

Hacia una nueva teoría de la responsabilidad



Juan Enrique Medina Pabón*

Recibido: febrero de 2004

Aprobado: noviembre de 2004

1. ALGUNOS CONCEPTOS DE CIENCIA

“Geometría es todo aquello que ha sido admitido como tal, por un número suficientemente elevado de personas competentes”.

O. Veblen¹

Podemos definir un sistema científico como un conjunto de metodologías que permiten generar estructuras intelectuales tendientes a explicar algún tema mediante ejercicios racionales y experimentos fundamentados en unos pocos principios que, por elementales, no requieren explicación alguna –axiomas–, y en los demás desarrollos acertados, debidamente comprobados por los estudiosos de esa área del saber. El desarrollo científico bien puede equipararse a la construcción de una torre de Babel, en la que pensadores aportan elementos de diverso tamaño e importancia a lo que han hecho otros, lo cual, a su turno, sirve de hito y punto para que otro estudioso pueda hacer su aportación, en un ejercicio intelectual que nunca concluye.



* Profesor de carrera de la Facultad de Jurisprudencia.

¹ Citado por Geymonat, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, Barcelona, Crítica, 1998, Prefacio a la edición española.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

Un nuevo conocimiento, una vez ha recibido la aceptación de la comunidad científica, se convierte en la respuesta real de un interrogante o en el paradigma de ese asunto.² El curso de la civilización es una larga línea de hallazgos paradigmáticos que, en su momento, respondieron un interrogante determinado e implicaron un avance en el conocimiento; pero, claro, siendo una actividad de falibles humanos, su curso no es una sucesión directa y sincrónica de aciertos, sino un laberíntico sendero, lleno de obstáculos, que se desplaza en cualquier sentido, en la mayoría de los casos lejos de la meta, antes de consolidar un resultado aceptable.

No podía ser en otra forma, cuando muchos principios que en su momento se tomaron como axiomas eran ideas falsas que por fuerza conducían a explicaciones y conclusiones también erradas; a veces, la falla no estaba en los conceptos y las premisas, que eran del todo acertados, sino en apreciaciones erróneas de los elementos de juicio o en reflexiones contrarias a la realidad;³ y, no pocas veces, una teoría útil para explicar con ventaja algunos puntos, a la hora de las generalizaciones se mostraba insuficiente para explicar todos los fenómenos conexos o los que fueron apareciendo luego.⁴

Cambiar lo que los expertos toman como una realidad científica, desechando los paradigmas imperantes aceptados por muchos y por mucho tiempo, para adoptar esbozos teóricos novedosos en su reemplazo (que siempre pueden ser pasos en falso), no es fácil para una comunidad científica, pero en ocasiones no hay más remedio que intentarlo cuando un determinado paradigma resulta inútil como



² “La noción de paradigma, desde que Kuhn la propuso, es abierta y dinámica. Dicha noción era –y sigue siendo– poco concreta. Se han impuesto a lo largo del tiempo dos maneras de entender la noción de paradigma. La primera –quizás más relacionada con el término ‘matriz disciplinaria’– la entiende como el conjunto de presupuestos de la disciplina. La segunda va más unida al sentido gramatical de la palabra ‘paradigma’: ejemplo tipo gracias al que podemos entender muchas situaciones.

En síntesis un paradigma es:

- El conjunto de presupuestos que definen la disciplina.
- Un caso tipo que será imagen matriz de la disciplina.

El sistema solar es, en ese segundo sentido de la palabra, el paradigma de la física newtoniana; se trata de un problema resuelto al que, por presuposición asociaremos otros muchos problemas similares”. Fourez, Gérard, *La construcción del conocimiento científico*, Madrid, Narcea de Ediciones, 2000, p. 79.

³ El concepto del “éter”, un elemento sin sustancia ni peso, pero que ocupaba el espacio del Universo y que permitía la transmisión de las ondas luminosas, nos recuerda qué tan fácil es dar por sentado verdades imaginarias.

