño o patrono de una explotación, se requiere que sea la causa determinante del daño, es decir, que sea evidente que no existe relación de causalidad entre el daño y la actividad de la explotación, sino entre el hecho del tercero y el daño. En otros términos, que el daño sea imputable en forma exclusiva al hecho del tercero y no a la explotación.

6.3.3.- Culpa grave de la víctima y concurrencia del hecho de la actividad con la culpa de la víctima.

El dolo y la culpa grave de la víctima constituyen causales de exoneración de responsabilidad, en razón de que se destruye totalmente el nexo causal entre la actividad de la explotación y el daño que se causa la víctima.

Otro caso sucede cuando la víctima mediante una imprudencia o culpa corriente ha contribuido al daño; en este caso no existe exoneración de responsabilidad sino limitación de ella según la regla del Art. 2357 del C. C.

6.4.- Legitimación activa y pasiva.

6.4.1.- Legitimación pasiva.

De los daños producidos por actividades peligrosas que contaminen el medio ambiente, responde, quien creó el peligro. Entonces, será responsable el dueño de la actividad peligrosa en cuyo beneficio se establece o existe la actividad; también puede ser responsable: el arrendatario, el usufructuario, el usuario, el concesionario, es decir, quien dirija la actividad peligrosa, o quien explote el negocio.

Si el dueño de la empresa o actividad es un menor o un demente, está obligado a responder y no puede exonerarse alegando su incapacidad, pues el fundamento de la responsabilidad que se estudia, tiene su explicación en los riesgos o peligros especiales de la actividad, según se ha dicho.

Las personas jurídicas de derecho público responden de los daños causados en la prestación de sus servicios mediante actividades peligrosas, en la misma forma que las personas de derecho privado.

6.4.2.- Legitimación activa.

Sujeto activo o legitimado para demandar será la propia víctima o sus herederos.

Según la jurisprudencia nacional, la víctima del daño debe ser un extraño a la causación de él. La Corte ha dicho que en relación con estos daños es necesario distinguir dos clases de víctimas: los terceros que no están vinculados a la em

presa que desarrolla la actividad, y los que se hallan vinculados a ella con un contrato.

En relación con la primera clase de víctimas, ellas pueden pedir indemnización con fundamento en el Art. 2356 del C. C.; pero en cuanto a la segunda clase, es necesario hacer la siguiente distinción: 1o.) las que dentro de la actividad o empresa están encargadas de realizar la acción causadora del daño; y, 2o.) los que han celebrado un contrato con la empresa pero no han contribuido a la causación del daño.

El segundo grupo (que no ha contribuido a la causación del daño), puede pedir indemnización con fundamento en el Art. 2356; en cambio, los empleados que han causado el daño no pueden ampararse con esta especie de responsabilidad, y si piden indemnización en razón del daño que se han causado, tendrán que hacerlo con base en el Art. 2341 del C. C., es decir, probando todos los elementos de la responsabilidad subjetiva (culpa de la empresa, daño y relación de causalidad entre la culpa y el daño).

La anterior distinción establecida por la Corte Suprema, a pesar de haber sido defendida en varios fallos, no tiene un fundamento sólido, porque con esta desigualdad de tratamiento ha negado toda indemnización a la persona que ha causado el daño, lo cual no es acorde con la lógica y equidad. Toda responsabilidad que se funde en el ejercicio de actividades peligrosas encuentra su más firme punto de apoyo en la imposibilidad que existe de encontrar una causa culposa en los daños que se ocasionen; si los extraños a la actividad pueden cobijarse con tal responsabilidad, no se explica por qué se exige que la persona que ha causado el daño, tenga que probar una -

culpa, cuando la realidad acredita que los mencionados daños se indemnizan con fundamento en los riesgos o peligros espe - ciales de la actividad.

6.5.- Legislación comparada.

Sólo es posible esbozar aquí toscamente la tendencia de desarrollo de los grandes ordenamientos jurídicos:

Francia llegó por medio de la jurisprudencia, a un siste ma de presunciones de responsabilidad respecto a daños causa- dos por cosas peligrosas; pero este sistema en sus resultados, se aproxima a la responsabilidad objetiva sin culpa. Responsa ble es el que mantiene la cosa peligrosa, el "gardien".

