

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

"PRETIUM DOLORIS"
"PRETIUM DOLORIS"

Tesis de grado
Tesis de grado

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

María del Carmen de Enriquez

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

Pasto, 1982

D343.6
E59r
Ej. 1

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben ser consideradas como propias de su autor. (Acuerdo No. 108 de 1965; Artículo 70. Reglamento interno de la Facultad).

"PRETIUM DOLORIS"

Tesis de grado

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA DE DERECHO
No. 2000
Autor: María del Carmen de Enríquez
Fecha: 11-8-82
Facultad: DERECHO
Campus: PASTO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
Pasto, 1982

HN
T
D343.6
E59r
Ej. 1

APROBACION

La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor. (Acuerdo No. 108 de 1965, Artículo 70. Reglamento interno de la Facultad). parcial de los requisitos por optar al título de "abogado", fué aprobada por el Director de tesis, el día de mes de 1982. facultó su publicación para la realización de esta tesis.

Dr. Luis Alfredo Fajardo A.

ACAPROBACIONES

La tesis titulada "RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL 'PRETIUM
DOLORIS'", presentada por María del Carmen de Enríquez, en cumpli-
miento parcial de los requisitos por optar al título de "abogado", fué
aprobada por el Director de tesis, el día de mayo de 1982. facilitó su
biblioteca para la realización de esta tesis.

Dr. Luis Alfredo Fajardo A.

AGRADECIMIENTOS

APROBACION
Al Dr. Luis Alfredo Fajardo Arturo, en forma muy especial, por su
valiosa orientación para investigar en los nuevos campos del Derecho,
y por los estímulos oportunos para llevar a cabo este trabajo.

0.1 Al Dr. Julio Rodríguez Acosta, quién muy amablemente facilitó su
0.2 biblioteca para la realización de esta tesis.
0.4 DEFINICION DE TERMINOS, 5

1 RESPONSABILIDAD CIVIL, 6
1.1 AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, 7
1.2 FUENTES, 8
1.3 CLASES DE RESPONSABILIDAD JURIDICA, 8
1.3.1 Responsabilidad Penal, 8
1.3.2 Responsabilidad Civil, 9
1.4 CLASIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, 9
1.4.1 Responsabilidad Contractual, 9
1.4.2 Responsabilidad Extrac contractual, 10
1.4.3 Presupuestos de la Responsabilidad Contractual, 10

2 RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, 11
2.1 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, 11
2.1.1 Etapas, 11
2.1.2 Derecho Romano, 13
2.1.3 Lex Aquilia, 14
2.1.4 El Causidatito en Roma, 15
2.1.5 Antigo Derecho Francés, 16
2.1.6 Código de Napoleón, 16
2.1.7 Teoría Clásica de la Responsabilidad Subjetiva, 16
2.1.8 Teoría del Riesgo o de la Responsabilidad Objetiva, 18
2.2 TEORIA ACEPTADA POR EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO, 19

3 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, 21
3.1 NOCION, 22
3.2 ENUMERACION, 23

3.2.1	Tendencia Restringida,	24
3.2.2	Tendencia Extensiva,	24
3.2.3	Tendencia Intermedia,	25
3.2.4	Autores Colombianos,	26
3.2.5	Observación Crítica,	27
3.3	LA CULPA,	28
3.3.1	Definición de Culpa,	28
3.3.2	Culpa en Abstracto, Culpa CONTENIDO recto,	29
3.3.3	Culpa Intencional, Culpa no Intencional,	30
3.3.4	Culpa Contractual, Culpa Extrac contractual,	31
3.4	APROBACION CAUSALIDAD,	31
3.4.1	AGRADECIMIENTOS entre la culpa y el vínculo de causalidad,	32
3.4.2	CONTENIDO Extraña,	32
3.4.3	RESUMEN Causal Mediata e Inmediata,	34
04	INTRODUCCION	36
0.1	IMPORTANCIA,	1
0.2	PROBLEMA,	4
0.3	OBJETIVO,	4
0.4	DEFINICION DE TERMINOS,	5
1.1	RESPONSABILIDAD CIVIL, 6	haber sido reparado ya, 40
1.1.1	AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL,	7
1.1.2	FUENTES,	8
1.1.3	CLASES DE RESPONSABILIDAD JURIDICA,	8
1.1.3.1	Responsabilidad Penal,	8
1.1.3.2	Responsabilidad Civil,	9
1.1.4	CLASIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL,	9
1.1.4.1	Responsabilidad Contractual,	9
1.1.4.2	Responsabilidad Extrac contractual,	10
1.1.4.3	Presupuestos de la Responsabilidad Contractual,	10
2	RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL,	11
2.1	FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL,	11
2.1.1	Etapas,	11
2.1.2	Derecho Romano,	13
2.1.3	Lex Aquilea,	14
2.1.4	El Cuasidelito en Roma,	15
2.1.5	Antiguo Derecho Francés,	16
2.1.6	Código de Napoleón,	16
2.1.7	Teoría Clásica de la Responsabilidad Subjetiva,	16
2.1.8	Teoría del Riesgo o de la Responsabilidad Objetiva,	18
2.2	TEORIA ACEPTADA POR EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO,	19
3	ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL,	21
3.1	NOCION,	22
3.2	ENUMERACION,	23
	REFERENCIAS,	104

- 3.2.1 Tendencia Restringida, 24
- 3.2.2 Tendencia Extensiva, 24
- 3.2.3 Tendencia Intermedia, 25
- 3.2.4 Autores Colombianos, 26
- 3.2.5 Observación Crítica, 27
- 3.3 LA CULPA, 28
 - 3.3.1 Definición de Culpa, 28
 - 3.3.2 Culpa en Abstracto, Culpa en Concreto, 29
 - 3.3.3 Culpa Intencional, Culpa no Intencional, 30
 - 3.3.4 Culpa Contractual, Culpa Extracontractual, 31
- 3.4 NEXO DE CAUSALIDAD, 31
 - 3.4.1 Distinción entre la culpa y el vínculo de causalidad, 32
 - 3.4.2 La causa Extraña, 32
 - 3.4.3 Relación Causal Mediata e Inmediata, 34
- 4 EL PERJUICIO, 36
 - 4.1 NECESIDAD DE UN PERJUICIO, 36
 - 4.2 CONCEPTO, 37
 - 4.3 CARACTERES, 39
 - 4.3.1 El perjuicio debe constituir una merma patrimonial, 39
 - 4.3.2 El perjuicio debe ser cierto, 39
 - 4.3.3 El perjuicio no debe haber sido reparado ya, 40
 - 4.3.4 Que afecte personalmente al demandante, 41
 - 4.4 DAÑO MATERIAL Y DAÑO MORAL
 - 4.5 DAÑO MATERIAL, 42
 - 4.5.1 El daño Emergente, 42
 - 4.5.2 Lucro Cesante o Perjuicio, 43
 - 4.6 Características del daño, 43
- 5 EL DAÑO MORAL, 44
 - 5.1 CATEGORIAS, 45
 - 5.2 NOCION DE DAÑO MORAL, 45
 - 5.3 RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MORAL, 45
 - 5.4 ALCANCE DE LOS DAÑOS MORALES, 46
 - 5.5 MANERA DE RESARCIR EL DAÑO MORAL, 47
 - 5.6 RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MORAL CUANDO LA VICTIMA MUERE, 48
 - 5.7 PERSONA QUE DEBE RESARCIR EL DAÑO MORAL, 49
 - 5.8 DETERMINACION DEL DAÑO MORAL, 49
 - 5.9 MONTO INDEMNIZATORIO DEL DAÑO MORAL OBJETIVABLE, 50
- 6 DAÑO MORAL SUBJETIVO, 52
 - 6.1 CRITERIO EXPUESTO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 52
 - 6.2 DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO, 86
 - 6.3 INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL ARTICULO 106 CODIGO PENAL, 95
 - 6.4 PROYECTO DE CODIGO DEL DERECHO PRIVADO. ARTICULO 513, 96
- CONCLUSION, 94
- REFERENCIAS, 104

RESUMEN

Introducción. Importancia del tema - Problema - Objetivo - Definición de términos.

Capítulo I. Una persona es responsable civilmente cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otra.

A diferencia de la responsabilidad moral, la responsabilidad jurídica no existe sin una acción o una abstención y sin un perjuicio.

Quando el perjuicio alcanza a la sociedad su autor puede ser castigado con una pena. Existe entonces responsabilidad penal.

Quando el perjuicio afecta a una persona privada su autor puede ser obligado a repararlo. Existe entonces responsabilidad civil.

Así pues la responsabilidad constituye una reparación no una sanción.

De esto puede comprometer a la vez la responsabilidad penal y civil de su autor: o solamente una de esas responsabilidades.

Quando el perjuicio resulta del incumplimiento de una obligación contractual, la responsabilidad es contractual. En los restantes casos

la responsabilidad es delictual, si el daño ha sido querido por su autor, o cuasidelictual si no lo ha sido.

La responsabilidad delictual y cuasidelictual denominada responsabilidad civil, se obliga a reparar el daño causado.

RESUMEN

Introducción. Importancia del tema - Problema - Objetivo - Definición de términos.

Capítulo 1. Una persona es responsable civilmente cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otra.

A diferencia de la responsabilidad moral, la responsabilidad jurídica no existe sin una acción o una abstención y sin un perjuicio.

Cuando el perjuicio alcanza a la sociedad su autor puede ser castigado con una pena. Existe entonces responsabilidad penal.

Cuando el perjuicio afecta a una persona privada su autor puede ser obligado a repararlo. Existe entonces responsabilidad civil.

Así pues la responsabilidad constituye una reparación no una sanción.

Un acto puede comprometer a la vez la responsabilidad penal y civil de su autor: o solamente una de esas responsabilidades.

Cuando el perjuicio resulta del incumplimiento de una obligación contractual, la responsabilidad es contractual. En los restantes casos la responsabilidad es delictual, si el daño ha sido querido por su autor, o cuasidelictual si no lo ha sido.

La responsabilidad delictual y cuasidelictual denominada responsabi

lidad extracontractual y la responsabilidad contractual son, tanto una como otra, fuentes de obligación.

El ámbito de la responsabilidad civil engloba la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Capítulo 2. En el origen la víctima de un daño ejercía el derecho de venganza: punición y reparación. Más adelante, el responsable pudo, de modo facultativo, y después obligatoriamente, librarse de la venganza pagándole una composición a la víctima. Cuando intervino la autoridad para castigar por sí misma a los autores de ciertos daños, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, la sanción y la reparación se separaron.

El Derecho Romano no realizó por completo esa separación y no pudo llegar a establecer un principio general de responsabilidad civil.

El antiguo derecho francés, por el contrario, distinguió la acción penal pública de la acción penal privada. Admitió que debe ser reparado todo daño resultante de una culpa. Ese principio fue reproducido por los redactores del Código Civil en sus artículos 1382 y 1383.

La multiplicación de los accidentes condujo a una evolución profunda de la responsabilidad extracontractual. Para facilitar la acción de la víctima se ha tratado de dispensarla de probar una culpa del autor del daño. El legislador lo ha hecho expresamente en algunas esferas particulares especialmente en materia de accidentes de trabajo.

La obra de la jurisprudencia ha sido más considerable. Sin adoptar la teoría del riesgo, que niega la necesidad de una culpa, como requisito de la responsabilidad civil, ha llegado a crear presunciones de res-

ponsabilidad en algunas esferas muy importantes. Su construcción más notable es la de: responsabilidad por causa de cosas inanimadas.

Capítulo 3. Deben reunirse tres requisitos para que exista responsabilidad civil; un perjuicio, una culpa y un vínculo o nexo de causalidad entre la culpa y el perjuicio.

En la teoría tradicional no existe responsabilidad civil sin culpa. La culpa es un requisito de la responsabilidad civil; es incluso el fundamento de ella: se es responsable porque se ha incurrido en culpa.

Esta tesis ha sido combatida por los partidarios de la teoría del riesgo: ellos niegan la necesidad de una culpa para exigir la responsabilidad civil.

Capítulo 4. Debe existir un perjuicio o daño, por consistir el efecto de la responsabilidad en la reparación de un daño.

Perjuicio o daño material es el que constituye un atentado contra los derechos pecuniarios de una persona. Para dar lugar a reparación el perjuicio debe ser cierto; no debe haber sido indemnizado ya.

Capítulo 5. Se entiende por daño moral el perjuicio que constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial.

Debe ser rechazada la tesis según la cuál el perjuicio moral no debe dar lugar a reparación. Indudablemente, no cabría borrar un perjuicio moral; pero reparar no es borrar.

La jurisprudencia admite unánimemente la reparación del daño moral.

Capítulo 6. El daño moral se subdivide en daño moral objetivo y da-
ño moral objetivo y daño moral subjetivo denominado también precio del
dolor.

Son aquellos perjuicios de índole afectiva; son los que hieren la
parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimien-
tos de amor, dentro del vínculo familiar.

Constituyendo ese dolor un daño cierto, inobjetable, la doctrina y
la jurisprudencia han aceptado la necesidad de repararlo, o mejor, de
satisfacerlo. Más no encontrando modo de alcanzar esa meta en cada caso,
se han elaborado distintas teorías que, en general, parten de la base
de que si al autor del daño se le condena aunque sea al pago de una can-
tidad mínima, con ello se le obliga a expiar su falta y, simultáneamen-
te se concede a la víctima una satisfacción.

tudiosos del derecho.

De ya señalada importancia social y legal, me motivó abordar
como una forma de ampliar mis propios conocimientos sobre tan importan-
te tema y además colaborar con su difusión y estudio en nuestro medio.

La responsabilidad civil en nuestra época ofrece un amplio campo
de análisis por la variedad de temas, que en él se plantean,

Los sucesos que se producen de la materia, señalan el gran desar-
volvimiento que ha tenido en nuestra época la temática de la responsabi-
lidad.

En lo que va del siglo esta rúbrica del Derecho se ha convertido en el punto central donde convergen la mayor parte de los estudios jurídicos. Su notoriedad se ha hecho tan evidente que es posible afirmar que la reparación de los daños que la actividad de los hombres causa a otros hombres, constituye el tema más complejo, más urgente y más vivo del Derecho.

No se trata de una monografía sobre la Responsabilidad Civil Extracontractual que cuenta con numerosos e importantes estudios, entre otros, la obra de Henri y León Mazeaud y André Tunc. Se trata de una investigación con propósito socio jurídico, relacionada con el derecho de la víctima de un daño injusto, no procedente de la convención, para que se le repare el perjuicio moral o sentimental, distinto del subjetivo objetivable.

Es un tema jurídico muy controvertido que hace difícil y arduo su conocimiento; en cuyo desarrollo han participado eximios juristas y estudiosos del derecho.

Su ya señalada importancia social y legal, me motivó a abordarlo como una forma de ampliar mis propios conocimientos sobre tan importante tema y además colaborar con su difusión y estudio en nuestro medio.

La responsabilidad civil en nuestra época ofrece un amplio campo de análisis por la variedad de temas, que en él se plantean, que cuenta con los autores que se preocupan de la materia, señalan el gran desenvolvimiento que ha tenido en nuestra época la temática de la responsabilidad, peligrosas; (c) el seguro tiene una importantísima incidencia en

En lo que va del siglo este tópic del Derecho se ha convertido en el punto central donde convergen la mayor parte de los estudios jurídicos. Su notoriedad se ha hecho tan evidente que es posible afirmar que la reparación de los daños que la actividad de los hombres causa a otros hombres, constituye el tema más actual, más complejo, más urgente y más viviente del Derecho.

En los fallos jurisprudenciales se muestra claramente que la materia de los delitos y cuasidelitos ha adquirido en nuestros días, además de la trascendencia teórica un interés práctico verdaderamente sorprendente. Para estas causas, a pesar de poseer indudable trascendencia, no bastaría de por sí para explicar el formidable impulso que ha recibido la responsabilidad civil en nuestra época. Es mérito de Ripert haber puesto claramente de manifiesto que el incremento actual de la responsabilidad obedece, más que nada, a un cambio en el plano de las ideas políticas. Según la concepción individualista extrema que imperó durante casi todo el siglo XIX se aceptaba sin dificultad que la finalidad de la causa de los accidentes, en base al principio de que el causante de un daño debe repararlo, es la fuerza mayor se pueden ser fuente de ningún recurso; si un bien se destruye, tanto peor para el propietario; si una persona resulta muerta en un accidente, tanto peor para la víctima y sus parientes; nada es debido de la vida o de la muerte.

Cuando se confrontan estos datos se adquiere conciencia de las afirmaciones de Sourdat quien decía "que el principio que sanciona la obligación de reparar el perjuicio causado a nuestros semejantes es probablemente, el principio del derecho de mayor fecundidad y de más frecuentes aplicaciones".

Las causas del incremento extraordinario que han tomado los temas relativos a la responsabilidad, son notorias y suelen ser recordadas por todos los tratadistas que se ocupan del tema. Tales son: (a) la concentración de la población en la ciudad es causa extraordinaria del desenvolvimiento de episodios atinentes a la responsabilidad civil; (b) el progreso industrial que se cumple por el empleo de nuevos procedimientos, máquinas y herramientas que, por su propia naturaleza, multiplican los daños causados a terceros. Las estadísticas muestran lo que cuesta en accidentes, la explotación de vías férreas, la circulación automotriz y aérea, la extracción de carbón, y en fin todas las actividades denominadas peligrosas; (c) el seguro tiene una importantísima incidencia en

el actual desarrollo de la responsabilidad y actúa de la siguiente manera: por un lado facilitando la producción de accidentes al llevar al ánimo de las gentes la despreocupación que engendra el conocimiento de que el seguro paga, y por otro, el seguro es una de las causas primordiales del éxito y apogeo de los procesos de responsabilidad civil.

Pero estas causas, a pesar de poseer indudable trascendencia, no bastarían de por sí para explicar el formidable impulso que ha tenido la responsabilidad civil en nuestra época. Es mérito de Ripert haber puesto claramente de manifiesto que el incremento actual de la responsabilidad obedece, más que nada, a un cambio en el plano de las ideas políticas. Según la concepción individualista extrema que imperó durante casi todo el siglo XIX, se aceptaba sin dificultad que la fatalidad era la causa de los accidentes, en base al principio de que el caso fortuito y la fuerza mayor no pueden ser fuente de ningún recurso; si un bien se destruye, tanto peor para el propietario; si una persona resulta muerta en un accidente, tanto peor para la víctima y sus parientes: nadie es dueño de la vida o de la muerte.

Basta enunciar este punto de vista, para percatarse que él no es aceptado por las actuales generaciones: allí donde ayer se soportaba el daño causado por el azar fortuito, hoy se busca al autor del daño.

La mentalidad contemporánea busca la indemnización; nadie se resigna a soportar de primera intención un perjuicio; siempre se piensa que es otro el causante del mismo, y que las eventuales contingencias de dicho mal, corresponden a este otro.

Cabe señalar que existen algunos factores accidentales y secundarios que también contribuyen al desenvolvimiento de la responsabilidad

civil, como es el hecho de la extraordinaria difusión que por la prensa y la radio adquieren los más singulares procesos de responsabilidad, que despiertan en los futuros reclamos la idea de iniciar procesos basados en perjuicios que antes les habría parecido perfectamente naturales y no indemnizables; y también la ampliación constante que la jurisprudencia introduce en las listas de los rubros indemnizables como por ejemplo incluye en ella el daño moral subjetivo, provocando el siguiente crecimiento del número de litigios de responsabilidad.