⁴ La geometría “euclidiana” era suficiente para explicar los fenómenos que preocupaban a los sabios hasta hace relativamente poco y, de hecho, sirve con ventaja para ese efecto, pero no puede explicar nada a niveles astronómicos, especialmente en lo relacionado con la curvatura del espacio de modo que fue necesario modificar el paradigma con esas geometrías nuevas que sólo entienden los más doctos.

explicación, que es lo que viene pasando con la teoría de la responsabilidad por los daños.

El Código Civil nos plantea el principio de la responsabilidad así: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (art. 2341 CC).

Esta regla, con algunos matices según el tipo de actuación del sujeto y la rama del derecho, se refleja en toda la estructura normativa y hace parte del primordial principio del derecho de propender por “reencarrilar” al individuo dentro de la senda trazada por la regla jurídica, de modo que si se ha salido de ella (con perjuicio de alguien) tendrá que ajustar su conducta al precepto, aun por la fuerza, y borrar los efectos de su actuación indebida dejando indemne al afectado.

Este esquema de hacer responsable de los daños a quien ha actuado ilegítimamente es congruente con el sistema general, porque parte del principio cardinal de la sociedad moderna contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: a nadie se le puede impedir que haga lo que no esté prohibido en la ley, ni obligarle a hacer lo que ella no manda (art. 5°).

2. LA CONDUCTA HUMANA ILEGÍTIMA, CULPABLE, COMO FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD, ES UN PARADIGMA AGOTADO

En la esfera de la responsabilidad delictual y casidelictual, los redactores [del Código Civil francés] se mostraron unánimes al afirmar la necesidad de una culpa para exigir la responsabilidad del autor del daño; siguiendo aquí, paso a paso, los resultados del antiguo derecho, no podían decidir de modo distinto. Aquel cuya conducta es irreprochable no puede ser condenado a reparar el daño que haya causado; el azar ha querido que padezca la víctima; nada justifica la inversión de esta situación. Los trabajos preparatorios son tan claros acerca de este punto, que aquellos mismos que pretenden borrar hoy la culpa de los requisitos de la responsabilidad civil se ven obligados a convenir en que se colocan en desacuerdo con los redactores del Código.

...

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

La misma idea es reiterada por Tarrille: ...el orden y la división establecidos en el comienzo de este título nos conducen a las obligaciones que resultan de los delitos o cuasidelitos; se forman como los cuasicontratos, no por un hecho voluntario del hombre, sino por un hecho ilícito...El daño, para que sea objeto de reparación, debe ser el efecto de una culpa o de una imprudencia por parte de alguien; si no puede ser atribuido a esa causa, no es ya sino la obra del azar del que cada uno de debe soportar las resultas; pero si ha habido culpa o imprudencia, por ligera que sea su influencia sobre el daño cometido se debe por ella reparación.
H. y L. Mazeaud y A. Tunc⁵

Quien haya sido encargado de elegir un tema de impacto a debatir en uno de los múltiples foros nacionales e internacionales de juristas y prefiera no correr riesgos de fracasar, optará sin duda por el debate de la responsabilidad en el campo del derecho civil o administrativo, contractual o extracontractual y no tendrá de qué preocuparse; no sólo porque es quizá el tema que tiene mejor “venta” en el mercado de la academia, sino que todos los días hay un nuevo frente de debate. Escogerá tres o cuatro expertos juristas –ninguno se negará a participar–, hará sus anuncios y lo demás será cosechar el éxito, ante la presentación de las nuevas tendencias en estas materias y la amplia gama de ejemplos de situaciones en las que en estas calendas se atribuye responsabilidad a un sujeto, aderezado con abundante y reciente jurisprudencia y doctrina.

En todas esas conferencias los expositores harán notar que los fundamentos de la responsabilidad, que todos conocemos y que se encuentran consagrados en las normas vigentes basadas en el concepto de culpa o falla de conducta, no son suficientes para explicar el porqué de las nuevas tendencias doctrinarias y decisiones jurisprudenciales. Es más, parecería que la responsabilidad de hoy se basa en criterios tan disímiles, que cualquiera diría que se trata de fenómenos autónomos que es necesario explicar por separado.

⁵ Mazeaud, Henry y Leon Tunc, André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, tomo I, vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pp. 60 y 61. Trad. de Luis Alcalá Zamora.