Sobre reparación del daño provocado por los actos excesi vos, a pesar de que la jurisprudencia francesa se ha venido - fundando en el Art. 1382 del C. C. que consagra la responsabi lidad por culpa del agente, ha pronunciado decisiones en que no la exige. Una del Tribunal Civil de Lyon, de 17 de junio - de 1950, declara que la turbación inferida al fundo vecino - "existe necesariamente y a despecho de todas las medidas posi bles", y ante otros Tribunales sostuvieron la obligación de - resarcir "a pesar de que todas las precauciones se tomaran pa ra prevenir los inconvenientes del establecimiento". La Corte de Casación declaró igualmente en cuanto a los daños produci- dos por la explotación de las minas: "el concesionario es res ponsable por los perjuicios que cause a los vecinos con moti- vo de los trabajos que ejecute, sin que haya lugar a exigir - prueba de imprudencia o negligencia: que haya tomado o no to- das las precauciones aconsejables, que haya o no cometido una culpa, debe en todo caso reparar el perjuicio".

Holanda, en una reforma del Código Civil, tiene prevista una cláusula general, que dice así: "El dueño de un material del que se sabe que tiene propiedades que, a pesar de todas las medidas de seguridad necesarias, pueden poner en peligro a personas o cosas, es responsable, el caso de la realización del peligro, como si éste fuera atribuible a culpa". Este país ha establecido entonces abiertamente una responsabilidad objetiva.

En los Estados Unidos se nota la clara tendencia a extender a un principio general de responsabilidad objetiva, la derivada de daños producidos en actividades especialmente peligrosas. El nuevo desarrollo norteamericano, nos muestra que incluso la responsabilidad por mercancías con fallas, encuentra su fuente fundamental en esta decisión.

Esta tendencia de los ordenamientos jurídicos en el mundo, que se reconoce más en Francia y en Los Estados Unidos, al reprimir el viejo principio de culpa quiere mejorar la situaciónn jurídica de las personas que llegaron a ser víctimas de los especiales riesgos de accidentes de la civilización moderna. En la práctica jurídica difiere sólo el modo de realización de esta tendencia.

Así, en la República Federal de Alemania y en general en todos los ordenamientos jurídicos germánicos se ha tratado de lograr esta meta, en forma distinta a lo que ocurre en los Estados Unidos y en Francia, por una cadena de tipos legales de riesgo, reglamentados por leyes especiales. En el Ministerio Federal de Justicia se halla desde 1967 un proyecto de Ley que intenta ampliar considerablemente el número de estos hechos de responsabilidad objetiva, sometidos a la reglamenta-

ción especial, por ejemplo, para los propietarios de instalaciones con vapores o líquidos bajo presión, elaboración, depósito y transporte de ciertos materiales inflamables o explosivos, para materiales venenosos y corrosivos en alto grado, - etc. Las desventajas de este estilo de legislación son evidentes: sólo se puede especificar como peligroso a un determinado grupo de empresas o instalaciones para someterlo a una estricta responsabilidad. Siempre hay el peligro de no tomar en cuenta a otras instalaciones que son igualmente peligrosas y que quizá necesitan regulación similar. Como la fabricación - industrial de materiales e instalaciones peligrosas aumenta - casi de día en día, se producen necesariamente vacíos jurídicos entre la fecha en la cual una nueva instalación fue descubierta y construida y la fecha en la que cierto material llega a ser incluido, por el proceso de legislación, en la lista vigente de materiales peligrosos. Por eso habría que pensar - también en Alemania, si no ha llegado el tiempo de desarro - llar a base del derecho comparado, el tipo general de una responsabilidad objetiva, poniendo tranquilamente en manos de la jurisprudencia el margen libre de valoración.

El Código Civil soviético, proclama francamente el criterio objetivo, en las siguientes disposiciones:

a.- El Art. 406, según el cual el juez puede ordenar la reparación, aún en presencia de las excusas, relacionadas en el Art. 403 (cuando pruebe que no podía evitarlo, que tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo en consecuencia de dolo o de negligencia grave de la propia víctima), en atención a la situación económica de las partes.

b.- El Art. 401, que consagra la responsabilidad de las perso

nas y empresas cuya actividad representa agravación de peli - gro para la colectividad, tales como compañías de transporte, fábricas, negociantes en explosivos e inflamables, etc.,admitiendo solamente exención de responsabilidad en los casos de fuerza mayor, dolo o negligencia grave de la víctima.