0.2 PROBLEMA

Ya en el siglo pasado, cuando la teoría de la responsabilidad se encontraba todavía en una etapa prácticamente embrionaria de su desarrollo, y no poseía ni remotamente la complejidad que hoy presenta, Sourdat decía que el principio según el cual "el que causa un daño debe repararlo", con ser el más fecundo y el que más frecuente aplicación tiene en el campo del derecho, a pesar de su apariencia simple, da lugar a las más grandes dificultades cuando se trata de adaptarlo a los hechos. "La historia del derecho posterior al citado autor, a confirmado plenamente las palabras del tratadista francés, ya que en el momento actual la materia que nos ocupa se encuentra en tal grado de complejidad que ha podido decirse de ella que "no hay en todo el derecho civil materia más vasta, más confusa, y de más difícil sistematización.

0.3 OBJETIVO

El objetivo de este trabajo fué realizar un estudio en forma ordenada de los conceptos sobre la responsabilidad civil y la determina-

ción de sus elementos, sobretodo ahondar en el estudio socio-jurídico del "Pretium doloris", tema muy controvertido y de permanente elaboración, no sólo por la jurisprudencia sino también por la doctrina.

0.4 DEFINICION DE TERMINOS

RESPONSABILIDAD CIVIL

En la práctica forense se emplean muy variadas expresiones para designar la materia que nos ocupa, y ninguna de ellas da lugar a problemas especiales. Sin embargo desde el punto de vista doctrinario el concepto de responsabilidad civil, puesto que se encuentran profundas divergencias conceptuales frente a la doctrina y a la jurisprudencia, sólo presenta varias denominaciones.

Los tratadistas señalan que de varios modos se denomina este fenómeno de responsabilidad cuando se sufre una norma jurídica de obligaciones, respecto de la cual se habla de "delito civil", de "responsabilidad o de culpa extracontractual", o de responsabilidad o de culpa aquiliana. La expresión más usada a la cual me he acogido dentro de este trabajo es la de "responsabilidad extracontractual".

Jesserand amplía un poco más este criterio, y dice que debe calificarse de responsable aún al autor directo del daño, aunque sea el sujeto activo y pasivo del hecho perjudicial.

Esta tesis peca por exceso de amplitud, puesto que la noción de responsabilidad está edificada sobre los rasgos jurídicos de dos sujetos diversos, y envuelve siempre el sentido del daño patrimonial inferido a otro.

No podría hablarse de responsabilidad donde no hay choque de intereses patrimoniales distintos, puesto que la responsabilidad es una noción de contenido jurídico social, que exige dos extremos formados por individuos sobre los cuales causa efecto cuando uno de ellos lesiona el pa-

tribenio de otro; implica un aspecto de dependencia, de subordinación de un sujeto respecto de otro.

En suma la responsabilidad civil, "es la obligación que puede incurrir a una persona de reparar el daño que ha causado a otra por su hecho, o por el hecho de las cosas dependientes de ella". (Montoya, 1977, p. 1440).

CAPITULO 1

RESPONSABILIDAD CIVIL

El resarcimiento tiene naturaleza distinta, según la calidad de la persona responsable. Concepto General. Difícilmente puede darse un concepto exacto de la noción de responsabilidad civil, puesto que se encuentran profundas divergencias conceptuales frente a la doctrina y a la jurisprudencia. 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 hubiera causado a un tercer". (Escriche, 1931, p. 1440).

Josserand amplía un poco más este criterio, y dice que debe calificarse de responsable aún al autor directo del daño, aunque sea el sujeto activo y pasivo del hecho perjudicial.

Esta tesis peca por exceso de amplitud, puesto que la noción de responsabilidad está edificada sobre los campos jurídicos de dos sujetos diversos, y envuelve siempre el sentido del daño patrimonial inferido a otro.

No podría 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 los cuales causa efecto cuando uno de ellos lesiona el pa-

trimonio de otro; implica un aspecto de dependencia, de subordinación de un sujeto respecto de otro.

En suma la responsabilidad civil, "es la obligación que puede incumbir a una persona de reparar el daño que ha causado a otra por su hecho, o por el hecho de las personas o de las cosas dependientes de ella". (Montoya, 1977, p.14).

El resarcimiento tiene naturaleza distinta, según la calidad de la persona ofendida; público, si el lesionado es la sociedad, sanción penal, o privado si es un particular, en este caso habrá reparación.

Cuando una persona se causa perjuicio a si misma, no hay responsabilidad, pues si nadie puede contratar consigo mismo, tampoco puede ser responsable para consigo mismo, ya que se confunden en una misma persona las calidades de acreedor y deudor. (Mazeaud, 1890, p.47).

Toda definición de responsabilidad supone un conflicto que surge entre dos personas y esta es la tesis que sostienen los más autorizados tratadistas.

Etimología de la palabra responsabilidad. La voz española responsabilidad, lo mismo que la francesa responsabilité, proviene del vocablo responsable derivado del latín responsus, participio pasado del verbo respondere, que significa "constituirse en garante" o "estas obligado". La comisión de un delito o cuasidelito civil o de un delito o cuasidelito penal o simplemente de la ley.

1.3.1 Responsabilidad 1.1 AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En su acepción más amplia la noción de responsabilidad implica la culpabilidad que de ordinario constituye su fundamento. En este sentido se dice que un individuo es responsable de un hecho cuando este la

es imputable, cuando lo ha ejecutado con suficiente voluntad y discernimiento. Esta es la acepción que la moral y el derecho penal le dan generalmente. Responsabilidad penal es la que proviene de un delito o cuasidelito.

En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona deba reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definirse la diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra. (Alessandri, 1981, p. 11). Es de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual y legal, según 1.2 FUENTES la inajecución total o parcial de un contrato, los delitos, los cuasidelitos y la ley. En el primer caso se le denomina responsabilidad contractual, en el segundo delictual y cuasidelictual o aquiliana y en el tercero legal, de un hecho ilícito y sin culpa. La responsabilidad delictual o cuasidelictual constituye la responsabilidad extracontractual. (Alessandri, 1981, p. 12). Inciso que lo ha sufrido. (Alessandri, 1981, p. 42).

1.3 CLASES DE RESPONSABILIDAD JURIDICA

La responsabilidad jurídica es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrario al orden social. Esto es, la que proviene de la violación de un contrato, de la comisión de un delito o cuasidelito civil o de un delito o cuasidelito penal o simplemente de la ley.

1.3.1 Responsabilidad Penal

La sociedad debe defenderse contra todos los hechos que le causen un daño; o sea que amenacen el orden social. Para defenderse hace falta que castiguen a sus autores. La responsabilidad penal aparece así

como una sanción. Pero, para sancionar a un individuo se requiere que en la acción esté en un texto legal; "nulla pena sine lege".

La responsabilidad penal es la que proviene de un delito o cuasidelito penal. Ella existe independiente de toda idea de daño, es decir, aunque este no se produzca.

1.3.2 Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual y legal, según provenga de la inejecución total o parcial de un contrato, de un delito o cuasidelito civil y de la ley.

Para que exista esta responsabilidad, es indispensable que se haya causado daño en la persona o propiedad de otro, sea por la violación de una obligación preexistente, por la ejecución de un hecho ilícito y aún sin culpa, como en el caso de la responsabilidad legal. Su efecto es, precisamente, reparar ese daño, dejar indemne el patrimonio que lo ha sufrido. (Alessandri, 1981, p.42).

1.4 CLASIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El ámbito de la responsabilidad civil engloba la responsabilidad contractual y extracontractual. No existe diferencia fundamental entre los dos ordenes de responsabilidad.

1.4.1 Responsabilidad Contractual

La responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su incumplimiento tardío o incompleto. Si todo contrato legalmente celebrado es una

ley para los contratos, justo es que quién lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause.

1.4.2 Responsabilidad Extracontractual.

La responsabilidad extracontractual proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Esta responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente; ninguna existe entre la víctima y el autor del daño.

1.4.3 Presupuesto de la Responsabilidad Contractual.

Para que la responsabilidad sea contractual, deben reunirse los requisitos siguientes : (a) necesidad de un contrato válido entre el autor del daño y la víctima; (b) necesidad de un daño resultante del incumplimiento del contrato.

La víctima de un daño no puede alegar la responsabilidad contractual cuando no estén reunidos los anteriores requisitos. Cuando lo están, la víctima está obligada a colocarse en el terreno de la responsabilidad contractual; no hay opción entre la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual; es el principio denominado de no acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual, establecido por la jurisprudencia. (Mazeaud, 1960, p.28-30).

que necesariamente ha sido lenta pueden distinguirse cuatro etapas: (a) la de la venganza privada; (b) la de las responsabilidades contractuales; (c) la de las responsabilidades legales y (d) la de la responsabilidad de los delitos por el Estado.

En los primitivos tiempos de la humanidad, la responsabilidad era subjetiva: la víctima de un daño no entra en acción de reparación sino si el daño es o no imputable a su autor. Pro

venganza de un ser consciente, de un infante, de un animal o de una cosa, la víctima considera el daño sufrido únicamente; el hombre primitivo sólo pretende vengarse de quien le ha inferido un daño contenido a su vez en un analogo o en su igual.

La víctima se dirige a la autoridad en demanda de justicia y la hace ella misma. La responsabilidad jurídica del sistema de la "venganza privada" es la "ley del talión": ojo por ojo, diente por diente.

CAPITULO 2

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual forma parte del concepto más amplio de la responsabilidad civil juntamente con la llamada responsabilidad contractual.

2.1 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Determinar el fundamento de la responsabilidad extracontractual es averiguar la causa o razón en virtud de la cual el que infiere un daño a otro está obligado a repararlo.

Como este fundamento no ha sido siempre el mismo y aún hoy se lo discute arduamente hay necesidad de referirse a la evolución que el concepto de responsabilidad ha experimentado a través de la historia.

2.1.1 Etapas

En esta evolución, que necesariamente ha sido lenta pueden distinguirse cuatro etapas: (a) la de la venganza privada; (b) la de las composiciones voluntarias; (c) la de las composiciones legales y (d) la de la represión de los delitos por el Estado.

Venganza Privada . En los primitivos tiempos de la humanidad, la responsabilidad es meramente objetiva: la víctima de un daño no entra a averiguar su causa, ni si el daño es o no imputable a su autor. Pro

venga de un ser consciente, de un infante, de un animal o de una cosa, la víctima considera el daño sufrido únicamente; el hombre primitivo sólo pretende vengarse de quién le ha inferido un daño causando a su vez uno análogo a su autor.

La víctima no recurre a la autoridad en demanda de justicia se la hace ella misma. La consagración jurídica del sistema de la "venganza privada" es la "Ley del Talión"; ojo por ojo diente por diente.

Composiciones Voluntarias . La venganza privada tiene graves inconvenientes; a menudo es desproporcionada al daño sufrido, perpetúa los odios entre los individuos con la consiguiente perturbación de la paz social. Por tal motivo la brutalidad primitiva va desapareciendo con el progreso de la civilización; la víctima en vez de vengarse en la persona de su ofensor prefiere una composición pecuniaria. Esta composición que es facultativa para ambas partes y cuyo monto lo convienen libremente, no es más que el precio que paga el autor del daño para escapar a la venganza del ofendido. Si no llegan a un acuerdo, la ley del Talión recobra su imperio. (Alessandri, 1981, p. 100).

Composiciones legales. En esta etapa de la evolución interviene el Estado. Este impone obligatoriamente las composiciones originadas por los diversos delitos y fija su monto. Los interesados no pueden sustraerse a ella. La ley de las doce tablas suministra ejemplos de composiciones legales para ciertos casos de robo y de injuria.

Represión de los delitos por el Estado . Posteriormente el Estado advierte que ciertos delitos contra los particulares perturban también la paz pública. Se arroga entonces la exclusividad de reprimirlos, no ya para dar satisfacción al particular lesionado, sino en nombre de la

sociedad, cuyos intereses representa. El delito privado se ha convertido en delito público y el particular lesionado aparte de denunciar la comisión del delito, sólo tiene derecho a reclamar la indemnización pecuniaria por el daño sufrido. Pero esta indemnización no tiene el carácter de pena, ni es tampoco el precio de la venganza, es lisa y llanamente una reparación.

La responsabilidad penal que durante siglos estuvo confundida con la responsabilidad civil se ha separado completamente de ella. (Alessandri, 1981, p.101).

2.1.2 Derecho Romano.

El Derecho Romano distinguía los delitos públicos y los delitos privados. Los primeros eran aquellos que lesionaban el interés general o la seguridad del Estado, podían ser perseguidos por cualquier ciudadano, y estaban sancionados con una pena pública, que ningún provecho reportaba a la víctima.

Los delitos privados eran los hechos ilícitos que sin turbar directamente el orden público, causaban un daño a la persona o bienes de los particulares. Respecto de ellos la ley de las doce tablas constituyó un estado intermedio entre las etapas de composición voluntaria y de la composición legal. Poco a poco el derecho pretoriano suprimió el recurso o la venganza y el sistema de las composiciones voluntarias se las reemplazó por las composiciones obligatorias, cuyo monto variaba según la gravedad del hecho.

Durante el Imperio, y en vista de que muchos delitos producían graves perturbaciones en el orden público y a menudo quedaban impunes por insolvencia de su autor, se concedió a la víctima una acción deno-

minada crimen para obtener del juez la aplicación de una pena pública; pero siempre se conservó la acción para reclamar la pena asignada al delito.

Desde entonces la víctima tuvo dos acciones a su disposición; la acción para obtener la respectiva composición pecuniaria y la acción del crimen para obtener la aplicación de una pena pública; pero el ejercicio de una obstaba la otra. (Alessandri, 1981, p.102).

2.1.3 Lex Aquilia.

El texto romano más importante en materia de responsabilidad es la lex aquilia relativa al damnum injuria datum, esto es el daño causado en los bienes ajenos injustamente; sea por dolo o por culpa pero en ambos casos sin intención de beneficiarse con él.

Esta ley, a diferencia del derecho moderno, no contiene un principio general de responsabilidad; se limitaba a reglamentar tres casos: 1o. la muerte de un esclavo o de un animal que vive en un rebaño, pecus; 2o. el daño causado a su coacreador por un adstipulator, que remite la deuda en fraude de los derechos de aquel y 3o. todo daño causado a otro por lesión o destrucción de alguno de sus bienes, como las heridas inferidas a los esclavos y animales que viven en un rebaño, las heridas o la muerte de cualquier otro animal que no fuese pecora, la destrucción o deterioro de una cosa corporal inanimada, mueble o inmueble.

Para que esta ley fuese aplicable era menester: 1o. que el daño resulte de un hecho positivo; las simples omisiones no quedaban comprendidas en ella; 2o. que el daño fuese causado corpore, esto es, mediante el contacto material del agente con la cosa; 3o. que el daño fue

se causado corpori, esto es sobre la cosa misma; 4o. que el daño que se cause al propietario de la cosa, quién al igual que el autor del daño, debía ser ciudadano romano.

La acción de la ley aquilia era mixta, porque a la vez que perseguía la reparación del daño causado, tenía carácter penal: la pena o composición que pagaba su autor tendía a indemnizar ese daño y era además la sanción del delito cometido. (Alessandri, 1981, p.99-103)

2.1.4 El Cuasidelito en Roma

A más de los delitos propiamente tales había en Roma otros hechos ilícitos que también producían obligaciones, pero, como estas obligaciones no nacían de los delitos taxativamente definidos y sancionados por la ley o por el pretor, que eran los únicos a los que se les reconocía el carácter de tales, los jurisconsultos decían que se formaban quasi ex delicto, esto es, como si hubiera habido delito.

El delito era pues, un hecho ilícito especialmente definido y reprimido por la ley o el pretor, y las obligaciones nacidas del quasi ex delicto, las que derivaban de otros hechos ilícitos y que se sometían por lo mismo al régimen de las obligaciones provenientes de un delito.

Estas obligaciones nacidas de quasi ex delicto que eran numerosas no tienen que ver con nuestros cuasidelitos.

Fué Justiniano, al señalar las fuentes de las obligaciones, quién aludió a las obligaciones que nacían como de un delito y como de un contrato para referirse a las que no tenían cabida en las clasificaciones conocidas. Así nació el cuasidelito.

Con el correr del tiempo los jurisconsultos observaron que los

cuatro casos de obligaciones quasi ex delicto que señalaban las institutas de Justiniano presentaban como rasgos común, la falta de intención del daño. Esta observación los condujo a asimilar los conceptos de culpa y cuasidelito. (Alessandri, 1981, p. 106).

2.1.5 Antiguo Derecho Francés.

Fueron los juristas medievales franceses los que, a base de los textos romanos y continuando la evolución, llegaron a distinguir entre la responsabilidad penal y la civil. Estos juristas enunciaron el principio general de que todo daño injusto causado en la persona o bienes de otro debía ser reparado siempre que fuese imputable a su autor, esto es, inferido por dolo o culpa.

2.1.6 Código de Napoleón

En ciertos casos, el legislador, sobre la base de las opiniones de los juristas medievales franceses, y muy especialmente de los de Domat, se redactó en el Código Civil francés, en sus artículos 1382 y 1383 el principio general de que todo daño inferido a otro debe ser reparado. Adopta como fundamento de tal responsabilidad el hecho o culpa de su autor. (Alessandri, 1981, p. 108).

2.1.7 Teoría Clásica de la Responsabilidad Subjetiva

El Código de Napoleón, al igual que el nuestro y que la mayoría de los códigos vigentes consagran la teoría clásica de la responsabilidad a base de la culpa.

Según esta teoría no basta que un individuo sufra un daño en su persona o bienes para que su autor deba repararlo, es menester que provenga de un hecho doloso o culpable; sin dolo o culpa no hay responsabilidad. (Alessandri, 1981, p. 109).

En este sistema, la víctima sólo puede obtener la reparación del daño sufrido a condición de probar la culpa o dolo de su autor. Esta prueba es difícil y a veces, imposible; son numerosos los accidentes cuyas causas quedan ignoradas.

Esta teoría pudo dar satisfacción a las necesidades de una época pasada. Pero para un siglo como el actual, en que se vive peligrosamente, es inadecuada y a menudo injusta.

Por eso el legislador, la jurisprudencia y la doctrina se ha esforzado por buscar diversos procedimientos para aminorar estos inconvenientes.

Al efecto tenemos los siguientes procedimientos:

Las Presunciones de Culpabilidad. En ciertos casos, el legislador, a fin de facilitar la prueba de la culpa que pesa sobre la víctima, presume su existencia. El que ha sufrido el daño sólo deberá probar los hechos de los cuales la ley deduce la culpa: establecidos éstos, se presumirá la culpabilidad de la persona civilmente responsable y será ésta quién deberá probar que no hubo culpa, para exonerarse de responsabilidad. (Alessandri, 1981, p. 111).

Extensión del Concepto de Culpa. La jurisprudencia por su parte, tiende a ampliar cada vez el concepto de culpa. Estima que la culpa más insignificante puede dar origen a responsabilidad civil, que el ejercicio de un derecho puede constituir un delito o cuasidelito civil, y que hay culpa en no ponerse a tono con el progreso.

Transformación de la responsabilidad Aquiliana en Contractual. La jurisprudencia apoyada por la doctrina, trata de sustituir la responsabilidad aquiliana por la contractual.