A esta imagen contribuyen los mismos juristas, que se niegan a aceptar la unidad esencial del sistema jurídico y pretenden que los conceptos básicos de cada rama del derecho son diferentes de los de las otras ramas, y por eso es habitual oír afirmaciones como: “esto es derecho administrativo, de modo que no tienen cabida elementos o principios del derecho privado”, o al contrario: “el derecho público no es aplicable a este caso, porque se trata de derecho mercantil o derecho civil”, o, como he leído en una reciente providencia: que los principios del derecho civil o del penal “son exóticos” en la teoría de la responsabilidad administrativa.

Eso no puede ser cierto, el derecho es una disciplina científica única y aunque su alcance sea muy amplio y la temática que regula inmensa, no crea instituciones de diferente naturaleza para cada uno de sus sujetos y para cada situación a la que se enfrenta, así nuestras altas cortes nos hagan pensar lo contrario con sus sorpresivos fallos.

Retomando el tema, veamos cómo evolucionaron los conceptos en uno y otro campo.

2.1 Evolución de la teoría de la responsabilidad privada

El derecho primitivo señalaba formas de conducta que los miembros de la colectividad debían asumir y, de no hacerlo, tendrían su castigo, impuesto por la autoridad política. La regla tenía su origen en la divinidad y ésta, directamente o a través de sus representantes, se encargaba de hacerla cumplir, logrando de esta forma un razonable grado de orden en la comunidad que, por lo que puede verse, era el bien jurídico que se pretendía defender.

El incumplimiento de las normas, por fuerza, afectaba intereses directos de uno u otro miembro de la sociedad, pero la forma como ese perjudicado obtenía una satisfacción era un asunto que se dejaba en manos de los ofendidos, permitiendo que recurrieran a todas las formas de represalia –*vindicta*– que su ingenio les dictara; y como los humanos en eso tenemos una especial habilidad para la maldad, es comprensible que llegaran a tales extremos de crueldad, que fue necesario expedir normas limitativas del desquite.

La ley del Talión y algunas formas de reparación ligadas a la compensación económica de los afectados, como el pago del duplo, el triple y el cuádruplo del daño fueron abriéndose paso en práctica-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

mente todos los sistemas jurídicos de la “civilización occidental”,⁶ y dieron origen a un concepto capital –un verdadero axioma– que consiste en que quien afecta a otro queda a su servicio, atado o ligado (*ob-ligatus*) hasta que le ofrece la debida satisfacción y con ello soluciona o deshace el vínculo.

Las obligaciones primitivas, recordamos todos, procedían ya del incumplimiento de promesas formales que hacían *nexu* al promitente perjuro, ya de la comisión de delitos que afectaran a un conciudadano –las obligaciones nacían *ex contractu* y *ex delicto*–.

Aunque en un principio, es seguro, bastaba la simple infracción objetiva de la norma para dar origen a la obligación, poco a poco se hace necesario que el agente actúe con la intención maliciosa de quebrantar el precepto jurídico –*dolo*–.

Luego reconocieron los juristas que el daño causado por la actuación descuidada o imprudente también daba origen a obligaciones (obligaciones *quasi ex delicto* por ser parecidas o cercanas a las obligaciones *ex delicto*). Se trata también, nos dice la doctrina, de actuaciones personales contrarias a las normas jurídicas, porque infringen la carga de cuidado y diligencia propia de los seres que viven en comunidad de modo que sus actuaciones irreflexivas eran contrarias al mandato general de “*neminem lædere*” o “*alterum non lædere*” (no causar daño)⁷ que todos tenemos que adoptar. Quien obra con impericia, imprudencia, imprevisión, o sin acatar los mandatos legales y causa un daño, será condenado a su reparación por haber obrado con culpa. Importa eso sí anotar que si bien en un principio la responsabilidad sólo se presentaba cuando el agente del daño adoptaba una conducta positiva –*sive comittendo*–, relativamente pronto se entendió que también había culpa cuando el agente omitía realizar la actuación que le exigía la regla –*sive omittendo*–. Como muchas de las conductas ilegítimas dañinas quedaron enunciadas en la *lex Aquilia*, la responsabilidad que no proviene de la inexecución de las obligaciones preexistentes la llamamos aquiliana.