CONCLUSIONES

La Ecología como expresión de las ciencias naturales modernas, constituye un gran avance suministrándole al hombre herramientas de conocimiento, de gran aplicabilidad en la explotación racional de la naturaleza y proporciónándole, además, claves técnicas de prevención o neutralización del deterioro ambiental. Sin embargo, el mismo criterio integrador y de visión amplia inherentes a la Ecología y el hecho de que en el centro de la producción y de la transformación de la naturaleza se encuentre el hombre dividido en clases sociales, han motivado a que alrededor del problema ecológico, surjan interpretaciones que reducen a un simple plano técnico, todo un complejo de factores económicos, culturales y políticos, cumpliendo en lo fundamental un papel de distracción y confusión.

Así, para unos la verdadera esencia de los problemas medioambientales está en la denominada "explosión demográfica", porque según ellos, en las regiones más habitadas "es donde más desperdicios se producen". Sin embargo, en los pueblos subdesarrollados donde se alega un mayor grado de explosión demográfica, es evidente que no es tan crítico el problema medioambiental.

El desastre ecológico se atribuye también al afán destructor del hombre, a su falta de conciencia de que "todos somos responsables de todo". Para quienes sostienen este punto de vista, la solución es muy simple: depende de que cada uno de nosotros se esmere en no tener automóvil, no usar detergentes, no aniquilar los peces o las aves, etc.

Otro enfoque ecológico, entendido en el más pobre de los sentidos, sostiene que los problemas de deterioro ambiental, contaminación, agotamiento de los recursos naturales, son inherentes a la vida civilizada. En este sentido, la ciencia y la tecnología, constituyen causas básicas de los problemas ecológicos. Plantean como soluciones: detener el progreso, regresar a la vida primitiva, asimilar por parte de los países subdesarrollados la experiencia de las metrópolis industrializadas y no desarrollarse para contener la contaminación.

Ignora este enfoque todas las posibilidades nuevas, abiertas por el gran desarrollo de la ciencia de la tecnología, así como no distingue entre el uso de la técnica y la técnica misma. La utilización de tecnología (racionalmente) no implica devastación ecológica; por el contrario, la solución a la gran degradación ecológica está posibilitada precisamente por el desarrollo de la tecnología. No se trata entonces, de detener el progreso o de volver al primitivismo, sino más bien de acatar las leyes ecológicas fundamentales, entre las cuales, además del equilibrio dinámico, están las leyes del mantenimiento del flujo de energía y la de los ciclos de la materia en la biosfera.

Para poder entender la verdadera esencia de los problemas medioambientales, es necesario ubicarlos en el contexto total en que se debate el hombre de hoy, y, señalar como su factor determinante el problema de las estructuras económicas, sociales y políticas. Las otras interpretaciones ideológicas, han sido ideadas para distraer y confundir a los pueblos del mundo.

Veamos la respuesta dada por el ecólogo francés V. Labey

rie, concerniente a estos planteamientos: "Yo me he divertido a partir de los datos publicados por la revista "Science" en constatar si efectivamente había una crísis de energía y he - llegado a la conclusión de que la economía americana podría - funcionar exactamente al mismo nivel de los servicios aportados utilizando 1/5 de la energía utilizada actualmente. El - resto es desperdicio. Un desperdicio fantástico". (1)

El agotamiento sistemático de los recursos y la excesiva multiplicación de deshechos industriales, basuras y otros, no depende entonces de ningún afán innato en el hombre por des - truir la naturaleza ni del exceso de población, sino de la voracidad monopolística del sistema. Estos elementos se acele - ran, creando lo que se ha dadompor llamar "absolescencia artificial" de las mercancías, que consiste en ese afán tecnificado por acelerar la vejez de éstas. Por ejemplo, sobre las medias de nylon que antes eran más duraderas, la absolescencia artificial ha actuado para que se deterioren más rápido y se haga necesario cambiarlas con mayor frecuencia. Algo similar ocurre con las bombillas y los tubos fluorescentes. En ésta época se ha hecho más claro el principio de fabricar productos no para que sirvan (valor de uso), sino para que se vendan - más (valor de mercado).