La primera tentativa al respecto la hicieron Saintelette en Bélgica y Sauzet en Francia, debido al considerable aumento de los accidentes de trabajo. Estos autores sostuvieron que el contrato de trabajo no sólo obligaba a pagar al obrero el salario estipulado, sino también a garantizar su seguridad, a restituirlo sano y salvo al final del trabajo; si durante este sobreviene un accidente, el patrón ha violado una obligación contractual y debe indemnizar el daño sufrido por el obrero, salvo que pruebe alguna causa que lo exonere de responsabilidad, como el caso fortuito, la culpa de la víctima etc. es por muchas leyes;

Esta teoría no tuvo éxito, la jurisprudencia terminó por no aceptarla. En cambio la ha acogido plenamente para otros contratos, como el de transporte de personas, el de hospedaje y el que celebra el empresario de feria de diversiones. (Alessandri, 1981, p. 113). a la que está

2.1.8 Teoría del Riesgo o de la Responsabilidad Objetiva.

Según esta teoría quién crea un riesgo debe sufrir sus consecuencias si el riesgo llega a realizarse; quién con su actividad irroga un daño debe, por tanto, repararlo, haya o no habido dolo de su parte. Es el hecho perjudicial liso y llano, y no el hecho doloso y culpable, el que engendra la responsabilidad; el que causa un daño no responde de él en cuanto culpable, sino en cuanto autor del mismo. idad de la culpa o

Esta teoría ha tenido sus enemigos y defensores. Marcel Planiol se expresa de ella así: "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" (Montoya, p. 46-52). o sea necesario para la guarda de su predio o ser-
vicio Saleilles, Jossierand y Savatier, entre los más eminentes juricon-

sultos franceses, son los únicos que continúan defendiendo el principio de la responsabilidad civil sin culpa o del riesgo creado en las labores y actividades que implican para su ejecutante un manifiesto peligro. No obstante las críticas, impresionó tan fuertemente la teoría del riesgo, que superó a la clásica de la culpa, y llegó a ser de aplicación en lo relativo a accidentes automovilísticos y a daños provocados por cosas muebles. Esta teoría fué consagrada entre los franceses por muchas leyes; fué acogida por el Código Aeronáutico del Uruguay y por el Código civil húngaro. Pero, esta teoría no ha sido nunca adoptada en su formación pura como una regla general de responsabilidad que sustituye a la que está fundada sobre la culpa.

2.2. TEORIA ACEPTADA POR EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO

Por lo que respecta a nuestro Código Civil, es obvio que las normas sobre responsabilidad están edificadas sobre el concepto de culpa. No podía ser de otro modo si se considera que, fué dictado en una época, en que nadie discutía ni ponía en duda la necesidad de la culpa o dolo de parte del autor del daño, para comprometer su responsabilidad.

Montoya (1977) dice, sin embargo, que el Código Civil en su artículo 2354, es la única aplicación civil completa del riesgo creado en nuestra legislación. Desde el momento en que una persona mantiene un animal fiero, que no sea necesario para la guarda de su predio o servicio, está creando un peligro sin reportar ninguna utilidad personal.

(p.55).

La teoría del riesgo surgió como un medio de defensa en la lucha de los débiles; porque los textos legales que creaban presunciones de culpa eran escasísimos y regían casos de extraña concurrencia, lo cual hacía que las víctimas del hecho culposo quedarán sin la reparación justa, porque era necesario probar la culpa del actor. Pero hoy, por la ampliación que a las presunciones legales de culpa ha dado la jurisprudencia, la situación ha cambiado, pues basta encontrarse en uno de los casos en que la culpa se presume, para que haya exención de probarla.

La Corte no ha aceptado, ni podría aceptar, la teoría del riesgo, porque no hay texto legal que la consagre.

La culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base de la responsabilidad civil.

En el campo de la responsabilidad de la responsabilidad de estos elementos constitutivos de la responsabilidad civil, resulta fundamental en toda legislación sobre la materia. Desde el punto de vista teórico, cuanto más el punto de vista práctico, más se evidencia la mayor significación a esta institución.

Desde un punto de vista teórico, la teoría de la responsabilidad de la responsabilidad de responsabilidad, sólo puede lograrse mediante el análisis de las acciones constitutivas de la responsabilidad, ilícitud, culpa, etc., que es una parte esencial de la categoría jurídica denominada responsabilidad civil. Desde un punto de vista práctico, el punto de vista práctico, como resultado, el nos situamos en el plano de los hechos, como resultado de los hechos.

los, ya que la enumeración de estos elementos permite descubrir si en cada uno de tales casos concretos se da una hipótesis de responsabilidad civil.

El problema fundamental de la procedencia de la responsabilidad civil, que consiste en saber **CAPITULO 3** configura ésta, queda automáticamente **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** los elementos en una situación dada.

Desde un punto de vista histórico debe señalarse en primer término, que en los comentarios iniciales del Código de Napoleón, no aparece explícitamente formulada una exposición relativa a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Sólo a partir de la segunda fase de la escuela de la exégesis, primero de un modo larvario, y luego explícitamente, aparece mencionado el tema de los elementos de la responsabilidad civil.

Sin embargo la importancia de la determinación de estos elementos constitutivos de la responsabilidad civil, resulta fundamental en toda legislación sobre la materia. Tanto desde el punto de vista teórico, cuanto desde el punto de vista práctico, debe atribuirse la mayor significación a ésta investigación.

Desde un punto de vista teórico porque la cabal comprensión de la noción de responsabilidad extracontractual, sólo puede lograrse mediante el análisis de las diversas subnociones que lo integran, ilicitud, culpa, etc., que no son sino aspectos parciales de la categoría jurídica denominada elementos de la responsabilidad civil. Desde un punto de vista práctico, el tema ofrece también gran interés, si nos situamos en el plano de los casos concretos que se plantean ante los tribuna-

les, ya que la enumeración de estos elementos permite descubrir si en cada uno de tales casos concretos se da una hipótesis de responsabilidad civil. especiales particularmente previstas en la ley, la obligación

El problema fundamental de la procedencia de la responsabilidad civil, que consiste en saber cuando se configura ésta, queda automáticamente resuelto si se logra demostrar la concurrencia de los elementos en una situación dada.

3.2 ENUMERACION

La enumeración de los elementos de la responsabilidad extracon-

Aún cuando casi todos los autores contemporáneos reconocen la importancia de los elementos constitutivos de la responsabilidad y se preocupan de enumerarlos y estudiarlos aisladamente, ninguno de ellos analiza su noción general, contentándose la mayoría con afirmar que, de acuerdo a las reglamentaciones positivas, procede considerar como elementos determinados hechos.

Desde un punto de vista estrictamente racional puede, sin embargo, formularse una noción clara de los elementos de la responsabilidad civil: "son aquellas circunstancias o condiciones de existencia normalmente necesarias y suficientes para configurar el nacimiento en un caso dado, de la obligación de reparar que está en la base de la responsabilidad civil". (Peirano, 1979, p.222).

Estas circunstancias o condiciones son de variada naturaleza; algunas de índole puramente material como en el caso del nexo causal, otras pertenecen al campo de lo propiamente jurídico, como la ilicitud, las hay que se refieren a aspectos puramente externos, como el daño. Otras son de carácter interno, psicológico como el elemento intencio-

nal que constituye la culpa; pero todas ellas deben normalmente concurrir a fin de que nazca la obligación de reparar, sólo en ciertas condiciones especiales particularmente previstas en la ley, la obligación de reparar, esto es, la responsabilidad civil, puede surgir aún cuando no concorra alguna de estas circunstancias. Estas se apartan del derecho común, deben ser consideradas como excepcionales.

3.2 ENUMERACION

La enumeración de los elementos de la responsabilidad extracontractual, no puede formularse con carácter dogmático, de una vez para siempre. Este es uno de tantos puntos en que la teoría del derecho de

apoyarse en la historia. Como la noción de responsabilidad ha variado a lo largo del proceso histórico del derecho, resulta que una

enumeración dada a los elementos constitutivos de la responsabilidad

sólo puede ser válida para un derecho determinado en un lugar y tiempos también determinados. Así en época primitiva, la única condición necesaria para el surgimiento de la responsabilidad era la causación de un daño material; más tarde en el derecho romano se fueron agregando al elemento causación material otros requisitos, como la actuación

non jure, la intención culpable o dolosa, etc.

Sin embargo de esto, y dado que en el derecho romano la idea de responsabilidad se construye sobre los postulados de la Escuela del De

recho natural que fueron adoptados por todas las legislaciones a través de la versión del Código Civil Francés, puede considerarse que en esta materia de responsabilidad extracontractual salvo algunas excepciones, los principios básicos son comunes a todas las legislaciones.

La doctrina contemporánea acerca de la enumeración de los elementos de la responsabilidad extracontractual ha seguido tendencias extremas: restrictiva y extensiva, y una intermedia o ecléctica, que actualmente es la dominante.

3.2.1 Tendencia Restrictiva

Esta enumeración también parece ser clasificada entre las extensivas puesto que al menos de los cuatro elementos que en ella se consignan es preciso agregar el factor ilícito. Un típico representante de esta corriente es Chironi, quien señala que según la doctrina dominante los elementos de la responsabilidad civil pueden reducirse a cuatro y agrega que pueden sintetizarse en dos fundamentales: el hecho ilícito y la culpa.

Esta tendencia en la actualidad debe considerarse totalmente abandonada. Bonaccase, mencionando cuatro elementos de la responsabilidad

3.2.2 Tendencia Extensiva

Sobre la línea de esta orientación puede mencionarse, en el siglo pasado a Laurent, quien consideraba necesarios cuatro elementos para el surgimiento de la obligación de reparar: hecho dañoso, acto ilícito, imputabilidad y culpa.

Colombo, menciona cinco elementos: (a) el hecho humano positivo o negativo; (b) la violación del derecho ajeno; (c) el perjuicio efectivo o daño; (d) el nexo causal entre el acto y su consecuencia; (e) la imputabilidad.

3.2.3 Tendencia Intermedia

Colombo justifica su posición afirmando que la disgregación del concepto de responsabilidad en gran cantidad de elementos básicos constituye una ventaja, ya que permite una mayor comprensión de la responsabilidad. Esta tesis es clásica en la doctrina francesa y de acuerdo a sus postulados los elementos de

Alessandri Rodríguez, considera como elementos básicos de la responsabilidad extracontractual los siguientes: (a) capacidad del ofensor para incurrir en un delito o cuasidelito; (b) que ese hecho provenga de dolo o culpa; (c) que cause daño y (d) que entre el hecho u omisión doloso o culpable y el daño exista una relación de causalidad.

Esta enumeración también merece ser clasificada entre las extensivas, puesto que al margen de los cuatro elementos que en ella se contienen es preciso agregar el factor ilícitud.

Díaz Pairó, según este autor merecen ser consideradas como requisitos de la responsabilidad extracontractual: (a) el hecho humano; (b) la ilícitud; (c) la culpa; (d) daño y (e) nexo causal entre el acto u omisión culpable y el daño.

Josserand, Bonnacase, mencionan cuatro elementos de la responsabilidad extracontractual: (a) existencia de un delito o culpa; (b) existencia de un perjuicio; (c) relación de causalidad entre el delito o culpa y el perjuicio; (d) relación de causalidad entre el delito o culpa y el perjuicio. (Peirano, 1979, p. 225).

Peirano Facio dice: "La lectura del artículo 1319 del Código Civil oriental permite deducir cuatro elementos fundamentales de la responsabilidad extracontractual a saber: (a) el hecho ilícito, aludido por el legislador en el comienzo del mismo artículo; (b) el perjuicio que nuestra ley indica con las palabras "daño a otro"; (c) el dolo o culpa o negligencia que constituyen el elemento subjetivo, o sea la culpa en la acepción más amplia del vocablo y (d) el nexo causal". (Peirano, 1979, p. 225).

3.2.3 Tendencia Intermedia

Esta tendencia denominada también aclética, reduce a tres el conjunto de elementos de la responsabilidad civil. Esta tesis es clásica en la doctrina francesa y de acuerdo a sus postulados los elementos de

la responsabilidad civil son como enseña Mazeaud: (a) el daño; (b) la culpa; y el nexo causal.

3.2.4 Autores Colombianos

Para Montoya Gómez los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual son: (a) el hecho; (b) el daño y (c) el nexo causal.

Se aparta de la tendencia clásica, ya que sustituye el elemento culpa por el "hecho". Dice: "Nosotros sustituimos el primer elemento de los distinguidos tratadistas por el hecho, pues entendemos que en realidad es la causa directa fundamental de la reparación en que se traduce la responsabilidad. La culpa debe entenderse más bien como una cualidad del hecho. (Montoya, 1977, p. 40).

Según Cardoso Izasa, los elementos de la responsabilidad extracontractual son: (a) existencia de un delito o culpa; (b) existencia de un perjuicio y (c) relación de causalidad entre el delito o culpa y el perjuicio. (Cardoso, 1981, p. 61).

Dice el citado autor, los dos primeros elementos están contenidos en el artículo 2341 de nuestro Código Civil, la relación de causalidad ha resultado por interpretación jurisprudencial.

Uribe Holguín, al tratar sobre los elementos de la responsabilidad extracontractual, que según él debe denominarse técnicamente "responsabilidad por el hecho ilícito, prevista en el artículo 2341 de nuestro Código Civil dice: "La disposición legal anotada permite sentar la conclusión de que la responsabilidad por el hecho ilícito supone cuatro condiciones: (a) un hecho contrario a la ley; (b) culpa del agente; (c) daño sufrido por la víctima y (d) relación de causalidad en-

tre el hecho y el daño. (uribe, 1980, p. 89).

(a) la culpa; (b) el daño; y (c) el nexo causal. Entendiéndose que en

3.2.5 Observación Crítica

la culpa se subsume siempre al elemento ilicitud.

Las diversas soluciones que la doctrina brinda sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual, lle-

va a la conclusión de que en esta materia no se pueden afirmar criterios absolutos.

Las tesis expuestas revelan que en lo substancial todas ellas afirman la necesidad de la concurrencia de los mismos elementos; las variaciones en su formulación derivan de que ciertas teorías subsumen algunos elementos en otros, presentándose así al intérprete como si

fueran substancialmente distintos. La manifestación más explícita de esta verdad es la posición de Chironi. Lo mismo, aunque de un modo me-

nos explícito, ocurre con la posición de Mazeaud, compartida por muchos autores, estos no mencionan entre los elementos de la responsa-

bilidad civil el hecho ilícito. Destacan que en la concepción clásica de la responsabilidad civil la culpa se desdobra en dos elementos,

uno objetivo y otro subjetivo: objetivamente la culpa supone un hecho contrario al derecho, esto es la violación de una obligación de hacer

o de no hacer; en este sentido la culpa es un hecho ilícito lato sensu. Subjetivamente la culpa se refiere a una circunstancia interna

del sujeto: la posibilidad en que se encontraba de prever el daño que su conducta produciría.

Con referencia al tema que nos ocupa, la doctrina nacional siguió un proceso que en sus grandes líneas es similar al que conoció

la doctrina francesa y que nuestra jurisprudencia acepta. Ella trae como elementos de la responsabilidad extracontractual los siguientes:

que no ha hecho lo que ha debido hacer.

(a) la culpa; (b) el daño; y (c) el nexo causal. Entendiéndose que en la culpa se subsume siempre el elemento ilícitud.

3.3 LA CULPA

Resulta difícil dar una noción de culpa por tratarse de un concepto abstracto establecido por la ley, para que sea el juez quién lo valore. Sin embargo, su noción de idea de violación de una norma de conducta preexistente, de incuria, de imprevisión, de impericia o de simple negligencia.

3.3.1 Definiciones de Culpa

Algunas definiciones incurren en el confucionismo al no distinguir la del vínculo causal, del daño o del perjuicio mismo. Tal es el punto de vista de Sourdat, dice: "culpa es la simple lesión del derecho".

Para Savatier: "La culpa es la violación de un deber que el agente podría conocer y observar. Este deber puede ser un deber legal, un deber moral determinado, o lisa y llanamente el deber general de no dañar a otro".

Para Planiol, la culpa no existe sino en razón de una obligación que se viola, y así dice que: "la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente".

Para Gény: la culpa es un error de conducta, una falta de aptitud 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 conducido en la forma en que ha debido hacerlo, que no ha hecho lo que ha debido hacer.

Los hermanos Mazeaud, definen la culpa así: "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."

Sin resolver por entero la dificultad la definición de los hermanos Mazeaud tiene la ventaja sobre las demás de dar un criterio afortunado, una orientación sensata para investigar y saber cuando hay culpa.

Tratadistas muy importantes, admiten que la noción aceptada sobre el concepto de culpa es la de los hermanos Mazeaud. Es el concepto más elaborado y juicioso y el que tiene más amplia recepción en nuestro derecho.

3.3.2 Culpa en Abstracto, Culpa en Concreto

Para fijar la culpa en abstracto, se analiza la situación particular de la persona que comete el hecho; su estado psicológico en el momento de obrar, para determinar su discernimiento y libertad y fijar así su responsabilidad por la lesión del derecho.

La culpa en concreto refiere el error de conducta del hombre a la conducta general que hubiera observado un hombre medio. Aprecia los factores objetivos y compara la conducta del agente con la que hipotéticamente hubiera observado una persona normal, para establecer la responsabilidad por la lesión del derecho (Montoya, 1979, p.90).

3.3.3 Culpa Intencional, Culpa no intencional

Esta diferencia surge del elemento dolo en la comisión del hecho ilícito.

Cuando el error de conducta obedece al fin determinado de procurar un daño, habrá una culpa intencional. Por el contrario, cuando el

error de conducta obedecida negligencia, no imprudencia hay una culpa en sentido estricto.

3.3.4 Culpa Contractual, Culpa Extracontractual de una materia y otra.

(8) En su concepción jurídica la culpa es una, a pesar de los dos modos en que se manifiesta, de contractual y extracontractual. La primera se basa en la preexistencia de una relación obligatoria cuya contravención o incumplimiento obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados. La extracontractual está configurada por los actos u omisiones, que sin afectar un vínculo preexistente, producen un daño generador de responsabilidad de la lesión de un simple interés en la víctima.

Ambas son fuentes de obligaciones y las acciones que nacen de una y otra no son susceptibles de acumularse; así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en varios de sus fallos (Montoya, 1977, p. 90-93).

Diferencias: (a) La culpa contractual supone un vínculo obligatorio preexistente, porque incide en el cumplimiento de una obligación. La extracontractual, no requiere tal antecedente, puesto que nace de la obligación de indemnizar, impuesta por la ley.

(b) Según el interés que tenga cada parte en el contrato, la contractual admite grados, artículo 1604 del Código Civil; la extracontractual no tiene en cuenta este elemento.

(c) La contractual se presume y, quién se pretenda exento de ella, deberá probar el caso fortuito, o solamente la debida negligencia o cuidado.

La nacida fuera del contrato requiere prueba por quién la alega.

(d) En la culpa contractual, para pedir la indemnización de perjuicios

«cíos» se requiere que el deudor se encuentre en mora. En la extracontractual no juega la constitución en mora, sino que el perjuicio experimentado (a) Distintas disposiciones legales se ocupan de una materia y otra. (f) La función de las leyes es subjetiva en la culpa contractual y la preceptiva en la extracontractual; por eso en esta la reparación es íntegra, mientras que en la contractual había que subordinarla a la voluntad de las partes (Montoya, 1977, p.100).

A pesar de la complejidad sobre la noción de culpa se puede examinar ésta a través de dos requerimientos principales: que reparar sino 1) No es suficiente la lesión de un simple interés en la víctima, sino de un hecho culposo sino que se requiere la violación de un derecho. Así, por ejemplo, el comerciante de telas no puede pedir indemnización al competidor que se ha establecido en la misma calle donde tiene su almacén, porque con ello no le lesiona ningún derecho sino simplemente un interés. elemento de la responsabilidad civil completa 2) Existe otro requisito que debe examinarse al analizar la culpa. Consiste en que no basta en que el demandante alegue y pruebe que ha sido lesionado en su derecho, sino que es preciso también que su adversario no pueda oponerle un derecho más fuerte, positivo o negativo. comprometer la responsabilidad. tanto, para que el hecho de la víctima

Reunidos los precedentes requerimientos se puede hablar de la existencia de la culpa. (Cardoso, 1981, p.62). daño que sufre la víctima. Así, el que da veneno a una persona, a la cual otra mata de un balazo, acto continuo, no es responsable. 3.4 NEXO DE CAUSALIDAD su muerte, la causa No basta para comprometer la responsabilidad civil, que el demandante haya experimentado un perjuicio y que el demandado haya co-

metido una culpa, se requiere la existencia de un vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio: es preciso que el perjuicio experimentado sea consecuencia de la culpa cometida.