⁶ Se trataba, como sucede hoy día con muchos de los conceptos jurídicos novedosos, de una “invasión cultural”, que en ese caso provenía de la Mesopotamia. El Código de Hammurabi consagra ese sistema en las leyes 5, 8, 12, 107 y 120.

⁷ Conformaba este precepto, junto con los de vivir honestamente (*honeste vivere*) y dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*) el trípede de la actuación del buen ciudadano romano –Justiniano, Instituta I, III–. Malhaya el día que nuestro pueblo olvidó estas reglas.

Además, diversas normas antiguas que perviven hasta hoy ordenaban responder a un sujeto por los daños causados por los sujetos y elementos materiales que tenía a su cargo, lo que era fácil de comprender en su momento, ya que el *pater familias* era el único sujeto que tenía personería y, en la práctica, los subsumía a todos y, por eso, los hechos o actos del conjunto familiar sometido a *manus* o *potestas* se entendían directamente realizados por el *pater familias*.

Cuando cada sujeto humano adquirió personería empezó a ser difícil explicar por qué se respondía por otro,⁸ pero, con algo de observación cuidadosa se pudo advertir que para todo sujeto racional de la sociedad existe la carga, de carácter general, de estar atento a las acciones de terceros o sobre las cosas (animadas o no) que estén bajo su custodia, porque estos elementos son instrumentos que pueden causar un daño si no se los controla. Cada persona, entonces, debe vigilar bien los individuos incapaces a su cargo, y elegir bien las personas mayores que le sirven o las cosas que utiliza.

En esta clase de responsabilidad civil, llamada indirecta o por el hecho ajeno o de las cosas, también encontramos un quebrantamiento de la norma por parte del sujeto que responde. El que eludió su carga de cuidado, incurrió en culpa *in vigilando*, *in educando*, *in eligendo*. En la responsabilidad indirecta se establece una presunción de culpa por parte del custodio, padre o patrón, pero podrá desvirtuarla probando que le era imposible impedir el hecho –fuerza mayor o caso fortuito–.

Por otro lado, el incumplimiento de obligaciones preexistentes por el deudor, por una conducta que le sea imputable a título de dolo o de culpa, también lo hace responsable del daño causado al acreedor en el sistema de la inapropiadamente denominada responsabilidad civil contractual que regula nuestro título XII del libro IV del Código Civil. En el incumplimiento encontramos que la transgresión del imperativo normativo puede ser intencional del deudor, o por tres niveles de descuido, que tendrán consecuencias diferentes según el tipo de contrato que dio origen a la obligación.



⁸ Puede entenderse el problema si nos fijamos en lo que sucedió con la responsabilidad penal. Antes si uno de los sujetos sometidos (esposa, hijos, esclavos) cometía un delito, el *pater familias* respondía porque ese individuo era jurídicamente parte suya, pero al adquirir personalidad cada individuo ya no podía atribuirse directamente al *pater familias* la actuación ilegítima y, de hecho, en materia penal no hay esa transmisión de responsabilidad, pero en materia civil aún subsiste e incluso se extiende a sujetos apenas vinculados por contrato –agentes y trabajadores–.

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes (art. 1604 CC).

El complejo tema de la “prestación de culpas”, que sólo tiene cabida para el incumplimiento de obligaciones emanadas de un acto jurídico, es la muestra patente de la ausencia de un esfuerzo real de generalización y síntesis, que es lo que precisamente motiva este ensayo.