El problema fundamental se presenta entonces, con la gran contradicción entre países industrializados e inversionistas- que con ayuda de la ciencia y de la técnica, explotan a un - "ritmo increible" todos los recursos, por una parte; y por la otra, los países subdesarrollados con su "precario desarrollo

(1) Citado por Patiño Hernando en el suplemento de "El Pueblo" Domingo 16 de noviembre de 1975, pág. 6

técnico" que se mueve desde hace largo tiempo dentro de un círculo vicioso inacabable como consecuencia inmediata de caducas estructuras.

El resultado de este conflicto es el aumento de los fenómenos de degradación que amenazan el ambiente en el cual y del cual vive el hombre, debido a la explotación irracional de los recursos naturales, deforestación, degradación del suelo, desperdicio de los recursos de agua, eliminación de la fauna salvaje, envenenamiento del ambiente, rapiña del carbón, minerales, petróleo, etc.

Se comprende así, la falacia del criterio ecológico que pretende atribuir al avance tecnológico y a la propia ciencia la responsabilidad de los problemas ecológicos, distrayendo la atención de las verdaderas causas políticas y sociales: monopolio de la ciencia, desorganización y anarquía de la producción, dependencia y atraso económico y cultural en los países subdesarrollados. Se desprende también de lo anterior, que a pesar de su limitado desarrollo industrial y de la escasa tecnificación de la agricultura, los países dominados por las metrópolis tienden a soportar una agudización creciente de los problemas medioambientales.

En consecuencia, este es un problema que no depende, obviamente de la voluntad de los países subdesarrollados. Estos se encuentran incrustados en un complejo de relaciones internacionales de tipo económico, social y político que es preciso tener en cuenta para cualquier análisis, y en este caso, especialmente para que no nos lleve a ilusiones desmesuradas o a caer en el escepticismo.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
PROCESOS TECNICOS

Si hay algo que debemos aprender de los pueblos metropolitanos de Norteamérica y Europa es sobre la lucha ecológica de carácter reivindicativo que ellos han venido librando. Han sido las movilizaciones masivas de las asociaciones de consumidores, las que han presionado legislaciones medioambientales más racionales y la restricción de muchos factores contaminantes. Decenas de destacados investigadores que se han vinculado a estos movimientos, han sido quienes han determinado y denunciado multitud de efectos nocivos, ligados al uso irracional y empírico de elementos tecnológicos, entre los que se cuentan los efectos cancerígenos de los pesticidas clorados y letales de los mercuriales; la acumulación residual magnificada de muchos pesticidas en carne, leche, hortalizas y frutas; los problemas derivados de la no biodegradabilidad de ciertos detergentes, los efectos secundarios de coadyuvantes utilizados en la industria alimenticia y de multitud de drogas, hoy prohibidas en los Estados Unidos, etc.

Desafortunadamente, el carácter relativamente espontáneo y nacional de estas luchas ecológicas, nos han afectado indirectamente, pues debido a la presión de masas en las metrópolis, los monopolios han tenido que exportar a los países del Tercer Mundo la industria contaminante y han abierto allí mercados a los enormes "stocks" de materiales prohibidos en las metrópolis; de allí que estemos invadidos de D. D. T., alquilatos, pesticidas mercuriales, coadyuvantes alimenticios e infinitud de drogas prohibidos en los Estados Unidos.

En el caso concreto de Colombia, recientemente fue promulgado el Código Ecológico (Decreto 2811 de 1974) que trata y legisla con detalle tan minucioso, que ni el país de estructuras más avansadas podría contar con los recursos y la orga-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

nización necesaria para hacerlo cumplir. Claro está, que las recomendaciones hechas por dicho Código que se acomoden a la medida de las capacidades económicas y culturales del país deben ser aprovechadas al máximo.