Todos reconocen la necesidad de este elemento constitutivo de la responsabilidad, necesidad admitida por el derecho romano y por el antiguo derecho francés. Sobre este punto no hay discusión como no la hay acerca de la necesidad del perjuicio.

El sentido común impone en efecto la existencia de un vínculo de causalidad. Evidentemente el autor de una culpa no tiene que reparar sino los perjuicios que sean consecuencia de esa culpa. Nadie piensa en demandar indemnización de una persona que nada ha tenido que ver con la realización del perjuicio experimentado.

3.4.1 Distinción entre la culpa y el vínculo de causalidad

Al respecto conviene sentar el principio de que el vínculo de causalidad constituye un elemento de la responsabilidad civil completamente distinto de la culpa.

Puede haber vínculo de causalidad sin culpa. A menudo una persona causa un perjuicio sin que su actividad sea culpable. En tales casos la falta de culpa, no la falta de causalidad, es la que impide comprometer la responsabilidad.

Puede asimismo haber culpa sin vínculo de causalidad, cuando el hecho aunque, ilícito, no ha sido la causa del daño que sufre la víctima. Así el que da veneno a una persona, a la cual otra mata de un balazo acto continuo: no es responsable civilmente de su muerte, la causa de la muerte no fué su hecho ilícito. (Mazeaud, 1945, p. 9-14).

3.4.2 La Causa Extraña

Falta el nexo de causalidad cuando el perjuicio es resultado de una causa extraña, y se entiende por tal un acontecimiento ajeno al demandado. Este acontecimiento puede ser obra de la víctima. Puede ser un acontecimiento que a nadie pueda imputarse, como el terremoto o el rayo y el perjuicio proviene entonces de fuerza mayor o caso fortuito. Finalmente, el perjuicio puede ser obra de un tercero, es decir de una persona que no es el demandado ni la víctima. a nadie reparación.

El Hecho de la Víctima. En la inmensa mayoría de los casos la víctima participa en la realización del perjuicio que la afecta: el hecho de la víctima, trátase de una acción o de una abstención, figura entre las causas del perjuicio junto con la culpa del demandado, y hasta acontece que ese hecho constituya la única causa del perjuicio. de la fuerza. Por eso el problema de la incidencia del hecho de la víctima en la responsabilidad del demandado desempeña un papel fundamental. En este caso el demandado para exonerarse debe establecer una causa extraña. El hecho de la víctima no puede tenerse en cuenta sino a condición de que tenga un vínculo de causalidad con el perjuicio. Nada importa la intervención, ni aún culpable de la víctima, cuando nada ha tenido que ver en la realización del perjuicio, no el demandado, o una persona. Por otra parte es indispensable, para que el hecho de la víctima influya en la responsabilidad, que no sea imputable al demandado, es decir que el demandado no la haya provocado. Si junto con la intervención La culpa de la víctima que ha sido causa exclusiva del daño exonera de responsabilidad al demandado. La víctima no puede demandar la reparación de los daños que ha sufrido por su exclusiva culpa.

Conforme al artículo 2357 del Código Civil, cuando la partici-

pación de la víctima no haya sido exclusiva y el demandado tenga parte en la autoría, se atenúa o disminuye la responsabilidad y cada uno recibirá consecuencia proporcional a su participación en el daño.

Fuerza Mayor y Caso Fortuito. Cuando un acontecimiento de fuerza mayor lesiona directamente a alguna persona, como un temblor que destruye una casa, un huracán que destruye unos árboles, una inundación que ocasiona estragos, la víctima no puede demandar a nadie reparación. Tiene que soportar todo el peso del perjuicio.

En los casos en que haya influencia de un acontecimiento de fuerza mayor, una persona perjudica a otra. La verdadera causa del perjuicio, la causa primera, la única que debe tenerse en cuenta desde el punto de vista de la responsabilidad civil, es el acontecimiento de la fuerza mayor o el caso fortuito, el perjuicio es ajeno al demandado. No hay vínculo de causalidad. (Mazeaud, 1945, p.14-36).

Hecho de un Tercero. Cuando el hecho de un tercero es la única causa del perjuicio, es evidente que debe absolverse por completo al demandado.

Pero para ello se requiere que reúna los siguientes requisitos:

(a) que el autor del perjuicio sea un tercero y no el demandado, o una persona llamada a responder civilmente, en virtud de la autoridad o el poder central que ejerce sobre ella; (b) que no haya concurrido con una culpa del demandado el acto del tercero. Si junto con la intervención del tercero concurre la culpa del demandado la responsabilidad podrá atenerse pero continúa.

3.4.3 Relación Causal Mediata e Inmediata

La relación causal es inmediata, cuando el daño deriva directamen

o culpable que no daña a otro podría engendrar responsabilidad penal, si está penado por la ley, pero de ninguna manera responsabilidad civil; el dolo y la culpa producen efectos civiles si causan daño; en caso contrario el derecho civil se desentiende de ellos. (Mazeaud, 1960, p.60).

CAPITULO 4

EL PERJUICIO

4.2 CONCEPTO

Por consistir el efecto de la responsabilidad civil en la reparación de un daño, no podría existir responsabilidad civil sin un daño. Por lo tanto, el perjuicio es un requisito de la responsabilidad civil. Pero no todo perjuicio da lugar a reparación, en principio deben reunirse otros dos requisitos: una culpa, un vínculo de causalidad entre culpa y daño. Sólo la persona que por su culpa, ha causado un daño está obligada a repararlo. Perjuicio es hoy sinónimo de daño. En su origen dichas expresiones tuvieron significados diferentes: el *damnum* de la ley *Aquilia* era el ataque a la integridad de una cosa; ese ataque estaba sancionado sin que hubiera que averiguar si le infería perjuicio al propietario; y ningún otro perjuicio se hallaba sancionado. Los jurisconsultos romanos se esforzaron por sustituir la noción de *damnum* por la de perjuicio. En el lenguaje jurídico actual, como en el lenguaje corriente, daño significa perjuicio. (Mazeaud, 1969, p.59).

4.1 NECESIDADES DE UN PERJUICIO

La necesidad de un perjuicio no es sino la aplicación del principio general: "Donde no hay interés, no hay acción". El hecho doloso

o culpable que no daña a otro podría engendrar responsabilidad penal, si está penado por la ley, pero de ninguna manera responsabilidad civil; el dolo y la culpa producen efectos civiles si causan daño; en caso contrario el derecho civil se desentiende de ellos. (Mazeaud, 1960, p.60).

4.2 CONCEPTO

"Daño" es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja". (Montoya, 1977, p.101).

En términos vulgares, llámase daño a todo detrimento o lesión que una persona experimenta, en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que sea la causa, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre.

En esta acepción el lenguaje científico incluye todos los perjuicios que el individuo sujeto a derecho sufra en su persona y bienes jurídicos, exceptuando los que se irroga el propio perjudicado. Al derecho positivo sólo le interesa el daño como fundamento determinante de penas e indemnizaciones. Jurídicamente, sólo puede considerarse como verdadero daño el perjuicio consumado y definitivo.

No puede darse del daño un concepto unitario por la diversidad de materias que abarca. Así lo pone de manifiesto el Diccionario de la Real Academia al incluir dentro de la acción de dañar "causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia", aspectos estos que no son sinónimos y que en ámbito jurídico tienen distinto significado. Además

en el derecho se habla de "interés" y de "valor de afección", expresiones que deben explicarse en relación con un concepto amplio del daño.

La doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. El daño debe considerarse no en sí mismo, sino en sus efectos, y por tanto debe incluirse en su concepto la nota de responsabilidad, la cuál constituye el punto más importante que al derecho le toca reglamentar. Igualmente, el concepto de daño debe incluir la nota de anti-juricidad, pues para que el daño sea indemnizable debe infringir una norma jurídica, ya que si se produce conforme a derecho no sería indemnizable. (Montoya, 1977, p. 104).

Juega, en la noción del daño el concepto del interés. Teniendo en cuenta este interés, el daño se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del acaecimiento dañoso y el estado que presentaría si este no hubiera ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía.

El criterio general informador del Código Civil es el de interés. Así se desprende del artículo 1613, el cuál dice que la indemnización de perjuicios comprende el lucro cesante y el daño emergente, y el 2341 de la misma obra, que preceptúa: "El que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización". (Montoya, 1977, p. 107).

ción con su realización, sea el hecho que haya ocurrido realmente y no sea su cuantía, ni con la mayor o menor facilidad para determinarla o apreciarla.

4.3 CARACTERES

Para que el daño sea indemnizable se requiere: (a) que se traduzca en una pérdida o norma patrimonial económica o social de la persona; (b) que sea cierto; (c) que no haya sido reparado; (d) que afecte personalmente al demandante.

4.3.1 El Perjuicio debe constituir una merma patrimonial concepto de

El daño debe traducirse en un empobrecimiento patrimonial del perjudicado, ya que esta es su concepción lógica; de no ser así, habría solamente una acción que si bien puede ser ilícita no ha alcanzado a originar una obligación de indemnización, por cuanto ésta tiene como objeto la reintegración de un patrimonio que ha sido menoscabado por una acción delictual o culposa y, no habiendo merma patrimonial, no hay daño que reparar. (Mazeaud, 1960, p. 80).

4.3.2 El perjuicio debe ser cierto sus consecuencias por el propio

El perjuicio cierto se opone al eventual o hipotético. La certeza del perjuicio consiste en que realmente se ha causado y que puede determinarse o probarse. La certeza excluye el perjuicio eventual, que es aquel que suscita incertidumbre. Los hermanos Mazeaud sostienen que para que el perjuicio sea cierto "se necesita que el juez tenga la certeza de que el demandante se encontraría en mejor situación, si el demandado no hubiera ejecutado el acto que se le reprocha.

El perjuicio cierto no deja de serlo porque su estimación sea incierta, o de difícil apreciación. La certidumbre del daño dice rela-

ción con su realización, con el hecho que haya ocurrido realmente y no con su cuantía, ni con la mayor o menor facilidad para determinarla o apreciarla. La causa el pago hecho por el autor. Pero a esto se arguye un daño cierto en cuanto a su existencia, pero incierto en cuanto a su monto, es indemnizable. En tales casos, quedará a la prudencia del juez fijar su cuantía tomando en cuenta su naturaleza, las circunstancias del hecho y los demás antecedentes del proceso. anuncia, ni va

El daño o perjuicio puede ser presente o futuro. El concepto de futuro debe entenderse referido a daños cuyas consecuencias nocivas no se hayan consumado al incoarse la acción de indemnización, aún cuando su existencia sea cierta desde dicho momento. (Mazeaud, 1960, p. 85).

4.3.3 El perjuicio no debe haber sido reparado ya poseedor de la cosa sobre. En este requisito se pueden presentar las hipótesis de que el daño haya sido reparado por la víctima, por un tercero o por su propio autor. En los casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder por ella; Si el daño fué reparado en todas sus consecuencias por el propio autor, no hay problema, se considera que éste cumplió con su deber, y la responsabilidad ya no subsiste. MATERIAL Y DAÑO MORAL

Si el daño fué reparado por un tercero, se pensará si la víctima tiene aún derecho para accionar contra el autor, o si ese derecho corresponde al tercero que reparó el daño, tal sería el caso de que alguien se hubiera asegurado contra el daño que precisamente se le causó, y que en cumplimiento de ese seguro se le hubiera pagado el monto de él. en el primer caso, existe perjuicio material, pecuniario e patrimonial. Si se ejerce la acción en contra del autor del daño por parte de la víctima, surgiría una acumulación de acciones; y un doble pago por

parte del asegurado y el autor del daño, es decir un enriquecimiento sin causa ya que satisfecho por el asegurador el monto del perjuicio quedaría sin causa el pago hecho por el autor. Pero a esto se argumenta que el contrato de seguros es independiente y nada tiene que ver con la relación delictual.

La víctima puede renunciar a la indemnización ya que ésta es un derecho que le confiere la ley y no está prohibida la renuncia, ni va contra las buenas costumbres. (Mazeaud, 1960, p.90).

4.3.4 Que afecte personalmente al demandante

Este requisito se refiere al interés legítimo que debe tener el demandante como lo prescribe el artículo 2342 del Código Civil. "Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño... si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder por ella; pero sólo en ausencia del dueño". (Montoya, 1977, p.105-114).

4.3.1 El daño Emergente

4.4. DAÑO MATERIAL Y DAÑO MORAL

El daño sufrido puede ser de naturaleza muy diferente. A veces afecta a la víctima pecuniariamente; se traduce en una disminución de su patrimonio. Otras veces, por el contrario, no lleva consigo la pérdida de dinero; la víctima es alcanzada moralmente, por ejemplo, en su honor o en sus afectos.

En el primer caso, existe perjuicio material, pecuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial. (Mazeaud y Tuc, 1961, p. 298).

4.5.2 Lucro Cesante o Perjuicio

Lucro cesante es lo que se deja de percibir durante el tiempo necesario para restablecer la actividad; como los honorarios

Cualquier daño material le permite a la víctima pedir una reparación, desde luego si se encuentran reunidos los restantes elementos constitutivos de la responsabilidad; es decir, cuando el autor del perjuicio ha incurrido en una culpa y existe un vínculo de causa a efecto entre esa culpa y el perjuicio.

El daño material se divide a su vez en daño emergente y lucro cesante, consagrados en el artículo 1614 del Código Civil, el cual dice: "Entiéndese por daño emergente 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 cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento." (Ortega Torres, 1976, p. 695).

4.5.1 El daño Emergente

El daño emergente o concretamente el daño, comprende los perjuicios materiales y los morales objetivos y subjetivos, pues se puede afectar al patrimonio moral y material. Resulta de inmediato y coetáneamente con la acción ilícita.

El daño emergente está representado en los efectos patrimoniales que se pierden o menoscaban para restablecer la normalidad disminuida o turbada. En el dinero que se debe consumir en drogas, médicos, operaciones clínicas, para recobrar la salud venida a menos por el accidente.

4.5.2 Lucro Cesante o Perjuicio

Lucro cesante es lo que se deja de percibir durante el tiempo necesario para restablecer la normalidad quebrantada; como los honorarios y utilidades que negocios en marcha dejan de producirle, por inmovilidad deriva de las lesiones que ha sufrido por una explosión.

4.6 CARACTERISTICAS DEL DAÑO

El daño para que sea admitido como elemento de la responsabilidad extracontractual debe reunir las siguientes características:

Debe ser directo. Significa esto que el perjuicio sea el resultado inmediato de la culpa. Existe una cadena de daños cuando se produce un hecho culposo. Por tanto es importante determinar hasta donde llega la responsabilidad del autor culpable.

Debe ser actual. Esto quiere decir que el daño es indemnizable cuando existe o ha existido en el momento de intentar la acción de responsabilidad.

Debe ser cierto. O sea, fundado sobre un hecho preciso, no sobre hipótesis. Por consiguiente las meras hipótesis no son indemnizables así, por ejemplo, los posibles ahorros que hubiera podido hacer la víctima de un accidente no son materia de indemnización.

de objetos materiales representativos de valor de afección. (Cardoso, 1981, p.69).

5.3 NOCIÓN DE DAÑO MORAL

Las lesiones, de la moral, del honor o de la libertad sexual, son

CAPITULO 5

daños que constituyen una real agresión a intereses tan fundamentales de la personalidad humana, que no podría negarse la existencia de una

EL DAÑO MORAL

agresión, aun cuando se alegara que se trata del daño a un bien ideal, espiritual y por naturaleza diferente del patrimonial. Lo que acontece en estos casos es que no siempre el daño se manifiesta en consecuencias específicas de orden patrimonial, por el contrario, en oportunidades el daño se realiza y manifiesta en la sola lesión de los bienes de la persona, y como tal ha de ser reparado, de la misma manera como se predica

ca "perjuicio moral-dice la Corte- es el que sobreviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de la persona". (Sentencia, 1941, marzo 15, p. 794).

Por el legislador más conforme a la doctrina y a la jurisprudencia recientes, se ha visto que los derechos de la personalidad son amparados. (Cardoso, 1980, p.71).

5.1 CATEGORIAS

El daño moral se subdivide en dos categorías: perjuicios morales propiamente dichos, que afectan la "parte social del patrimonio moral", como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos 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 o el daño a personas queridas o a la destrucción o deterioro

de objetos materiales representativos de valor de afección. (Cardoso, 1981, p.69).

rios de bienes que en otras épocas se consideraban irreducibles a

cifras. Existe pues, la posibilidad de atribuir a los bienes morales

5.2 NOCIÓN DE DAÑO MORAL

un valor suficientemente objetivado, así se le confiara un contenido

práctico y una sustancia real. Las lesiones, de la moral, del honor o de la libertad sexual, son

daños que constituyen una real agresión a intereses tan fundamentales

de la personalidad humana, que no podría negarse la existencia de una

de observarse en las tablas de accidentes, en las cuales figan por-

agresión, aún cuando se arguyera que se trata del daño a un bien ideal,

centajes de invalidez para las diversas disminuciones físicas o bien

espiritual y por naturaleza diferente del patrimonial. Lo que acontece

en instrumentos de cálculos actuariales, todos los cuales, si bien

en estos casos es que no siempre el daño se manifiesta en consecuencias

inspirados en consideraciones de orden patrimonial, ofrecen un criterio

específicas de orden patrimonial, por el contrario, en oportunidades el

daño se realiza y manifiesta en la sola lesión de los bienes de la per-

sona, y como tal ha de ser reparado, de la misma manera como se predica

para toda clase de bienes de orden económico.

5.4 ALCANCE DE LOS DAÑOS MORALES

Los bienes inherentes a la personalidad son motivo de consideración

por el legislador, pues conforme a la doctrina y a la jurisprudencia re-

cia del daño injusto, son daños morales; el concepto se restringe se-

cientemente, se ha visto que los derechos de la personalidad son amparados.

lamente a los dolores y sufrimientos que se derivan de unas injurias

(Cardoso, 1980, p.71).

bien determinadas legal, doctrinaria o jurisprudencialmente. El daño

moral adquiere valor para el derecho sólo en cuanto se le haga girar

5.3 RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MORAL

en torno a los sufrimientos psíquicos determinados a partir de un da-

El problema se presenta en su valoración práctica: su conversión

no a la persona. en dinero, ya que la forma pecuniaria es la más difundida, y en muchos

Los daños morales dentro de la valoración jurídica social de-

casos la única realizable. terminante para el juez, sólo constituyen un verdadero daño cuando

Este obstáculo no es definitivo, también se presenta cuando se tra-

son consecuencias de determinadas ofensas. Por tanto esta clase de da-

ta de la indemnización del daño patrimonial, y si se trata de la ponde-

ración del precio de un bien, es necesario acudir a su valoración so-

atribución de un derecho a la personalidad. (Montoya, 1977, p. 132).

cial, la cuál hoy se orienta hacia una reducción a términos pecuniar-
rios de bienes que en otras épocas se consideraban irreductibles a
cifras. Existe pues, la posibilidad de atribuir a los bienes morales
un valor suficientemente objetivado, así se le confiere un contenido
práctico y una sustancia real.