Aunque la responsabilidad civil de carácter contractual tenga como base el supuesto de la existencia de una obligación preexistente, no podemos olvidar que aun cuando no se haya establecido un vínculo jurídico entre las partes interesadas en negociar, la ley reconoce la posibilidad de dañar, por actuar durante la etapa precontractual con mala fe o con negligencia según el imperativo mandato del artículo 863 del Código de Comercio: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Hay, pues, ilicitud en las acciones u omisiones voluntarias dirigidas a contrariar el derecho, en las acciones u omisiones propias imprudentes, y en las infracciones culposas al deber de custodia y vigilancia de las personas o cosas a nuestro cuidado. Podemos ahora identificar como elementos axiales de la responsabilidad civil: el hecho ilícito, la conducta culpable o imputable al sujeto (a título de dolo o a título de culpa), el daño y el nexo causal entre la conducta ilícita culpable y el daño, como lo aprendemos desde las primeras lecciones de teoría de la responsabilidad. Cuando el daño proviene de la acción de personas o cosas bajo nuestra custodia, la culpa se presume, lo mismo que sucede con la responsabilidad contractual; en todos los demás casos la culpabilidad debe probarse.

La situación empieza a complicarse cuando, desde la segunda mitad del siglo XIX, empiezan a darse unos tímidos pasos jurisprudenciales

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

hacia la obligación de reparar daños que no han sido causados por una acción que sea atribuible directa y específicamente al sujeto condenado a la indemnización; como cuando alguien realiza actividades que ponen en riesgo a los congéneres para derivar algún provecho propio; o, poéticamente, cuando se hace uso de esos geniecillos diabólicos que han salido de la caja de Pandora de la ciencia y la tecnología modernas, como acertadamente describe el doctor Mario Gamboa Sepúlveda las actividades riesgosas.

Desde hace algo más de un siglo para acá se sostiene que quien utiliza la energía, manipula sustancias químicas o biológicas potencialmente patológicas, comercializa masivamente productos de consumo humano o animal, o controla medios de comunicación será responsable de todos los daños que ocasionen esos elementos cuando se salen de su situación natural. Y no importa que en un momento dado pueda establecerse la culpabilidad de otro como causante directo del hecho, por ejemplo del empleado que excede sus funciones, o un tercero que manipula un objeto que ocasiona la catástrofe, porque también en estos casos responde el sujeto que se sirve del elemento peligroso.

Intentando mantener incólume la teoría de la responsabilidad se afirmó que la actuación ilegítima era, siguiendo con metáforas mitológicas, colgar una espada de Damocles sobre muchos individuos; de modo que al ocurrir el siniestro, el daño causado debía ser asumido por quienes nos exponían al riesgo, obteniendo con ello algunos beneficios económicos, explicado con el adagio *ubi emolumentum, ibi onus* (donde el provecho, allí la carga).⁹

Empieza a hablarse de una *responsabilidad presunta* que obliga al sujeto titular de la actividad peligrosa a probar la presencia de una causa extraña inevitable (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero –que no sea su empleado o agente–, orden de autoridad competente, culpa exclusiva de la víctima), para exonerarse de responsabilidad. En últimas, el titular de la actividad tiene que probar que el daño no se debe a sus actuaciones o demostrar que la actividad



⁹ Nuestra jurisprudencia, por mucho tiempo, pretendió construir la teoría de la responsabilidad por riesgo en el artículo 2356 del Código Civil que habla de hechos que necesariamente tienen que imputarse a negligencia o malicia del individuo, como disparar un arma o realizar obras sin tomar las debidas precauciones, pero esto no fue suficiente, especialmente cuando la doctrina interna se integró con la internacional en estos asuntos.

peligrosa fue simplemente el instrumento del que se sirvió la naturaleza u otro sujeto, incluida la víctima, para sus propósitos dañosos, y que él tomó todas las medidas a su alcance para evitar que ello ocurriera (eliminar el nexo causal presunto).

La teoría del riesgo genera una tendencia, que se mantiene en todos los ámbitos del derecho (excepto el penal), hacia la consagración de la responsabilidad objetiva, que permite la reparación sin que pueda atribuirse una conducta antijurídica directa a quien resulta condenado, y se amplía el concepto, eliminando la condición del beneficio económico para incluir así todas las actividades peligrosas cualquiera sea la razón para que alguien las esté realizando.