A escala nacional, es necesario la adopción de una legislación que en función de las peculiaridades del país suponga la prevención efectiva de la contaminación. Se podría recomendar por ejemplo y dada su urgencia, la reglamentación punitiva, mayormente tipificada y acrecentada en sus efectos de sanción, para aquellas zonas que atraviesan indudables problemas de deterioro ecológico, ante todo por causas de contaminación o degradación causada por la tecnología irracionalmente utilizada. Tomemos un caso para ilustrar lo anteriormente dicho y que tiene incidencia profunda en el futuro de la sociedad colombiana: el de la industria petrolera instalada en la Amazonía. No obstante que dichas compañías transnacionales conocen la delicadeza de la ecología "climax" de esta región, han instalado una infraestructura técnica para la extracción del crudo, que va en contra de todos los consejos de los ecólogos y respecto a dicho impase que es indudablemente el más grave en relación a la contaminación de un medio ecológicamente frágil, mel Estado no ha avansado respecto a la reglamentación siquiera tímida de tales actividades industriales, indudablemente caracterizadas como peligrosas.

Y en general, la legislación de los países desarrollados técnicamente nos puede servir como una especie de modelo para la restricción de muchos factores contaminantes y de multitud de efectos nocivos ligados al uso irracional y empírico de elementos tecnológicos , a fín de diseñar la posibilidad teórica que contribuya a una futura política de inversión tecnoló-

gica adecuada a nuestro medio y no contaminante en la medida de lo posible. Dichos agentes de mayor incidencia se catalogan en orden a su máximo daño al medio matural y social, como sigue: dióxido de carbono, monóxido de carbono, dióxido de azufre, óxido de nitrógeno, fosfatos, mercurio, plomo, petróleo, D. D. T. y otros plaguicidas y radiación.

Por otra parte, si bien no se han dado antecedentes en nuestro medio acerca de la responsabilidad civil por contaminación atmosférica y sólo ahora se ha venido a legislar sobre esta materia, no significa que un hecho de tal naturaleza pueda quedar sin una sanción jurídica adecuada. El juzgamiento podrá hacerse en base al ordenamiento jurídico preexistente, sin que de otra parte pudiera parecer extraña cualquier referencia que tangencialmente se hiciera a otras disposiciones de reciente expedición.

El caso de la responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente, debe ubicarse dentro de las diferentes hipótesis de responsabilidad extracontractual que el ordenamiento jurídico tiene previstas y con base en ellas proceder a deducir los efectos jurídicos queridos por las partes en conflicto y que las mismas normas pregonan.

En efecto, en el caso sub judice se está frente a un caso de responsabilidad directa de carácter extracontractual, y por la manera especial como se presentan los hechos dañosos, se ha de encuadrar dentro de las previsiones del Art. 2356 del C. C., porque resulta innegable que en estos casos, el perjuicio tiene su origen en una actividad de las consideradas "peligrosas" tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

También puede estimarse que el presente caso, encuadra - dentro de la responsabilidad por el goce "anormal" o "daño - excesivo" o "molestias excesivas" en las relaciones de vecindad, responsabilidad que tiene como fundamento la violación - de los Arts. 30 de la Constitución Nacional y 669 del C. C.

Finalmente, debemos decir que en lo relacionado a la responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente, la - cual surge cuando existe agente y víctima determinados, tropezamos con los estrechos moldes de interpretación asignados - por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que aplica en estos casos la doctrina clásica de la culpa, según - la cual, la persona que ha sido víctima de un perjuicio, sólo puede transferir dicho perjuicio al causante, cuando pueda - culparle a él de un comportamiento reprochable y descuidado. Si se aplica dicha doctrina de una manera literal al caso de la responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente, no se podría responsabilizar, puesto que en la absoluta mayoría de los casos, quien contamina, desconoce los efectos concatenantes o de amplísimo alcance que toda contaminación por mínima que sea tiende a generar.

El impetuoso desarrollo técnico de nuestra época, exige que la responsabilidad civil, como instituto esencialmente dinámico, se adapte en la misma proporción en que evoluciona la civilización. La responsabilidad debe estar dotada de flexibilidad suficiente para ofrecer, en cualquier época, el medio o procedimiento por el cual, frente a nueva técnica, nuevas conquistas, nuevos géneros de actividad, asegure la finalidad de restablecer el equilibrio deshecho a causa del daño, considerado en cada tiempo, en función de las condiciones sociales entonces vigentes.