La posibilidad de atribuirle un valor objetivo al daño moral pue-
de observarse en las tablas de accidentes, en las cuales fijan por-
centajes de invalidez para las diversas disminuciones físicas o bien
en instrumentos de cálculos actuariales, todos los cuales, si bien;
inspirados en consideraciones de orden patrimonial, ofrecen un crite-
rio objetivo para la solución de todos los casos de mensura del daño
a la persona.

5.4 ALCANCE DE LOS DAÑOS MORALES

No todos los dolores y padecimientos sentimentales, consecuen-
cia del daño injusto, son daños morales; el concepto se restringe so-
lamente a los dolores y sufrimientos que se derivan de unas injurias
bien determinadas legal, doctrinaria o jurisprudencialmente. El daño
moral adquiere valor para el derecho sólo en cuanto se le haga girar
en torno a los sufrimientos psíquicos determinados a partir de un da-
ño a la persona.

Los daños morales dentro de la valorización jurídico social de-
terminante para el juez, sólo constituyen un verdadero daño cuando
son consecuencias de determinadas ofensas. Por tanto esta clase de da-
ño no es autónomo a la persona y su reconocimiento no se traduce en la
atribución de un derecho a la personalidad. ((Montoya, 1977, p. 132).

La resarcibilidad de los daños morales tiene como punto de apoyo el artículo 2341 del C.C. y el artículo 10 del nuevo Código Penal. No aparece en nuestra legislación una norma que prescriba el resarcimiento del

5.5 MANERA DE RESARCIR EL DAÑO MORAL

Sobre este punto se presentan mayores dificultades de orden dogmático y práctico, y se objeta que los daños morales resultan inapreciables para su satisfacción en dinero y que, portanto, el resarcimiento solo sería una pena accesoria o por lo menos una pena privada. Pero, se debe mirar más al lesionado que al agente. En efecto, la diferencia entre daño y pena consiste en que la pena tiende a infligir un castigo al reo, mientras que el daño y su reparación se dirigen al lesionado, pretendiendo aliviario del mal que lo afecta.

Lo que acontece es que al resarcimiento del daño moral no se opone la medida de orden penal y, por tanto, se debe aceptar que el dinero, fuera de medio para la reparación del daño, es un instrumento de satisfacciones materiales y morales, y así, puede servir como compensación de los sufrimientos síquicos del lesionado, lo cuál no quiere decir que se le atribuya el carácter de pena privada a la condena pecuniaria cuyos resultados aprovechen al particular.

El resarcimiento del daño moral se estudia de modo paralelo a la indemnización general del daño, constituyendo aquel un verdadero y real complemento.

Se puede decir, que daños morales son los dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona, y que por ello no son daños propiamente dichos, sino que constituyen un atentado a intereses puramente morales, lo cuál justifica la extensión del resarcimiento.

La resarcibilidad de los daños morales tiene como punto de apoyo el artículo 2341 del C.C. y el artículo 10 del nuevo Código Penal. No aparece en nuestra legislación una norma que prescriba el resarcimiento del daño moral; pero teniendo en cuenta que el resarcimiento del daño moral se estudia de modo paralelo a la indemnización general del daño, los jueces tendrán en el citado artículo del Código Civil, utilizando la doctrina y la jurisprudencia, un poderoso punto de apoyo para hacer las condenas en este aspecto. (Montoya, 1977, p. 138).

teniendo en cuenta que la responsabilidad señalada es la responsabilidad por 5.6 RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MORAL CUANDO LA VICTIMA MUERE

La figura del dolor es la consecuencia de la ofensa a los bienes de la personalidad y por tanto se evidencia como titular de la acción, en términos inmediatos, precisamente la persona que ha sido ofendida injustamente. Pero no obstante esto, en caso de muerte del lesionado, la acción corresponde a otros sujetos diferentes del directamente ofendido, quienes pueden recibir las consecuencias aflictivas del suceso dañino, por las estrechas relaciones personales que puedan tener con él.

Respecto a las personas que pueden ejercer la acción por daños morales se dice que compete sólo a los herederos. Cabe la posibilidad de señalar algunas hipótesis que muestren la aplicación segura de la anterior solución: las relaciones entre padre e hijos, entre adoptante y adoptado y las conyugales. En todos estos casos existen derechos y deberes recíprocos que tienen por contenido el cuidado, la educación de la persona, o aún la cohabitación y la fidelidad, en las cuáles se halla comprometida directamente la personalidad de los sujetos interesados, y ello explica las razones para otorgarles derecho a reclamar por daño mo

ral en caso de homicidio. Se considera responsable, en términos generales a quien haya ocasionado a otro un daño injusto con su actividad dolosa o culpable. También está obligada a la reparación la persona que deba responder por el acto ajeno, según las reglas del Código Civil. En estos casos, la ley trata por igual la responsabilidad por el daño patrimonial y el daño moral, teniendo en cuenta que la responsabilidad señalada es la responsabilidad por la conducta de otro tal como se encuentra establecida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

En cuanto a que al resarcimiento de los daños morales sea a cargo de una persona jurídica, ello es aceptable dentro de la responsabilidad de responsabilidad por delitos de sus órganos y dependientes. (Montoya, 1977, p. 140).

5.8 DETERMINACION DEL DAÑO MORAL

Establecer la existencia completa del daño moral no equivale a determinar su medida y, menos aún, a liquidarlo. Si cabe la posibilidad de suministrar una prueba aproximada de la existencia de este daño, no es lo mismo establecer con base en qué elementos es posible la determinación de su entidad, con un criterio que permita su liquidación en dinero. Lo que interesa, en últimas, es que el lesionado reciba como compensación a su lesión algún dinero, y como su dolor no puede traducirse en un quantum, el problema consiste en determinar la suma que se debe pagar. Aquí, como en otros casos, la única solución, excepto lo establecido

do en el artículo 106 del Nuevo Código Penal, lo cual no constituye re
gla aceptable, consiste en dejar al criterio del juez la valoración de
la pretensión indemnizatoria.

En este campo pugnan opiniones distintas:

1o. Según una teoría, deberán tenerse en cuenta, al liquidar el da
ño moral, las condiciones económicas de las partes.

2o. Para otra, la solución está en considerar la gravedad de la
culpa del reo.

3o. Una tercera, que es la que nosotros acogemos, atiende a la gra
vedad del dolor padecido.

Esta última es el único criterio que se puede adoptar, porque tie
ne su ratio en la intensidad del dolor padecido, apreciando la intensi
dad de los sufrimientos síquicos mediante los rasgos principales del ca
so. Solución esta que permite obtener resultados constantes, y que se
presenta como de fácil aplicación práctica, pues la sola determinación
de la existencia del daño moral suministrará un criterio aproximado pa
ra la orientación en torno a la magnitud del dolor. (Montoya, 1977, p.
140).

5.9 DETERMINACION DEL MONTO INDEMNIZATORIO DEL DAÑO MORAL OBJE- TIVABLE.

Cuando el daño moral es objetivable se siguen en líneas generales
las reglas establecidas para la determinación del quantum de los perjui
cios materiales, pues se tiene en cuenta el lucro cesante y en lugar
del daño emergente se evalúa el pretium doloris. Así, la víctima puede
obtener una reparación económica compensatoria en cuanto a la objeti-

vacación del perjuicio y una condena de satisfacción en lo relativo al pretium doloris, situación que se aproxima, hasta donde resulta posible, a la plena indemnización.

La acción indemnizatoria por perjuicios se tramita por el procedimiento ordinario señalado por los artículos 396 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en la demanda se puede pedir una condena determinada en relación con el quantum o una condena en abstracto o in genere para ser regulado su monto por el procedimiento señalado por los artículos 307 y 308 de la misma obra. Pero en todo caso, si se pide la condena por una cuantía determinada y la misma no se prueba a lo largo del proceso, pero sí se demuestra la responsabilidad, debe el juez pronunciar la condena in genere fundándose en el artículo 307 ya citado, el cual está conforme con las orientaciones modernas del derecho procesal que tienden a evitar los fallos inhibitorios. (Cardoso, p. 78, 1981).

CRITERIOS EXPUESTOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte sostuvo, hasta 1974 que cuando el daño moral es subjetivo, se concreta conforme al artículo 95 del Código Penal, a un tope de indemnización de dos mil pesos (\$2.000,00). Sin embargo, por sentencia del 24 de septiembre de este año, se apartó de dicha tesis y admitió que el quantum de la condena podía ser superior.

Por ser de gran interés este fallo, transcribiré algunas de sus partes tocantes al tema; también el salvamento de voto del magistrado José María Reguerra a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de septiembre de 1974.

Jurisprudencia

La Corte ha dicho:

1. Es asunto averiguando que el daño moral subjetivo difiera esencialmente del moral objetivado y el perjuicio material, especialmente en cuanto a que el monto de estos es determinable, generalmente por medio de prueba pericial, en tanto que el de aquel, por no manifestarse exteriormente, ya que actúa sobre lo más íntimo del ser humano, y por cuanto no admite mensuración objetiva, puesto que produce todo su efecto en la entraña o en el alma de quien lo padece, no puede ser objetivamente justipreciado. El daño moral se confunde con el dolor interior por la víctima, pero difiere de los efectos que en el mundo exterior causa esta emoción, las cuales entrañan propiamente los perjuicios morales objetivados. El perjuicio moral subjetivo, en consecuencia, es inestimable, ya que existe, es incensurable, aunque la jurisprudencia denomina a esta clase de perjuicio: daño moral subjetivo. (Cardoso, 1981, p. 67).

CAPITULO 6

DAÑO MORAL SUBJETIVO

El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, en perjuicios morales propiamente dichos, que son los que afectan la parte social del patrimonio moral; y en perjuicios de afección, que son las que hieren la parte afectiva del patrimonio moral. La jurisprudencia denomina a esta clase de perjuicio: daño moral subjetivo. (Cardoso, 1981, p. 67).

CRITERIOS EXPUESTOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte sostuvo, hasta 1974 que cuando el daño moral es subjetivo, se concreta conforme al artículo 95 del Código Penal, a un tope de indemnización de dos mil pesos (\$2.000.00). Sin embargo, por sentencia del 24 de septiembre de este año, se apartó de dicha tesis y admitió que el quantum de la condena podía ser superior.

Por ser de gran interés este fallo, transcribiré algunas de sus partes tocantes al tema; también el salvamento de voto del magistrado José María Esguerra a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de septiembre de 1974.

Jurisprudencia

La Corte ha dicho:

"1. Es asunto averiguado que el daño moral subjetivo difiere sustancialmente del moral objetivado y el perjuicio material, especialmente en cuanto a que el monto de estos es determinable, generalmente por medio de prueba pericial, en tanto que el de aquel, por no manifestarse exteriormente, ya que actúa sobre lo más íntimo del ser humano, y por cuanto no admite mensura en el campo objetivo, puesto que produce todo su efecto en la entraña o en el alma de quien lo padece, no puede ser exactamente justipreciado. El daño moral se confunde con el dolor padecido por la víctima, pero difiere de los efectos que en el mundo exterior pueda este generar, los cuales entrañan propiamente los perjuicios morales objetivados. El perjuicio moral subjetivo, en consecuencia, es indeterminable, aunque existe; es inconmensurable, aunque puede constatararse; y a pesar de que su intensidad tiene grados, no hay medio que permita justipreciar su monto en cada ocasión, pues no se conoce unidad de medida que permitiera valorarlo exactamente en sus distintas manifestaciones. ¿Qué experto podría evaluar con sólido fundamento el valor pecuniario del dolor que padecen los padres por la muerte trágica de un hijo? Si se justiprecia en cien mil pesos o en un millón, ¿qué argumentos se darían para que no se dudara de que el real monto sea el fijado y no uno mayor o menor? ¿Qué fundamentos podrían esgrimirse, no para demostrar la existencia del dolor que, en tal caso y mientras no exista prueba en contrario, debe presumirse como lo tiene acertadamente declarado la jurisprudencia, sino para traducir en cifras monetarias su indemnización o reparación? Cada ser su propio juez, y no existe medio conocido que satisfaga esta duda inmemorial. No hay manera de satisfacer plenamente este requerimiento de la justicia.

mente " Constituyendo ese dolor, empero, un daño cierto, inobjetable, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la necesidad de repararlo, o mejor, de satisfacerlo. Mas no encontrando modo de alcanzar esa meta, en cada caso, se han elaborado distintas teorías que, en general, parten de la base de que si al autor del daño se le condena aunque sea al pago de una cantidad mínima, con ello se le obliga a expiar su falta, y, simultáneamente, se concede a la víctima una satisfacción.

" En la zona del daño puramente subjetivo y social, la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el pretium doloris para compensar económicamente el daño subjetivo, es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

"Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llama Josserand y con él otros expositores".

" Y Si el campo de acción de ese dolor, subjetivo se localiza en la zona de mayor intimidad de la víctima y si solamente esta conoce, por ser quien lo padece, la intensidad de sufrimiento, únicamente ella podría estar colocada en situación de hacer una estimación de su dolor, el cual, por su interioridad, no puede ser bien apreciado por peritos. Sin embargo, por repugnar que la parte misma pueda ser su propio juez, no puede aceptarse la regulación que ella hiciera.

" Aunque no es posible entonces, "reparar" completa y justiciera-

mente el daño moral subjetivo, la jurisprudencia colombiana ha insistido en que ese daño, por ser cierto y tener como manantial el acto doloso o culposo, sancionable socialmente conforme a los principios éticos que presiden los actos del hombre, reclama, si no reparación total, por lo antes dicho, al menos sí una "satisfacción", la que deberá señalar el juez, a falta de norma que indique otro camino. Tal satisfacción, en el caso de un perjuicio moral subjetivo irreparable, es indemnización suficiente y acompasada con el fin moral y social, pues, como lo expresan los Mazeaud y Tunc, "reparar un daño no es siempre re-hacer lo que se ha destruído; casi siempre suelo ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio".

"Ahora bien, como el daño moral subjetivo incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, y como consiste en el pesar que padece la víctima y que solo ella puede medir en su intensidad, resulta claro que ese daño no puede ser evaluado por medio de prueba pericial, de un lado, pues su naturaleza propia lo hace inasible, según lo tiene dicho a la Corte, y, de otra parte, porque la peritación únicamente es procedente para verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, según lo declara expresamente el artículo 233 del C. de P. Civil. Además, como todo dictamen debe ser claro, preciso y detallado y ha de expresar los fundamentos técnicos o científicos en que se estriba (art. 237-6, ibídem), pues en su apreciación por el juez el valor de convicción dependerá de su firmeza y de la precisión y calidad de sus fundamentos (art.

241 y siguiente), palmario resulta que si no existe, en el estado actual de la civilización, medio para evaluar ese daño moral, el dictamen necesariamente carecerá de fundamentos sólidos respecto a la fijación del quantum, por lo cual, en este punto, la fijación del quantum, ninguna fuerza de persuasión tendría. El daño moral subjetivo sigue siendo inestimable pecuniariamente.

"Es al juez, pues, a quien corresponde en el caso regular el llamado precio del dolor. Y aunque es claro que, por las mismas razones antes expuestas, los jueces no están situados en mejor posición que los peritos para fijar ese monto, por lo cual su decisión podría ser también, en cierto modo, arbitraria, es evidente que la altura de la misión que se les ha confiado, la cual busca certeramente dispensar a cada uno su derecho, *ius suum cuique tribuere*, augura y propicia que el pronunciamiento sobre ese punto sea clara realización de la justicia al lograr un humano equilibrio entre la equidad y el derecho, como lo ha pregonado Gorphe.

"Sobre este tema, los hermanos Mazeaud han precisado lo siguiente:

"Es innegable que el papel del juez (para señalar la cuantía del daño moral) será más difícil que en el caso de un daño material, Pero ese papel no es imposible; porque no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo que es imborrable, sino para...procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido".

"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 artículo 95 del Código Penal y que, por ende, en ningún caso estaban facultados para señalar por

tal concepto una suma mayor, ya no tiene el patrocinio de la Corte. En efecto, en fallo del 11 de junio pasado, al tocarse tangencialmente ese tema, la rectora de la jurisprudencia pregonó que es imperiosa la modificación de esa doctrina, al afirmar de paso: "La Corte ve la urgencia de modificar su tesis de que no debe condenarse, por daños morales, a pagar suma mayor de \$2.000.00 m/cte. a cada lesionado".

"A lo cual procede, considerando primordialmente que la disposición contenida en el artículo 95 del Código Penal 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 \$2.000.00 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 solo 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 artículo 95 del Código

Penal ni siquiera por analogía puede hacerse actuar por los jueces civiles y menos tratándose de responsabilidad extracontractual en que se demanda una persona 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 artículo 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 ha de condenarse 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 aquellos, 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. Esa cantidad será la de \$30.000.00, 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.

"Comoquiera, pues, que tratándose de daño moral ubjetivo, el derecho lastimado de la víctima se restablece, no propiamente con la cabal reparación del mismo, por ser incommensurable, sino con una equitativa satisfacción, los jueces, al regular esta especie del daño, tendrán presente que cuando 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.

suje"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, hacerlos, a lo menos, más llevadera su congoja", que expresa el adagio: "Las penas con pan son menos".

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER U
 A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1974
 "Hay muchos aspectos de la sentencia que aprobó la mayoría de la sala que comparto integralmente, pero existen otros de los cuales deplo ro tener que separarme por los motivos que brevemente expongo a continuación: Resarcimiento o "satisfacción compensatoria" del daño moral subjetivo la imposibilidad de reparar un daño moral subjetivo; de que la demanda plantea el delicado problema de la indemnización de los daños producidos por una culpa aquiliana, derecho a la cual no se discute en esta etapa del caso sub judice, como que el instituto demandado no recurrió en casación de la sentencia del tribunal que lo declaró civilmente responsable de la muerte de la menor hija del demandante. De vieja data ha aceptado la jurisprudencia que el resarcimiento que es acreedora la víctima en este tipo de responsabilidad, comprende tanto los daños materiales como los morales, y que estos, a su vez, se pueden dividir en dos clases: daños morales objetivados, que están

UNIVERSIDAD DE CHILE
 DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
 PROCESOS TECNICOS

sujetos a un régimen similar al de los materiales, dado que unos y otros, en cuanto sean ciertos y no eventuales o hipotéticos, son susceptibles de fácil justiprecio pericial; y daños morales subjetivos, también denominados por la doctrina *pretium doloris* o *Schmerzengeld*.

"Mucho se ha discutido si estos últimos daños son susceptibles de reparación, en el verdadero sentido indemnizatorio de la palabra, o de una simple satisfacción, a manera de lo que expresa el adagio: "Las penas con pan son menos".

"En este orden de ideas, dice Domenico Barbero, profesor de la Universidad de Milán, que "excluido que el dinero tenga función 'resarcitoria' del daño no patrimonial, puede tener, por otra parte, una función 'expiatoria' con relación al culpable y una función 'satisfactoria' con relación a la víctima, o sea, un efecto que, sin quitar el vacío causado por la lesión, ponga al lado de él una entidad que aunque de distinta naturaleza, mientras castiga al culpable, puede procurar a la víctima una satisfacción compensadora".