Pero hay más, se han identificado casos en que la ocurrencia del daño da lugar a la reparación, sin que exista la posibilidad de eximirse, tratando de desvirtuar el nexo o la culpa de la víctima, en lo que se denomina una responsabilidad objetiva plena. El mismo Código Civil trae un par de casos de responsabilidad plenamente objetiva, como es el mencionado en el artículo 1735 que obliga a quien ha hurtado la cosa a pagarla cuando se le pierde, y “no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun en aquellos casos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor”,¹⁰ y el caso del que tiene en su predio un animal fiero no útil para el servicio del predio (art. 2354 CC) que en el evento de que produzca un daño, tendrá que asumir la responsabilidad, “y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”. Existe este tipo de responsabilidad objetiva, además, en los riesgos cubiertos por el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) y por la póliza, también obligatoria, de riesgos ambientales, y en la responsabilidad del patrón (o la seguridad social) por accidentes de trabajo.¹¹ En estas responsabilida-



¹⁰ Aquí es prudente notar que se refiere al hecho de que el deudor, el ladrón, sigue con la obligación de responder civilmente (independiente de la sanción penal), aunque la cosa haya perecido por razones ajenas a su voluntad, porque sería intolerable que pudiera trasladar la responsabilidad a otros (los que le robaron o dañaron la cosa) siendo que fue él quien, de manera ilícita, dio origen a la situación que produjo la pérdida, lo que hace recordar a los secuestradores que tienen la desfachatez de atribuir la responsabilidad de la muerte de los secuestrados a los operativos de rescate. Uribe Holguín trae esta norma como ejemplo de responsabilidad objetiva. Uribe Holguín, Ricardo, *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, No. 50, Bogotá, Temis, 1979, p. 270.

¹¹ “La paliación de doctrinas como la del riesgo o la de responsabilidad objetiva, e incluso la más benigna de la presunción de culpa, cuenta desde luego con innegables ventajas sociales. En mayor o menor medida protege a las víctimas de hechos dañosos, facilitando notablemente sus reclamaciones y dando prioridad, por tanto, a los propósitos indemnizatorios.

des no hay lugar a valorar la conducta del sujeto responsable, ni se acepta como eximente la fuerza mayor o el caso fortuito. La obligación emana directamente de una situación de hecho –el menoscabo patrimonial–.

No podemos olvidar el tema de la novedosa responsabilidad por “riesgo de desarrollo” que se da cuando una persona vende un producto que se muestra útil y sano, para descubrirse muchos años después que ocasiona lesiones o deterioros personales o de otra índole, y que deben ser reparados por el vendedor, aunque en todo el curso de su actuación lo único que puede verse son conductas ajustadas a derecho.¹² Y si de actividades comerciales hablamos, tenemos que recordar que la ley impone en ocasiones al intermediario o agente una responsabilidad frente al consumidor por los productos que ofrece aunque sea absolutamente claro para todos que éste se limita a intermediar entre el productor y el adquirente.

También tenemos que tener presente la tendencia de los tribunales del mundo a admitir acciones directas de responsabilidad intentadas por terceros “subadquirentes” contra el productor de un bien, o las acciones de terceros contra el productor por el daño que recibieron cuando alguien utilizó el producto defectuoso, que en estricto derecho no podrían accionar directamente contra el productor, por no existir vínculo jurídico entre ellos (siguiendo las reglas ordinarias, en el primer caso, los subadquirentes tendrían que dirigir su acción contra el adquirente que es el sujeto de quien ellos derivan su derecho, y en el segundo, contra el sujeto que hizo uso del bien, aun-

“Mas, por un lado suscita reparos, desde el punto de vista de la justicia material que una persona se vea sujeta a responsabilidad –quebranto económico– cuando no ha mediado culpa por su parte. Por otro, la imposición de responsabilidad no es garantía segura para los perjudicados, que pueden ver frustradas sus pretensiones si quienes deben responder resultan insolventes.

“La solución se halla en el *seguro obligatorio*. Se trata en este caso de un seguro de responsabilidad civil, por virtud del cual *el asegurador asume el riesgo que para el patrimonio del asegurado supondría la obligación de indemnizar los daños que cause*. Pero a diferencia de lo que es característico en cualquier contrato, la celebración del contrato de seguro no es aquí producto de la libre voluntad del asegurado, sino que le viene impuesta por la propia ley. Se convierte, de hecho, en una especie de requisito administrativo para el desempeño de la actividad cubierta por la póliza; como ejemplo más conocido tenemos la conducción de un automóvil.