El cambio de las sociedades industriales y las transformaciones de conciencia correspondientes, tuvieron en los grandes países industriales la consecuencia de que el principio de culpa fue limitado, minado -y más tarde- en parte francamente rechazado mediante diversas prácticas. En muchas partes, los Tribunales encontraron medios para moderar el principio de culpa en casos particulares. Hay que nombrar sobre todo:

a.- La objetivación de las normas de cuidado que se aplican.
b.- La exigencia de un cuidado mayor cuando más grande sea el peligro que se quiere atacar.
c.- Las presunciones de culpa.

Pero la tendencia total en el mundo sobrepasa estas prácticas que operan en el marco de la legalidad, y propende abandonar el principio de culpa en ciertos peligros objetivos, y a establecer responsabilidades estrictas para empresas peligrosas; así, el dueño de la explotación o industria debe responder de los daños que tengan su causa en la mencionada industria o explotación, de suerte que sólo puede exonerarse de responsabilidad acreditando que el daño no tuvo su causa en la explotación, sino en un hecho extraño: fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima; no se le permite exonerarse de responsabilidad acreditando la simple falta de culpa.

De ahí, la necesidad de que la Corte Suprema de Justicia, fuera de la reglamentación que el Estado dé a ciertas actividades socialmente útiles y aún necesarias pero peligrosas, causantes de contaminación ambiental, actualice su doctrina respecto a las fuentes de la responsabilidad civil, admitiendo el "riesgo" como una de éllas, con el fin de proteger en forma más efectiva a las víctimas, que la mayoría de las veces quedan al acaso.

BIBLIOGRAFIA

BORELL, Macía Antonio, "Responsabilidades derivadas de la Culpa Extracontractual Civil, Ed: Bosh, Barcelona, 1960.

COLOMBO, Leonardo, "Culpa Aquiliana", Tomo I, Ed: La Ley, Buenos Aires, 1965.

DE AGUILAR, Díaz José, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Tomo I, Ed: José M. Cajica Jr. S.A., Buenos Aires, 1960.

DE RUGGIERO, Roberto, "Instituciones de Derecho Civil", Traducción de la 4a. edición italiana, Tomo II, Ed: Reus S.A., Madrid, 1950

GIRALDO, Zuluaga Germán, "Jurisprudencia Civil 1976", Ed: Tiempos Duros", Bogotá, 1976.

LINDAHL, K. C. "Conservar para sobrevivir una estrategia ecológica", Ed: Diana, Méjico, 1974.

MARTY, Gabriel, "La Responsabilidad Civil en Derecho Comparado", Ed: Rafael Salvá, Barcelona, 1962.

MAZEAUD, Henri y León, "Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

MONTOYA, Gómez Mario, "La Responsabilidad Extracontractual", Ed: Temis, Bogotá, 1977.

NEISSA, Guillermo, "La Responsabilidad en el Derecho Público", Tomo I, Ed: Temis, Bogotá, 1960.

ODUM, E. P., "Ecología", 3a. edición, Ed: Interamericana, Méjico, 1972.

PLAZAS, O. Humberto, "Los Territorios Nacionales", Imprenta Nacional, Bogotá, 1944.

TURK, A. y otros, "Ecología, Contaminación, Medio Ambiente", Ed: Interamericana, Méjico, 1975.

VALENCIA, Zea Arturo, Derecho Civil "De las Obligaciones", Tomo III, Ed: Temis, Bogotá, 1960.

GOMEZ, Velásquez Gustavo, en Jurisprudencia Civil del T. S. de Antioquia", Revista "Estudios de Derecho", Vol. XXXV, No. 89-90, Medellín, 1976.

ZWEIGERT, Konrad, en "El Derecho Comparado y la modernización del Derecho", Revista "Universitas" Vol. XI, No. 2 1973.

DERECHO COLOMBIANO, Tomo XX, No. 94, Bogotá, Octubre de 1969.

INDERENA, "Informe-1974", Impresos Ltda., Bogotá, 1974.

AN
T
D346.5
R696
Ej.1.

17487

Rodríguez Alava, Gloria Isabel
Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente.

VENCE

NOMBRE	Osvaldo García	
No. del Carnet		
NOMBRE	Lucía Hidalgo L.	
No. del Carnet		
NOMBRE	Lucía Hidalgo L.	
No. del Carnet		

AN
T
D346.5
R696
Ej.1.

17487