"En vista de la imposibilidad de reparar un daño moral subjetivo; de que sin embargo, como daño que es, debe ser indemnizado; y, por último, que en tal virtud la víctima tiene derecho siquiera a la apuntada "satisfacción compensadora", para determinar la cual, en todo caso, deben evitarse el capricho y la arbitrariedad en el arbitrio jurídico, la sala de negocios generales de la Corte, en tres memorables sentencias fechadas todas el 23 de abril de 1941, luego de exhaustivo examen de la cuestión, a la luz de las normas legales entonces vigentes y de acuerdo con la doctrina de notables expositores franceses, principalmente, llegó a la conclusión de que debía aplicarse por analogía

lo dispuesto por el artículo 95 del C.P. 35. "Considero conveniente transcribir, al menos en algunos de sus partes más importantes, lo pertinente que sobre este tema se expuso en la primera de las tres sentencias mencionadas, de la que fue ponente el magistrado Aníbal Cardozo Gaitán, cuyas tesis fueron acogidas posterior e invariablemente por la sala de casación civil y reiteradas por la de negocios generales.

Perjuicios morales.

"El daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, su reputación, su consideración, en su patrimonio moral propiamente dicho; o bien en sus afecciones, en la parte afectiva del patrimonio moral. Se acepta de ordinario que el interés comprendido en la primera categoría, el interés moral, se halla jurídicamente protegido: la ley sobre prensa, que prevé y reprime la injuria y la difamación, así lo demuestra. Pero que el simple interés de afección justifique una reparación de orden pecuniario, no es tesis que se admita generalmente.

"La ley civil patria previene que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Daño es toda lesión en el patrimonio, y este comprende bienes materiales y morales, derechos patrimoniales, propiamente tales y derechos extrapatrimoniales. El daño material y el moral, como lesiones del derecho, deben repararse.

"Mas este postulado, tan fácilmente enunciable, de la reparación del daño moral, ofrece serias dificultades en su aplicación.

"Refiriéndose al daño moral, el notable expositor Georges Ripert,

en su obra *La regle morale dans les obligations civiles*, edición de 1935, se expresa así: *reparación pecuniaria.*

" No hay ninguna duda en la jurisprudencia sobre el principio de la reparación del perjuicio moral. Los contornos de la teoría permanecen imprecisos, aunque con la norma de que es necesaria la reparación".

" Sin embargo, el propio autor, admitiendo, como otros expositores admiten, que es necesaria la reparación del daño moral, parece manifestarse contra ella en estos términos: *daño moral propiamente dicho*

" El daño moral resulta en realidad de la receptividad de la víctima. Es su sensibilidad la que lo determina. Un estoico de corazón duro no sufrirá por la muerte de un pariente; un amigo de corazón, experimenta un dolor extremo con la muerte de un amigo. Es por esto por lo

que el número de víctimas en el daño moral es ilimitado; cada uno se cree víctima. La jurisprudencia se ha hallado en presencia de este problema a propósito del daño causado por la muerte y consistente en el

ataque a los sentimientos de afección. Se ha encontrado seriamente embarazada. Si la pena experimentada constituye un daño que puede ser re-

parado por la indemnización, va a ser indispensable conceder reparación a todos los que sufren con la muerte e invitarlos a fijar ellos

mismos la cifra que les parezca una suficiente compensación a su dolor.

... Pero sería profundamente inmoral decir que el que ha sido atacado en sus sentimientos se consolará de ese ataque gracias a la indemnización que recibiera".

daño afflictivo o depresivo, una norma o disminución de su actividad para el trabajo que reduce su esfuerzo y

"Josserand dice: *actitudes para el trabajo que reducen su esfuerzo y* No obstante, nuestra jurisprudencia se halla bien establecida en el sentido contrario: ella estima que el interés de afección, como el

interés moral propiamente dicho, pueden revestir el aspecto de un derecho y justificar una reparación pecuniaria. Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquel en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de la 'parte social del patrimonio moral', en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza y repercusiones objetivas del daño moral. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa, daño este inestimable pecuniariamente, y puede recibir también un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida de su crédito le trastorna su negocio. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena naturales a la privación del afecto de su progenitor, pero subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución de sus facultades o aptitudes para el trabajo que reducen su esfuerzo y afectan consecuentemente su patrimonio.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocu-

re con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas.

Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado.

Estas diferencias, en lo tocante a la indemnización por el daño moral, sugieren e imponen conclusiones diversas según sea el género del perjuicio.

Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material.

Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive y concrete y por esa vía se llega a la reparación debida.

En esta categoría cabe la mayor parte del daño moral; muchos casos de perjuicios de esta clase se comprenden en ella y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación.

Al hablarse de la objetivación del daño moral, de sus repercusiones en un orden material, pudiera entenderse que se está desconociendo la existencia del daño moral, que este no se reconoce y que únicamente el daño material es el que se acepta, desde que se contempla la objetivación de aquel. Pero esto no es así. De las dos grandes categorías en que se dividen los bienes jurídicos de una persona, patrimoniales y extrapatrimoniales, surgen dos géneros de lesiones en ellos: las que afectan derechos patrimoniales y las que hieren derechos o bienes extrapatrimoniales. Los derechos de este último grupo son inherentes a la persona humana, como la vida, la libertad, el honor, los sentimientos afec-

tivos; los bienes del patrimonio material están situados en un plano distinto, externo y extrínseco, en relación con la persona. El perjuicio moral- como lo ha expuesto la sala de casación de la Corte, en sentencia del 15 de marzo último-... 'es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado, hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral; puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su 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 o el daño a personas queridas, o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. De conformidad con esta definición del daño moral, admitida por los más autorizados expositores, hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento. Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño y no la circunstancia de que este pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral; si los del patrimonio material, existe

el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material.

De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto pueda hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no daño material.

La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afección y la depresión síquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuentemente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquel, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecuente del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma objetivada.

Debe observarse que hasta aquí el campo recorrido para la determinación del daño es cierto, seguro y no arbitrario.

No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo. Es la pena misma, el dolor, el sufrimiento en el sujeto pasivo del daño lo que se considera. Hay en tales circunstancias un daño cierto, evidente, producido por el agente responsable del acto delictual o culposo.

No puede negarse que en las hipótesis ya vistas, de la injuria al honor del comerciante y de la muerte de un hombre, hay un daño de naturaleza subjetiva, el del dolor o la pena causados a la persona que sufre la difamación o a los deudos de quien perece en el accidente. A

ese daño, que ataca el sentimiento del honor o el sentimiento de afectación, en un orden subjetivo únicamente, cabe bien aplicar las observaciones hechas por Ripert, en forma que adolece de generalidad, pero que son adecuadas e inobjectables cuando se trata de ese género de daño moral. Si se quisiera medir esa pena para evaluarla habría que llegar, como único medio para hacerlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objetivo sería ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral.

Este daño moral no objetivado, insalvable por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograr la sino en la medida de su objetivación.

En la zona del daño puramente subjetivo y social la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño.

"Admitir el *pretium doloris* para compensar económicamente el daño subjetivo, es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llama Josserand

y con él otros expositores.

Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal, que 'cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos', parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuere completa, debería basarse en la estimación del lesionado. unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condena-

Mas si esta rigiese, el quantum de la indemnización sería el que por aquel se señalase, y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley. Sin embargo, el sistema colombiano es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. Como ella no puede alcanzarse en forma completa, y aplicando las reglas ordinarias para la fijación del monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha dicho, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho, ya que en el fenómeno jurídico que se analiza, como con propiedad lo anota Demogue, la indemnización representa 'una necesaria afirmación de la injusticia cometida, más que la reparación del

quebranto causado al derecho de la víctima', puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación. Por ser procedente la satisfacción de que se habla, y no la reparación común y completa establecida en la ley civil como norma general para todos los daños, el concepto de moderación de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es también acertado. Y queda, finalmente, por considerar en la norma legal a que se alude, la forma de disposición al arbitrio del juez, que allí establece en orden al señalamiento del quantum. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte, o si ellas permiten o indican como mejor la mera condenación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales, a una cantidad ínfima, que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado.

Dedúcese de lo dicho que la ley patria que establece la indemnización del perjuicio moral subjetivo, ha introducido en nuestro derecho positivo una reforma que traduce las más modernas concepciones jurídicas y que marca una evolución saludable en el campo complejo y arduo de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez según las circuns-

tancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal".

"En otra de las sentencias de esa misma fecha, en caso idéntico al presente (la muerte de un hijo menor del demandante por culpa civil extracontractual del demandado, con ponencia del magistrado Juan A. Donado V., expresa la Corte que algunos autores niegan el derecho a indemnizar perjuicios morales subjetivos, por tratarse de daño inasible y por lo mismo no susceptible de ser avaluado en dinero. "El fundamento principal que les asiste para negarla es que la fijación de su importe tiene que ser necesariamente arbitraria". Eso es así, sin duda; pero como lo observan Colin y Capitant, "Parece que sería aún más chocante que ninguna reparación viniera a compensar la pérdida... Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro, sería una injusticia escandalosa". Sobre el punto en examen, Planiol y Ripert traen lo que sigue: "...La dificultad de apreciación del daño no es tampoco una razón fundamental para negar la indemnización...

"... Habrá, pues, que acudir para la fijación del monto de tales perjuicios al arbitrio judicial. Tarea esta difícil y delicada en extremo, como que si se ejercita sin la debida prudencia, puede conducir a deplorables injusticias. ¿Qué criterio habrá de seguirse para evitarla, para que el pretium doloris de que habla Jossierand o el dinero del dolor a que alude Enneccerus no resulte explotación indebida? ¿Qué barrera oponer al arbitrio judicial para evitar las inconsecuencias, los abusos a que es ocasionado?". A renglón seguido la sala da respuesta a sus propios interrogantes, diciendo que en esos casos

se debe aplicar analógicamente el art. 95 del C.P. de 1927, esa circunstancia.

"En el tercero de los mencionados fallos (ponencia del magistrado Arturo Tapias Pilonieta), reitera la sala su concepto de que "para que el arbitrium iudicis no se torne en especulación indebida, ni en fuente de ganancias exageradas para la víctima, que serían sus más inmediatos y serios peligros, las indemnizaciones pecuniarias por daño moral deben ser módicas, dado su alcance que no es como en el perjuicio material, de restaurar las pérdidas que haya sufrido el patrimonio económico de la persona lesionada". Y para concluir expresa que en esas circunstancias, para fijar la satisfacción correspondiente, debe hacerse "uso del arbitrium iudicis y adoptando el criterio limitado y módico del artículo 95 del Código Penal".

En las actas de la comisión redactora del Código Penal puede leerse que el artículo 95 fue propuesto por el doctor Rafael Escallón y, adicionado por el doctor Carlos Lozano con su expresión final, vale decir, con la cantidad máxima de la indemnización que puede pagarse a la víctima del daño moral. El citado artículo dice así:

"Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Este principio lleva consigo, sin embargo, involucra sin quererlo los

Esta es la norma que, según jurisprudencia desde entonces reiterada e invariable, debe aplicarse analógicamente, siempre que en casos de responsabilidad civil extracontractual se haya ocasionado a la víctima un daño moral subjetivo. "El hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el quantum de la reparación de un daño moral -dijo la Corte

en igualmente memorable sentencia del 21 de julio de 1922, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapara a las leyes penales".

"En los comentarios finales a su traducción del italiano del opúsculo intitulado El daño moral, de Renato Scognamiglio, dice Fernando Hinestrosa, rector y profesor del Externado de Derecho y ex magistrado de esta corporación: "La previsión amplia del daño moral se restringe en la práctica a poder de la inercia, y la línea de menor resistencia, como quiera que frecuentemente se requiere un esfuerzo superior para precisar el valor económico del daño moral, fijamente se va condenando a cantidad que oscila entre cero y dos mil pesos, desaprovechando la oportunidad de desarrollar adecuadamente la teoría del daño afectivo, que de esta suerte queda de hecho sin reparación".

"La sentencia a que me refiero reitera que el daño moral subjetivo, dada, pues, su naturaleza, no es susceptible de indemnización propiamente dicha, pero que, en todo caso, quien lo sufra tiene derecho a una satisfacción compensatoria. En ello estoy totalmente de acuerdo y no podía dejar de estarlo, dado el hondo significado de justicia que ese principio lleva consigo, sin embargo, involucra sin quererlo los dos aspectos, como se vio, en que ese daño puede subdividirse: los que afectan la parte social del patrimonio moral y los que hieren la parte afectiva del mismo. Respecto de los primeros, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en algunos casos pueden satisfacerse con una condena simbólica, al pago de la unidad más pequeña de la moneda, un pe

so por ejemplo, "como los atentados contra el honor, la reputación o las consideraciones sociales". En cambio en los segundos, los que vulneran los sentimientos del damnificado, como "la pérdida o el daño a personas queridas", repugnan a la justicia que pudieran ser susceptibles de semejante resarcimiento o satisfacción compensatoria.

"Es apenas obvio que ese tipo de perjuicio moral subjetivo, por ejemplo el sufrido por la muerte de un hijo, como ocurre en el caso sub judice, no es susceptible de indemnización, puesto que esta no podría remplazarlo. Empero, ya se vio anteriormente, que en este caso la satisfacción compensatoria tiende a procurarle a la víctima la manera de obtener algún esparcimiento que contribuya a mitigar su dolor, ya que hacerlo desaparecer es imposible.

"No comparto tampoco que se prescindiera en forma absoluta de la aplicación analógica del artículo 95 del Código Penal, pues al respecto estoy en un todo de acuerdo con lo que expuso la Corte en las sentencias antes transcritas, ni comparto tampoco que además se rechace a priori toda posibilidad de avalúo pericial del perjuicio moral subjetivo. Este rechazo lo hizo la Corte bajo la vigencia del estatuto procesal derogado (ley 105 de 1931), pero requiere la reconsideración de las razones en que aquella se fundó, a la luz del nuevo Código de Procedimiento Civil.

funda la penetración de la equidad en los males respetados como los

II.- FIJACION DEL 'QUANTUM' DE LA SATISFACCION COMPENSATORIA

"Debe, pues, hacerse un nuevo estudio sobre el problema del resarcimiento o "satisfacción" de esa precisa clase de daño, el moral subjetivo, ante las innovaciones de orden probatorio que introdujo

el C. de P. C. Y ello sobre la indispensable base de que por difícil- que sea en algunos casos, no siempre lo es en todos, como no lo es tampoco la posibilidad de evaluar la reparación o "pequeña satisfacción" a que es acreedor quien ha sufrido un daño moral subjetivo, por que esta hipótesis está contemplada por el mismo legislador en el mencionado artículo 95 del C. P. En efecto, allí no se dice que siempre es imposible o difícil justipreciar la reparación de un daño de esa especie; por el contrario, se prevé precisamente la situación contraria al expresársela en esta forma: "cuando no fuere fácil o posible". Esta inflexión verbal fuere, denota que en algunos casos sí puede existir la posibilidad o la facilidad de avaluar el daño moral subjetivo. Háblase de esto último, porque el legislador no ha distinguido entre el subjetivo y el objetivable, lo cual, por tanto, no puede descartarse arbitraria y apriorísticamente. La distinción en referencia, muy juiciosa por cierto, es puramente doctrinaria y jurisprudencial.

"Y es que, por lo demás en estas materias -según lo expuso la Corte en sentencia del 29 de mayo de 1954 (de la cual fué ponente el magistrado Néstor Pineda) -como en general en todos los ramos del derecho y especialmente en ciertos dominios como el de la protección a la buena fé, el del abuso del derecho... los progresos y complicaciones de la vida social contemporánea hacen que cada vez sea más profunda la penetración de la equidad en los moldes respetados como los más estrechos y rígidos de nuestras fórmulas jurídicas. De manera general - dice Gorphe - se advierten en la jurisprudencia dos tendencias que se esfuerzan en coincidir, antes que dos sistemas que intentan oponerse. Una de ellas, respetuosa de la lógi-

ca, se empeña en deducir la resolución de los principios de derecho, aplicando la regla al caso dado, sin preocuparse del rigor de las consecuencias. Como extremo proclamaría: *Fiat justitia, pareat mundus*. Al contrario, la otra tendencia, al tratar de encontrar la equidad apropiada a cada caso, busca la solución más justa en concreto y procurar justificarla por la elección de una noción que se adapte a ella. Los jueces, encargados de aplicar a la vez la ley y la justicia, vacilan cuando no concuerdan e intentan un arreglo, inspirándose en el espíritu de la ley y en los principios que dominan las disposiciones particulares. El espíritu de equidad permite adaptar la regla general a las particulares del caso.

"La equidad integra una noción vivificadora del derecho, a la cual se recurre constantemente por la justicia... Existen materias reglamentadas donde el juez está maniatado por los textos; pero las hay también, por el contrario, en que la ley se remite a él para estatuir exaequo et bono. Lo más frecuente es que la equidad obre dentro de los límites legales, y el fallo debe satisfacer una doble exigencia: la buena justicia consiste en equilibrar la equidad con el derecho".

"El nuevo Código de Procedimiento Civil tiene numerosos preceptos cuya aplicación impide o al menos dificulta, que la fijación del *pretium doloris* se preste a las arbitrariedades e inconsecuencias que la sala de negocios generales quiso precaver con la doctrina antes citada y que permiten equilibrar la equidad con el derecho, de los cuales vale la pena destacar los siguientes:

"A.-En cuanto se refiere a las partes en el proceso:

a) Ellas y sus apoderados están en la obligación de "proceder con

lealtad y buena fe en todos sus actos" y a "obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales" (Art. 71, num. 1 y 2). Por consiguiente, porque presumir lo contrario sería aberrante, debe suponerse que el damnificado, en su demanda, hace una estimación justa y responsable del daño moral subjetivo que ha padecido, la cual constituye el límite máximo para señalar la indemnización." (art. 236-7); hacer a estos las observaciones que estime

b) La prueba pericial que se produce en el proceso, como es obvio, debe revestir caracteres de publicidad y posibilidad de contradicción, lo cual permite a las partes recusar a los peritos (art. 235-2); pedir que se amplíe el cuestionario que se les somete (236-4); hacerles "las observaciones que estimen convenientes..." (237-4); solicitar que el dictamen se complete o aclare, u objetar por error grave tanto aquel como su aclaración o adición (art. 238-1 y 4); "asesorar a los peritos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas" (238-7); y, finalmente, "colaborar con los peritos y facilitarles los datos que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo (242)."

B - En lo que atañe al juez. La firmeza, precisión y calidad de sus resoluciones.

a) Puede decretar el justiprecio pericial de oficio o a petición de parte, dentro de los límites señalados por los artículos 178 y 233.

b) Le incumbe la designación de los peritos principales y del tercero, en su caso (art. 236-2), en la forma prevista por los artículos 9 y 234, con absoluta prescindencia de las partes, a fin de que sean verdaderos colaboradores de la justicia y de que no se sientan ligados a estas por vínculo alguno, plausible innovación que se intro-

dujo a lo que disponía el artículo 705 del C.J., según el cual ese nombramiento correspondía a las partes.

e) Ha de determinar los puntos sobre los cuales deben dictaminar los peritos "de acuerdo con el cuestionario de las partes y el que de oficio considere conveniente formular" (art. 236-2); disponer "lo que considere conducente para facilitar a los peritos el cumplimiento de su cometido" (art. 236-7); hacer a estos las observaciones que estime convenientes, desde luego sin intervenir en sus deliberaciones (art. 237-4); y en caso de desacuerdo entre los principales, designar al perito tercero.

d) Puede también "ordenar a los peritos que aclaren, completen o amplíen el dictamen" (art. 240), y si lo considerare insuficiente, decretar "de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión" (art. 232), como siempre lo es cuanto atañe a cualquier clase de avalúos, según se verá más adelante.

e) Tiene que apreciar el dictamen que haya sido oportuna y legalmente decretado y practicado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187) y teniendo en cuenta "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso" (art. 241).

f) En todo caso, no puede aceptar mecánicamente un justiprecio pericial, por más que sea unánime y que no haya sido objetado por las partes. Así lo expuso la Corte en numerosas sentencias, al interpretar el artículo 721 del C. J. entonces vigente, que exigía que "tratándose de avalúos de cualquier regulación de cifra numérica, el dictamen uni-

forme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba". Era entonces deber del juez analizar debidamente, según su buen criterio, los fundamentos expuestos por los peritos, y solo en caso de encontrar que constituían razonables premisas de las conclusiones del dictamen, darle a este valor de plena prueba que autorizaba el citado artículo 721 para los avalúos o regulaciones de cifras numéricas. Con tanta mayor razón debe aceptarse ahora ese sistema de valorar un avalúo pericial, bajo la vigencia del C. de P.C., en el cual predominan la sana crítica y la persuasión racional como criterio de apreciación probatoria.