“El significado del seguro obligatorio es semejante al de la seguridad social. Todos los que participan de una actividad que puede entrañar riesgo contribuyen con sus cotizaciones (primas) a sufragar los daños que algunos de ellos sufran u ocasionen. Con razón se ha dicho que mediante el seguro obligatorio se socializan los riesgos”. De Ángel Yaguez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 59.

¹² Del riesgo del desarrollo son ejemplos la talidomida y algunos elementos potencialmente cancerígenos como el amianto o asbesto, y, por qué no comentarlo, los elementos radiactivos como pudieron comprobarlo en carne propia las “madames” Curie.

que estos pudieran llamar en garantía al productor). En estos casos, a la complejidad propia de la responsabilidad se suma la dificultad de determinar si al productor se le endilga una responsabilidad contractual o extracontractual.

Mucho se dedicaron los estudiosos a tratar de explicar cómo atribuir una conducta antijurídica a alguien que no la había cometido, o que no tenía, en estricto sentido, el carácter de violación de las normas jurídicas y, para ello, ampliaron los niveles de custodia y diligencia hasta lo irracional, pero es imposible evitar la tendencia a considerar que se trata de fenómenos que no pueden explicarse por las reglas ordinarias de la responsabilidad y de valoración de una conducta.

Responder en derecho civil significa simplemente la obligación de reparar el daño que se ha causado, y si no nos fijamos en el tema de la calificación de la conducta (lícita o ilícita), podemos incluir en el tema de la responsabilidad, como lo hace gran parte de la doctrina moderna, las obligaciones derivadas de los mal llamados cuasi contratos,¹³ en que alguien que se ha beneficiado con una actuación de otro que le es provechosa, tiene que compensarle la pérdida al no existir una causa jurídica que valide dicha pérdida. El derecho moderno generaliza el concepto para incluir todos los casos en que un patrimonio se incrementa a costa de otro que correlativamente se disminuye y no se puede encontrar una razón que le imprima juridicidad a esa situación (teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa).

Aquí la obligación de restitución o repetición tiene por objeto restablecer el equilibrio entre intereses cuando se ha producido una descompensación por una causa no válida desde el punto de vista jurídico.

Y al mencionar el equilibrio en las relaciones entre sujetos no podemos dejar de mencionar el concepto de abuso del derecho que en la precisa concepción que dio el jurista Ricardo Uribe Holguín consiste en servirse del derecho de una forma que el provecho que se obtiene de él no compensa el perjuicio que se ocasiona a otro,¹⁴ como lo

¹³ En esto debe recordarse que las obligaciones cuasicontractuales del derecho romano (sobre el cual se intentó construir el régimen de figuras diversas e incoherentes que llamamos los cuasicontratos), eran exclusivamente aquellas obligaciones de restitución o compensación de una pérdida, por virtud del pago de lo no debido (art. 2313 CC.), de la agencia oficiosa (arts. 2308 y 2310 CC) y de la comunidad (arts. 2325 y 2327 CC).

¹⁴ Uribe Holguín, *op. cit.*, No. 42, pp. 226 y 227.

explica el artículo 1002 del Código Civil: “Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”. Se introduce una clara limitante al principio *nenimen lædit qui suo iure utitur* (quien se sirve de su derecho no daña), y el que hace uso de sus cosas afectando innecesariamente a un tercero está obligado a cesar su acción e incluso a indemnizar el daño que le ocasione.

No podemos acabar este punto sin mencionar que el derecho positivo tiene reglas tendientes a evitar que un sujeto pueda aprovecharse excesivamente de su contraparte en un contrato, y por eso tiende a equilibrar la situación en aquellos contratos onerosos de carácter conmutativo, cuando ha habido lesión enorme (arts. 1601 y 1947 CC) o se han cobrado intereses usurarios (arts. 884 C de Co y 72, Ley 45/90); hasta llegar al concepto de la imprevisión contenido en el artículo 868 del Código de Comercio, que permite que el obligado a una prestación que se ha convertido por circunstancias imprevisibles en demasiado onerosa, pueda reclamar una justa compensación.