Así brevemente reseñados los principios legales que gobiernan la prueba de peritos en general, debe agregarse que dicha prueba no es solo adecuada sino también necesaria para establecer el monto de cualquier indemnización de perjuicios o regulación de cifra numérica. Como la ley no establece ninguna restricción al respecto, estimo que no hay razón alguna para rechazarla a priori y en todos los casos, cuando se trata de justipreciar la cuantía de la "satisfacción" o el resarcimiento del daño moral subjetivo o perjuicio de afección.

Además, recuérdese que el art. 187 del C. de P. C., dispone que la apreciación de las pruebas se haga en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin poner cortapisa alguna al hecho que se trata de demostrar, salvo en lo que atañe a "las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". Ese hecho puede ser, pues, el valor de la indemnización por concepto de mejoras, perjuicios o cosas semejantes, y para demostrarlo, la prueba pertinente es el dictamen pericial. No solo es adecuada esa

prueba, como que para realizarla requiérense conocimientos especiales de parte de los peritos, sino que también puede calificársela de necesaria -se repite-, porque la falta de ella solo puede suplirse con la regulación judicial, en los únicos casos en que esta tiene cabida según la ley (art. 211, C. de P.C.). Por otra parte, una interpretación a contrario sensu del tercer inciso del art. 233, ibídem, según el cual "no será menester la intervención de peritos para avaluar bienes muebles cotizados en bolsa", permite afirmar que sí lo es para el avalúo de otra clase de bienes, y siéndolo, la tasación pericial se convierte en la prueba necesaria a que alude el 2o inciso in fine del mismo artículo. Por consiguiente, considero, que el justiprecio de peritos es prueba necesaria en todo avalúo, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes cuyo valor se requiera conocer, con la salvedad arriba expuesta en cuanto a los valores mobiliarios que se cotizan en bolsa, así como también en aquellos casos en que sea muy difícil o imposible avaluar el pretium doloris, y, por tanto, deba recurrirse al arbitrium iudicis.

"En vista de lo anterior, salvo en los procesos en que se presenten la imposibilidad o la notoria dificultad para "avaluar pecuniariamente el daño moral" subjetivo, en cuyo caso es de recibo el arbitrium iudicis de que antes se habló y el cual está sujeto a la limitación que establece el art. 95 del C.P., el justiprecio del daño moral subjetivo puede ser pericial. En efecto, dadas las pautas legales antes reseñadas, la independencia de los peritos, la intervención de las partes, la forma como el juez puede valorar el avalúo pericial, según los dictados de la sana crítica y las bases que para ese avalúo se indican más adelante,

son ahora muy remotas las arbitrariedades o inconsecuencias que con la doctrina arriba expuesta se quiso evitar. estudiar algunas bases que, según "La aplicación analógica del citado art. 95 del C.P. ya no puede hacerse en forma indiscriminada y sistemática en todos los casos en que se haya producido un daño moral subjetivo, como ha venido practicándose hasta ahora. "Se ha dicho, al hablar de la fijación mínima del "Para su aplicabilidad requiérese, como la misma norma lo indica, que sea imposible o difícil evaluarlo pecuniariamente, lo cual corresponde apreciar al juez de instancia, en vista de las circunstancias propias de cada caso y de las pruebas que se hayan aducido al proceso, ora a petición de parte, ya por su propia iniciativa. Los peritos, cuando se les haya confiado esa clase de avalúo, también podrán calificar razonadamente si es posible o no, si es fácil o no, justipreciar la "satisfacción" que debe pagar el agente por el daño moral subjetivo que irrogó a la víctima. Si tanto el juzgador como los expertos, llegaren a la conclusión de la imposibilidad o extrema dificultad para hacer ese avalúo pecuniario, conserva su vigencia la doctrina de la Corte atrás expuesta y debe, en consecuencia, recurrirse al arbitrium iudicis y darse aplicación por analogía al art. 95 del C.P. Si por el contrario, en un caso determinado, tales imposibilidad o dificultad no existieren, estará fuera de lugar la utilización analógica del mencionado precepto y procede hacer el avalúo pericial correspondiente. "Con todo, como a pesar de las normas legales a que está sometida la prueba de peritos, cabría en hipótesis la posibilidad de que ese avalúo pudiese conducir en algunos casos a las "deplorables injusticias" y a las inconsecuencias o "los abusos a que es ocasionado" y que

la Corte quiso impedir con la doctrina que sentó en sus mencionadas sentencias del 23 de abril de 1941, conviene estudiar algunas bases que, según la sana crítica, deben tener en cuenta al hacer y especialmente al considerar el justiprecio de tal "satisfacción" o resarcimiento.

"1.- En una de las sentencias que acaban de mencionarse, expresó la Corte lo siguiente: "Se ha dicho, al hablar de la fijación mínima del monto de los perjuicios, que con ella se satisface la justicia en algunas ocasiones. Y se ha empleado la frase subrayada porque no siempre corresponderá a los dictados de la equidad la indemnización simbólica, que no es otra cosa que la condena a un franco a que se aludió arriba. Está bien que así se proceda en algunos casos en que, por las condiciones pecuniarias del demandante, pueda el juez estimar que aquel encuentra alivio en su pena con la simple afirmación de que se le ha lesionado en su ser afectivo. Pero cuando la víctima no se halla en las condiciones apuntadas, cuando las de estrechez que le rodean no le permiten disipar la pena por medio de viajes u otras recreaciones, fáciles de conseguir con el dinero, resultaría irrisorio el resarcimiento por valor de un franco".

"Como se vio anteriormente, uno de los principales móviles que tuvo la Corte al predicar la aplicación analógica del art. 95 del C.P. para efectos de fijar el valor de la indemnización del daño moral subjetivo, fue precisamente buscar una modicidad que en todo caso evitara la arbitrariedad y el capricho, y que se convirtiera en fuente de exageradas y con ello injustas ganancias para la víctima. Pero módico e irrisorio no son términos sinónimos. Lo que era módico en 1936, ante la desvalorización que ha sufrido nuestra moneda, lo cual por ser ha-

cho notorio no requiere ser demostrado (inc. 2o., art. 177, C. de P.C.), en la época actual se ha convertido en vil. Tal ocurre con el límite de dos mil pesos que establece el citado art. 95, por cuya aplicación sistemática e indiscriminada se ha llegado al extremo de señalar cantidades que resultan irrisorias como satisfacción o compensación del perjuicio moral subjetivo.

"Dependerá, pues, del daño de esta clase que haya sufrido la víctima, de su sensibilidad emocional, de sus nexos con la persona que falleció y de sus circunstancias económicas, la cuantía del resarcimiento que hayan de fijar los peritos. Queda al buen juicio de estos y, obviamente, al del juez, al valorar el justiprecio o al hacer la fijación prudencial que menciona el art. 95 del C.P., cuando este sea aplicable analógicamente, determinar si en un caso dado ese resarcimiento se obtiene simbólicamente con un peso o, por el contrario, requiere una satisfacción pecuniaria que sin dejar de ser módica sea razonable y se ajuste a los dictados de la equidad. reservar ese espacio a aquellas

persona" 2.- Cuando se trata de la muerte de un ser querido, que por su edad, enfermedad y otras circunstancias semejantes, no significare un daño material o un perjuicio moral objetivable para el damnificado, o sea, cuando dicho daño es moral subjetivo exclusivamente, por regla general, debe restringirse su ámbito indemnizable o resarcible a los cónyuges que viven unidos y a aquellos parientes muy próximos, a quienes la ley, precisamente en consideración al afecto que presuntivamente deben profesarse, impone obligaciones recíprocas como la de alimentos congruos (art. 411, nums. 1o., 2o. y 3o., del C.C.), la de auxiliarse mutuamente (art. 113, ibídem), las de socorro, cuidado y respeto (arts.

250 a 252, ibídem), y les otorga vocación hereditaria con el carácter de legitimarios, vale decir, a los hijos y a los padres (art. 1226, ibídem). Ampliar este radio a parientes más lejanos, se prestaría a una cadena infinita de resarcimientos, sin ningún apoyo en la equidad, y aquí sí, con el serio peligro de incurrir en injusticias, inconsecuencias y abusos.

Por el aspecto de los perjuicios morales -dijo la Corte en sentencia de casación del 18 de octubre de 1967, aún no publicada-, "es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos, más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño moral que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero como el reconocimiento indeterminado de este derecho podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia el demandante del resarcimiento de daños morales solo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas de su estado civil". Y en sentencia del 20 de septiembre de 1952, en desacuerdo con la opinión de Josserand, había dicho también en caso similar al que está subjujice: "so-

bre perjuicios morales no hay necesidad de acreditar que se han experimentado por la muerte de un hijo, porque deben presumirse, sin necesidad de prueba especial". Preciso pericial fuere imposible o muy difícil, debe.

3.- Es claro que la presunción de afecto derivada del matrimonio o de las relaciones de familia muy próximas, es susceptible de desvirtuarse en un caso dado. Si, por ejemplo, marido y mujer están divorciados o separados, la muerte de uno de ellos no puede causar al otro ningún perjuicio moral subjetivo derivado del dolor; si el padre, o la madre, o ambos, han abandonado en forma absoluta a los hijos, el fallecimiento de uno de estos no puede dar lugar a un resarcimiento en favor de quien lo abandonó, ya que ese abandono, de suyo, desvirtúa en todo caso el afecto que, a su turno, hace suponer el dolor cuya "satisfacción" o resarcimiento se busca. Pero, en tanto no se demuestren esas situaciones de excepción, debe presumirse el perjuicio moral subjetivo ocasionado por la muerte de persona muy allegada, como lo ha expuesto la Corte en las sentencias mencionadas en el punto anterior.

delo "III.- Conclusiones. Es peligroso que el arbitrio judicial no tuviese". De lo expuesto, estimo que pueden sacarse las siguientes:

a) La satisfacción compensatoria del perjuicio moral subjetivo debe ser justipreciada pericialmente, cuando ello fuere fácil o posible, lo cual deben determinarlo en cada caso el juez o los mismos peritos. Ese justiprecio deberá sujetarse a bases como las que por vía de ejemplo se mencionan en el capítulo anterior y valorarse en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso, y además estará sujeto a que las partes puedan ejercer su derecho de contradicción, lo cual es indudable garantía para ellas. En esas condiciones se elimina la posibi

lidad de que la cuantía de la satisfacción compensatoria se fije de manera extravagante, arbitraria o injusta.

"b) Cuando el justiprecio pericial fuere imposible o muy difícil, deberá acudirse al arbitrium iudicis, por aplicación analógica del art.

95 del Código Penal, en obediencia a lo que dispone el art. 80. de la ley 153 de 1887. En esta forma se evitan tanto la arbitrariedad y el simple capricho en la fijación de la satisfacción compensatoria, como que esta pudiese convertirse en fuente de enriquecimiento injusto para quien lo reciba, con grave desmedro de la moral y de la justicia.

"c) Siendo un hecho notorio la disminución que ha sufrido el poder adquisitivo de la moneda colombiana a partir del daño en que entró en vigencia el Código Penal, el tope de dos mil pesos que fijaba su artículo 95 deberá ser ajustado en cada caso a su valor actual. El Banco de la República o la Junta Monetaria pueden certificar a cuánto equivale hoy la expresada cantidad máxima que podría señalar el juez, dentro de su prudente arbitrio, como valor de la satisfacción compensatoria del daño moral subjetivo. Sería peligroso que el arbitrium iudicis no tuviese límite máximo alguno, y además, como atrás lo expuse, no encuentre razones jurídicas suficientes que justifiquen la revaluación de las muy poderosas que tuvo la Corte para aplicar analógicamente en estos casos el citado art. 95 del C.P.

"En esta forma quedan expuestos los motivos que me han llevado a no compartir totalmente los fundamentos de la sentencia, cuyo indudable contenido de justicia soy el primero en reconocer y aplaudir. José María Esguerra Samper. Bogotá, 27 de septiembre de 1974.

de la administración en estos fuera del servicio o sin conexión con él
o cuando el motivo del daño es la falta personal del agente.

DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

"PRETIUM DOLORIS"

Se ha dicho por esta Corporación, en muchas ocasiones, que la res-
ponsabilidad del Estado se estructura en base a la deficiente, errónea
o irregular prestación de los servicios públicos. Cuando no cumple con
los fines primordiales o los satisface en forma inadecuada debe respon-
der por los daños que se hayan causado como consecuencia de la falta
del servicio.

Y cuando incurre en la llamada falta o falla del servicio o falta
o falla de la Administración ya se trate de simples actuaciones adminis-
trativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace res-
ponsable de los daños causados al administrado. Para ello se requiere
que se encuentren bien acreditados estos tres elementos:

1o. Una falla o falta en el servicio y esa falla no es la personal
del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la adminis-
tración.

2o. Un daño o perjuicio que implica la lesión de un bien protegido
por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc.

3o. Una relación de causalidad entre la falta o falla de la admi-
nistración y el daño, sin la cual, aunque esté demostrada la falla, no
hay lugar a la indemnización.

El Estado se exonera de toda responsabilidad cuando se demuestra
la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el ca-
so fortuito. Asimismo se exonera cuando el daño es causado por el agente

Ciudad de Medellín, el día 22 de Agosto de 1974, se estableció que tal muerte ocurrió a manos del citado, Agente Luis Arturo Duque Duque, cuando éste, en compañía de otros compañeros se hallaban cumpliendo "servicios especiales de civil" en el sector de Barrio Triste de esta Ciudad y al tiempo de que se dedicaban a la persecución de un delincuente, el Agente Duque Duque disparó su arma de dotación oficial -Revolver- en dos (2) oportunidades habiendo herido mortalmente con uno de dichos disparos al ciudadano Dionisio Antonio Vanegas Marín, ajeno a los acontecimientos en que se hallaban comprometidos los Policiales".

De modo, pues, que con el documento transcrito anteriormente, amén de los testigos referidos, no cabe la menor duda de que se ha demostrado la falta o falla del servicio.

En cuanto a los perjuicios sufridos por los demandantes, está comprobado que la señora Matilde Marín vda. de Vanegas era la madre legítima del señor Dionisio Vanegas Marín y que los señores Francisco Luis, Juvenal, Libardo de Jesús, Nazareth, José de Jesús, María Sofía y Reinaldo Vanegas Marín eran hermanos de Dionisio Vanegas. (folios 3 a 12 del cuaderno No. 2).

Como se ha demostrado que la víctima sostenía a su señora madre, debe entonces condenarse a la Nación al pago de los perjuicios materiales y morales; pero en lo tocante a los hermanos, los testimonios no afirman que los sostuvieran, amén de que son ya mayores de edad y no se comprobó que estén incapacitados para trabajar, por eso solamente tendrán derechos a los perjuicios morales.

Como en la demanda se ha impetrado que la condena se haga en abstracto, así se hará y para la liquidación de los perjuicios materiales

que corresponden a la señora Matilde Marín Vda. de Vanegas, se fijan las siguientes bases: declaración de renta del señor Dionisio Vanegas Marín, correspondiente a los años de 1972 y 1973, edad de vida probable de la madre, la liquidación de dichos perjuicios se hará teniendo en cuenta la indemnización debida a la futura y cualquiera otra prueba que acredite la existencia de la obligación alimentaria y la cuantía de ésta, además los hermanos deberán demostrar si contribuían al sostenimiento de la madre y en que cuantía.

Como el señor abogado demandante, al solicitar los perjuicios morales dijo "que se pagarán perjuicios morales subjetivos hasta por el valor que en la fecha probable del cumplimiento de la sentencia tengan dos mil pesos del 10. de enero de 1937, fecha en que entró a regir el artículo 95 del C. Penal, en relación con el valor comercial del oro menos sus impuestos, o 1.10 gramos que por entonces se compraban con dicha suma" y, al efecto, a folio 56 del cuaderno No.2 se encuentra una certificación del Banco de la República de fecha 21 de diciembre de 1977 que, entre otras cosas, dice: "En conclusión, el precio que pagaría el Banco de la República, en octubre 5 del 77, sin deducir el impuesto del 2/o, sería \$187.04 por gramo de oro". Es necesario, entonces, tener en cuenta los fallos de la Sala Plena de esta Corporación fechados el 9, 13, 14 y 15 de febrero del año pasado, expedientes 1632, 1659, 1622 y 1839 referentes al valor de 1.000 gramos oro al momento de efectuarse tal liquidación con fundamento en el hecho de que en 1937 se adquiría esa cantidad de oro por la suma de \$2.000.00, valor nominativo límite fijado por el artículo 95 del Código Penal.

Y la Sala, agregan los fallos que se han citado y que impulsó con sus ponencias el señor Consejero. Dr. Jorge Valencia Arango, encuentra equitativo y jurídico que en materia de perjuicios en el campo extracontractual, se atiende a la desvalorización de la moneda nacional para mantener el poder reparador de la suma reconocida como indemnización, conforme lo predice la moderna doctrina sobre la materia y la equidad (1). aplicarse".

"..... conocido el valor oficial del oro, patrón monetario internacional, que en 1937 era de \$2.00 el gramo y hoy es de \$49.90, según datos del Banco de la República, resulta fácil deducir el valor actual de los \$2.000.00 pesos de que habla el artículo 95 del C. Penal, en términos de equivalencia con el valor actual del oro.

"Las cifras o cantidades monetarias, incluidas en las leyes, tienen al momento de su expedición, un doble valor: a) el nominal en cuanto expresan una cantidad determinada de unidades monetarias; y b) el valor real, es decir, el poder adquisitivo de tales unidades monetarias en la fecha de expedición de la ley.

"Con el transcurso del tiempo, el valor nominal no se modifica, más el valor real o poder adquisitivo sufre permanentes modificaciones, en teoría, en diversas direcciones, pero en la práctica, en países subdesarrollados, siempre en continuo movimiento de desvalorización.

"Si el intérprete, prosigue el pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Consejo sobre la ponencia del Magistrado Valencia Arango, no atiende en el campo de indemnización de perjuicios en materia extracontractual a tales variaciones, implícitas en

la conciencia del legislador a quien hay que presumir sabio, toma la ley justa en injusta, la norma sabia en absurda y la equidad en inequidad. La Resolución 2910 de la Junta de Gobernadores de dicha Institución. Es deber de la jurisprudencia, concluye, finalmente, el desentrañar el sentido de la norma, y mantenerla, mediante esfuerzos de interpretación, tan nueva y actual como lo exigen las cambiantes circunstancias sociales a que ella debe aplicarse".

En síntesis, de acuerdo con la trascendental doctrina: Para la ma-

10.- En el campo de la responsabilidad extracontractual, "el valor de la indemnización del perjuicio debe tomarse sobre el que aparezca en la fecha del fallo";

20.- El perjuicio que según la ley (artículo 95 del C. Penal) valía en 1937 dos mil pesos, o mil gramos oro que con ellos se compraban por entonces, equivale ahora a los mismos mil gramos de oro, o a los pesos que oficialmente entrega por dicha cantidad el Banco de la República; y

30.- Es "deber de la jurisprudencia, mantener la norma (jurídica) tan nueva y actual como lo exigen las cambiantes circunstancias sociales a que ella debe aplicarse.

Como se ve, pues, el paso dado por el Consejo no fue por salir de la oportunidad. La Corporación va más allá y deja abiertas las puertas para que, de acuerdo con las cambiantes circunstancias sociales, prosiga la judicatura con su deber de hacer la ley dinámica, adaptada a las cambiantes circunstancias, se repite, a que debe aplicarse.

Es por lo anterior por lo que de conformidad con lo preceptuado por la ley 17 de 1977 (por medio de la cual se autorizó la adhesión de

Colombia a la Segunda Enmienda del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional -que data del 31 de octubre de 1945- de conformidad con la Resolución 2910 de la Junta de Gobernadores de dicha Institución), la certificación de dicha entidad oficial glosada a folio 56 en que se da cuenta de que el gramo de oro estaba en esa fecha a \$187.04 o sean \$ 187.000.00, suma que se tendrá en cuenta para cubrir los perjuicios morales.

Por tanto, los perjuicios morales se liquidarán así: Para la madre señora Matilde Marín Vda. de Vanegas la suma de \$187.000.00, y a los hermanos Francisco Luis, Juvenal, Libardo de Jesús, Nazareth, José de Jesús, Sofía y Reinaldo Vanegas Marín la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000.00) a cada uno,

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de acuerdo con el señor Fiscal de la Corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA :

1) Declárase a la Nación Colombiana, responsable de la muerte del señor Dionisio Vanegas Marín, acaecida el 22 de agosto de 1974, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta la parte motiva de la sentencia.

2) Condénase a la Nación, en abstracto, a pagar a la señora Matilde Marín vda. de Vanegas, los perjuicios materiales causados por la muerte de su hijo, el señor Dionisio Vanegas Marín, los cuales serán liquidados por el procedimiento señalado en el artículo 308 del C. de

P.C. en armonía con el artículo 282 del C.C.A.

3) En consecuencia, se condena a la Nación, a pagar a la señora Matilde Marín vda. de Vanegas la suma de ciento ochenta y siete mil pesos (\$187.000.00) m/cte. y a los señores Francisco Luis, Juvenal, Libardo de Jesús, Nazareth, José de Jesús, Sofía y Reinaldo Vanegas Marín la suma de cincuenta mil pesos moneda corriente (\$50.000.00) para cada uno, por concepto de perjuicios morales sufridos como consecuencia de la muerte del señor Dionisio Vanegas Marín.

No, por ser cierto y teniendo como sustancial el hecho doloso o culposo, sanción Artículo 106.- Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fue susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudentemente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido.

Artículo 513.- Proyecto de Código de Derecho Privado. Independientemente de la indemnización a que se refiere los tres artículos anteriores, el juez acordará a los demandantes una suma de dinero a título de compensación por el daño moral.

Tal suma de dinero se determinará según el arbitrio de equidad y no podrá exceder de la mitad de la indemnización referida.

dad tiene grados, no hay medidas que permitan justipreciar su monto en cada caso, pues no se conoce unidad de medida que permita valorarlo

exactamente en sus distintas manifestaciones.

No existe medio de satisfacer plenamente este requerimiento de la justicia, pero constituyendo ese dolor un daño cierto inobjetable, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la necesidad de satisfacerlo.

CONCLUSIONES

1.- ¿Se debe o no indemnizar el dolor?

Aunque no es posible reparar completa y justicieramente el daño moral subjetivo, la jurisprudencia colombiana ha insistido en que ese daño, por ser cierto y teniendo como manantial el hecho doloso o culposo, sancionable socialmente conforme a los principios éticos que presiden los actos del hombre, reclama, si no reparación total, al menos sí, una satisfacción compensatoria.

Es justo que al autor del daño se le condene aunque sea al pago de una cantidad mínima, de este modo expiará su falta y, se concederá a la víctima una satisfacción.

Según Mazeaud y Tunc: "Reparar un daño no siempre es rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido".

Es así que la jurisprudencia colombiana a lo largo de su historia, ha reconocido que el daño moral debe ser indemnizado.

2.- ¿Se pueda o no determinar objetivamente el dolor?

El perjuicio moral subjetivo es indeterminable, aunque existe; es inconmensurable aunque puede constatarse; y a pesar de que su intensidad tiene grados, no hay medios que permita justipreciar su monto en cada caso, pues no se conoce unidad de medida que permita valorarlo

exactamente en sus distintas manifestaciones. Ante esta imposibilidad, no existe medio de satisfacer plenamente este requerimiento de la justicia, pero constituyendo ese dolor un daño cierto inobjetivable, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la necesidad de satisfacerlo. En el caso de justipreciar ese dolor ha de fijarse al máximo de la suma. Los daños morales se identifican con los dolores, las turbaciones síquicas, que derivan del quebranto padecido. Por consiguiente la figura del daño moral se refiere a la esfera síquica del sujeto; al complejo de sus sentimientos y afectos siempre y cuando que ellos resulten lesionados por la infracción. El daño moral adquiere valor para nuestro derecho sólo en cuanto se le haga girar en torno a los sufrimientos síquicos determinados a partir de un daño a la persona. Es definitivo afirmar que los daños morales dentro de la valoración jurídico-social determinante para el juez, solo constituyen un verdadero daño, cuando son consecuencias de determinadas ofensas que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción de objetos materiales representativos de valor de afección. Por lo expuesto concluimos que el dolor no puede determinarse objetivamente. 3.- ¿Es posible establecer grados o diferencias del dolor o pesar, habida cuenta de las condiciones de la presunta víctima? No es posible establecer diferencias del dolor o pesar habida cuen

ta de las condiciones de la presunta víctima. Ante esta imposibilidad la Corte considera, 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 aquellos, se concluye necesariamente que en el caso de justipreciar ese dolor ha de fijarse el máximo de la suma para satisfacer el daño moral padecido por el demandante.

Y los jueces, al regular el daño moral subjetivo, tendrán presente que, cuando 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.

El dolor siendo como es indeterminable, incommensurable y a pesar de que su intensidad tiene grados, no hay medio que permita justipreciar su monto en cada caso. Mal podría entonces diferenciarse ese dolor por los grados de parentesco, que muchas veces no significan nada cuando de pesar o dolor se trata. En muchas ocasiones no existe parentesco ninguno, y el dolor puede alcanzar el mayor grado de intensidad.

Debe, entonces, tenerse en cuenta al evaluar el daño moral subjetivo la gravedad del dolor padecido por la víctima. Es en realidad este criterio serio, el que se puede adoptar en este caso, porque tiene su razón en la intensidad del dolor padecido por ella. Solo apreciando la intensidad de los sentimientos síquicos mediante los rasgos principales del caso, se podrá obtener resultados constantes que permitan tener fácil aplicación en la práctica, pues, la sólo determinación de la existencia del daño moral suministrará un criterio aproximado para la orientación en torno a la magnitud del dolor.

En la teoría se pueden establecer diferencias, que no necesariamente corresponden a grados de parentesco, sino a relaciones afectivas que pueden darse entre parientes o no parientes, y en mayor o menor intensidad. La dificultad radica en identificar estas condiciones anímicas en la práctica.

Para evitar posibles arbitrariedades en la determinación del monto indemnizatorio, debe el legislador establecer una norma legal que determine en base qué elementos se debe resarcir el daño moral subjetivo.

Según la jurisprudencia: Como el dolor incide en la órbita de los afectos: - ¿Quiénes podrían reclamar indemnización por ese dolor? en el caso El dolor es la consecuencia de la ofensa a los bienes de la personalidad y, por tanto, el titular de la acción es precisamente la persona que ha sido ofendida injustamente. Pero, no obstante esto, en caso de muerte del lesionado, la acción podría corresponder a otros sujetos diferentes del directamente ofendido, que no podrían ser otros que los herederos y sólo estos. Así lo ha dicho la jurisprudencia.

De lo contrario la acción por daños morales la podrían ejercer todos aquellos que puedan recibir las consecuencias aflictivas del suceso dañoso, por las estrechas relaciones personales que podrían tener con el lesionado, puesto que no se puede negar, que la hipótesis de la muerte de una persona, es uno de los casos más evidentes de ocurrencia del daño moral y que un acaecimiento tan trágico causará graves traumatismos síquicos en un círculo más o menos amplio de gentes ligadas al occiso, por vínculos de parentesco, amistad y estimación.

Tampoco puede acogerse el criterio de que la familia del lesionado puede reclamar la indemnización por el dolor, pues sería extraño al dere

cho atribuirle a la familia en general el resarcimiento de los daños morales subjetivos, puesto que el dolor es estrictamente personal. Por tratarse de la indemnización del dolor, solo tendrá derecho a la "satisfacción compensatoria" la persona que acredite fehacientemente haberlo padecido. La "satisfacción compensatoria" del perjuicio moral subjetivo debe ser justificada pericialmente, cuando ello fuere fácil, y posible. 5.- ¿Es injusta o es arbitraria la evaluación del dolor propuesta por la Jurisprudencia Nacional y cómo podría modificarse?

Según la jurisprudencia: Como el dolor incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, y consiste en el pesar que padece la víctima y que sólo ella puede medir en su intensidad; ese daño no puede ser evaluado por medio de prueba pericial, porque la peritación únicamente es procedente para verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Además todo dictamen debe ser claro preciso y detallado y ha de expresar los fundamentos técnicos en que se estriba, para que tenga valor de convicción ante el juzgador.

El dictamen pericial sobre esta clase de daño carecería de fundamentos sólidos respecto a la fijación del quantum; no tendría ninguna fuerza de persuasión para convencer al juez. Por tanto, es al juez a quien corresponde regular el llamado precio del dolor. Pero, los jueces no están situados en mejor posición que los peritos para fijar ese monto por lo cual su decisión podría ser, en cierto modo, arbitraria. Pero dada la altura de la misión que se les ha confiado se augura que su pronunciamiento sea justo.

La fijación del quantum del daño moral subjetivo es difícil para

el juez; pero, no imposible, porque no se trata de calcular una suma necesaria para borrar lo que es imborrable, sino para procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido.

La opinión del magistrado Esguerra Samper sobre este tema, es la de que la "satisfacción compensatoria" del perjuicio moral subjetivo debe ser justipreciado pericialmente, cuando ello fuese fácil, y posible, lo cuál deben determinarlo en cada caso el juez o los mismos peritos: en 1937 era de \$2.00 el grano y hoy es de \$49.90, según datos del Banco.

El dictamen de los peritos debe valorarse en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso, y además el dictamen estará sujeto a la contradicción por las partes, que significa una garantía para ellas; evitando de este modo, que la cuantía del daño moral subjetivo se fije de manera extravagante, arbitraria o injusta.

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 artículo 95 del Código Penal, ya no tiene el patrocinio de la Corte.

Con la decisión de la Corte no está de acuerdo el magistrado Esguerra Samper, quién dice que "cuando el justiprecio pericial fuese imposible o muy difícil debiera, acudirse al arbitrium iudicis, por aplicación analógica del artículo 95 del Código Penal, en obediencia a lo que dispone el artículo 80 de la ley 153 de 1887. En esta forma se evitan tanto la arbitrariedad y el simple capricho en la fijación de la satisfacción compensatoria, como el enriquecimiento injusto para quién lo reciba, con grave desmedro de la moral y de la justicia.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sec-

ción Tercera- el 19 de febrero de 1979. Confirma la doctrina sobre responsabilidad extracontractual del Estado referente al "pretium doloris".

"Es deber de la jurisprudencia mantener la norma jurídica tan nueva y actual como exigen las cambiantes circunstancias sociales a que ella debe aplicarse". Valor nominal y valor real de las cifras o cantidades expresadas en las leyes al momento de su expedición". de 1979.

"...Conocido el valor oficial del oro, patrón monetario internacional, que en 1937 era de \$2.00 al gramo y hoy es de \$49.90, según datos del Banco de la República, resulta fácil deducir el valor actual de los \$2.000.00 de que habla el artículo 95 del Código Penal en términos de equivalencia con el valor actual del oro".

"En efecto la indemnización máxima comentada equivalía en 1937 a 1000 gramos de oro. Hoy esos 1.000 gramos de oro, al precio oficial, valen 49.900.00".

En síntesis de acuerdo con lo trascendental de la doctrina: en el campo de la responsabilidad extracontractual el valor de la indemnización del perjuicio debe tomarse sobre el que aparezca en la fecha del fallo.

Es así como en el fallo del Consejo de Estado de febrero de 1979, se condenó a la Nación al pago de la "satisfacción compensatoria" por el daño moral subjetivo a los herederos del occiso, por una suma de dinero equivalente a los 1.000 gramos de oro a la fecha del fallo.

El artículo 106 del nuevo Código Penal que prescribe la indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente reemplaza al 95 del antiguo Código Penal, y establece que la indemnización que corresponda al ofendido será hasta el equivalente en moneda nacional de mil gramos de oro.

Al hacer un estudio de las jurisprudencias de la Corte como las del Consejo de Estado se observa la gran preocupación de los magistrados en resolver de la mejor manera este problema jurídico.

Sin embargo, los planteamientos en la jurisprudencia del 15 de septiembre de 1974, sobre el precio del dolor son totalmente distintos a los que sostiene la doctrina del Consejo de Estado de febrero de 1979. Mientras la primera descarta el artículo 95, el segundo busca el espíritu de la ley y la actualiza.

Estoy de acuerdo con el Consejo de Estado en que debe acogerse a la norma positiva en caso de difícil fijación del quantum por el daño moral subjetivo; esto hace que la decisión del juez no sea arbitraria ni injusta. Es realmente un punto de apoyo para el juzgador en la difícil tarea de administrar justicia.

Además como ya lo anoté el legislador ha actualizado lo referente a la indemnización en el artículo 106 del Código Penal vigente. Creo entonces, que es importante no descartar la citada norma y acogerla para una mejor administración de justicia en los casos de difícil fijación del quantum.

Mientras nuestra legislación no establezca una norma que fije la manera como debe ser resarcido el daño moral subjetivo, la jurisprudencia no debe descartar el citado artículo del Código Penal, ya que se vería el juzgador, en muchos casos, obligado a actuar arbitrariamente.

CRITICA AL ARTICULO 95

El citado artículo al referirse a la indemnización del daño moral, no especifica a que clase de daño se refiere, si al moral objetivable

de al moral subjetivo. Al respecto la Corte ha sostenido reiteradamente dicha subdivisión. Por tanto, el artículo en mención, debe señalar claramente en su texto que se trata del daño moral subjetivo, y evitará así, posibles interpretaciones erróneas. La compensación por el daño moral subjetivo no debe relacionarla con la indemnización del daño

moral. Dice el artículo: "el juez acordará a los demandantes una suma de dinero a título de compensación..." Pero, no es posible la compensación en esta clase de daño, ya que se trata de perjuicios de afección; que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral y, por tanto, no susceptibles de compensación, sino únicamente de "satisfacción compensatoria". Realmente dicha causa es el fundamento de la reparación

del daño. Establece el mencionado artículo: "Tal suma de dinero se determinará según el arbitrio de equidad". En varios fallos, La Corte para fijar la satisfacción correspondiente al daño moral subjetivo, ha dicho, que debe hacerse uso del *arbitrium iudicis*. De tal manera la citada norma nada nuevo aporta. Le del daño por culpa o dolo deberá indemnizar a su

victimario. El *arbitrium iudicis*, que es la facultad que tiene el juez para decidir los casos omitidos o no claramente contenidos en las leyes ha sido objeto de severas críticas de eminentes filósofos, entre otros, Aristóteles, quien pretendió, "que las leyes nada dejaran al "arbitrio del juez, sino que se contentaba con que le dejaran poco, como si esta fuese la suma perfección a que podía aspirarse. Por tanto, será el objetivo del nuevo legislador avanzar esta suma perfección, aportando nuevos métodos y sistemas que permitan al juez facilitar la difícil tarea de administrar justicia.

Señala el artículo en mención"... Y no podrá exceder de la mitad

de la indemnización referida". Aquí hace relación a los tres artículos anteriores que determinan la forma de indemnizar el daño moral objetivable.

REFERENCIAS

El legislador, al señalar la satisfacción compensatoria por el daño moral subjetivo no debe relacionarla con la indemnización del daño moral objetivable. Ya que en algunos casos no hay lugar a ésta, por tanto, no podría establecerse de esta manera el quantum de la satisfacción compensatoria por el daño moral subjetivo.

Siendo el hecho doloso o culposo la causa por la cual se asigna la obligación de reparar; el legislador no debió omitirla en el mencionado artículo. Realmente dicha causa es el fundamento de la reparación del daño. Si no hay hecho doloso o culposo, mal podría hablarse de indemnización.

Alvarez, R. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Extracontractual y Contractual. (Tres Tomos). 2a. Ed. París, 1934.

7 PROPUESTA LEGAL SOBRE LA MATERIA

El responsable del daño por culpa o dolo deberá indemnizar a su víctima del daño moral subjetivo que le hubiere causado.

Tendrá derecho a indemnización del daño moral subjetivo, toda persona que acredite fehacientemente haberlo padecido.

Alvarez, R. Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961.

Mazzard, H. y Mazzard, J. Lecciones de Derecho Civil (Parte II) (Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, Europa - América, 1960.

Mazzard, H. y Tunc, A. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo 2 (Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1963.

Montoya Gómez, M. La Responsabilidad Extracontractual. Ed. Temis, Bogotá, 1977.

Morales, Molina, E. Derecho Colombiano. (Tomo 39). Bogotá: enero, 1979.

REFERENCIAS

López, Morales J. Nuevo Código Penal Colombiano. Ed. Lex Leda., Bogotá, 1980.

Alessandri Rodríguez, A. De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Imprenta Universal, Santiago, 1981.

Cardoso Isaza, J. Obligaciones sus Fuentes y su Clasificación. Ed. Temis Bogotá, 1981.

Chironi G.P. La Culpa en el Derecho Civil Moderno (Vol. 2) Madrid, Ed.S. A. 1928.

Jesserand. Curso de Derecho Civil Positivo Francés. (tomo 1 y 2), 2a.

Ed. Paris, 1933.

Mazeaud, H. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Extracontractual y Contractual. (Tres Tomos), 2a. Ed. Paris, 1934.

Mazeaud, H. y Mazeaud, L. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual (Tomo II) México: Colmex, 1945.

Mazeaud, H. Mazeaud, L. y Tunc, A. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. (Vol. 1) Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961.

Mazeaud, H. Mazeaud, L. y Mazeaud, J. Lecciones de Derecho Civil (2a. parte) (Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, Europa - América, 1960.

Mazeaud, H. Mazeaud, L. y Tunc, A. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo 2 (Vol. II). Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa - América, 1963.

- Montoya Gómez, M. La Responsabilidad Extracontractual. Ed. Temis, Bogotá, 1977.
- Morales, Molina, H. Derecho Colombiano. (Tomo 39). Bogotá: enero, 1979.
- López, Morales J. Nuevo Código Penal Colombiano. Ed. Lex Ltda., Bogotá 1980.
- Ortega Torres, J. Código Civil Ila. Ed. Ed. Temis, Bogotá, 1976.
- Peirano Facio, J. Responsabilidad Extracontractual. Bogotá, 1979.
- Planiol, M. Ripert, J. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés (Tomo VI). La Habana Cultural S.A., 1946.
- Uribe Holguín, R. De las Obligaciones y del Contrato en General. Ed. Rosarioistas, Bogotá, 1980.
- Valencia, Zea, A. Proyecto de Código de Derecho Privado. Bogotá: Of. de Publicaciones, 1980.