2.2 Teoría de la responsabilidad pública

Cuando hacemos un recuento del desarrollo de la responsabilidad del Estado, empezamos con el repetido principio exonerativo de responsabilidad, denominado “the king can do not wrong” que explicaba por qué al Estado le era imposible la comisión de conductas antijurídicas y, por ende, la asunción de responsabilidad por sus actos. Se basaba en el criterio de que si el Estado era quien imponía la regla jurídica, el daño originado en el ejercicio de la autoridad tendría carácter legal y se convertía en el precio que todos pagábamos por vivir en sociedad.

Pero desde unos ciento cincuenta años para acá fueron apareciendo sistemas de diversa naturaleza que permitían a los particulares reclamar indemnizaciones por las actuaciones del Estado.

Esta tendencia se inició cuando se admitió que con la autorización gubernamental se podía encausar al funcionario que había procedido de una manera no apropiada, con el criterio de que, en ese caso, se había salido de sus precisas funciones y le era imputable la conducta, bajo las reglas ordinarias del agente o mandatario que

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

excede o abusa de las funciones que se le atribuyen. Francia e Inglaterra reconocieron que el empleado público que se excedía en las funciones que le habían sido atribuidas tenía que responder personalmente por los daños causados, aunque primero era necesario que el mismo Estado juzgara si la conducta de su empleado era ajena a la autoridad que le había sido conferida; porque en el evento de producirse el daño en ejercicio de funciones públicas, se trataría de un “hecho del príncipe” que no era perseguible por esas calendas.

Pero el sistema empieza a evolucionar en dos frentes, uno de ellos con la consagración de leyes específicas que permiten la indemnización en casos precisos (como obras públicas o la prestación de servicios), bajo la consideración general de que el Estado exaccionaba o expropiaba al particular un derecho o interés propio,¹⁵ que tenía que indemnizar por virtud de mandatos que se encontraban presentes desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹⁶ El otro cuando los tribunales se negaban a autorizar el encausamiento del funcionario público acusado de obrar ilegítimamente porque encontraba que éste había procedido conforme a las reglas, pero la lesión del tercero por la función gubernamental era obvia.

El conocido “fallo blanco” –1873– sirve de cimiento para la construcción de una teoría de responsabilidad propia y exclusiva del Estado que lo lleva a indemnizar a todo aquel que resulte perjudicado cuando el Estado ha sido negligente en el cumplimiento de sus funciones esenciales de mantener el orden, la seguridad y hasta el bienestar social –falla en el servicio–.

Y de ahí en adelante se inicia una carrera hacia el reconocimiento de indemnizaciones al particular por las acciones u omisiones del Estado o sus agentes, cada vez más cercano al sistema de responsabilidad objetiva planteado en las normas privadas, hasta formular principios como que el Estado debe indemnizar todo daño no justificado que sufra un particular cuando no exista otro sujeto que deba

¹⁵ El sistema español de responsabilidad del Estado gira alrededor de la figura de la expropiación, tanto que la ley de responsabilidad estatal recibió el nombre de Ley de Expropiación Forzosa (LEF), 1954. García de Enterría Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Madrid, Civitas, 1993, p. 369.

¹⁶ Artículo XVII: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, ninguno puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente, y con tal que se le dé una justa y previa indemnización”, 1789.

asumirlo por mandato legal, sentando un principio de solidaridad esencial del sistema de acción en grupo y la equitativa distribución de las cargas públicas.

Se desdibuja, otra vez, ese principio básico de la responsabilidad que es la existencia de una conducta antijurídica, ya que cientos de veces la conducta que da origen a la indemnización estatal es absolutamente legítima o se trata de un hecho comprobadamente atribuible a terceros, y de nuevo nos quedamos algo huérfanos de principios indicativos de la razón de responder ante otros conciudadanos por los daños que sufran.

Nuevas teorías pretenden que la atribución de culpa se acerca más a un interés de la norma en apoyar a quien sufre daños, obligando a pagar no al agente del daño, sino a aquel que tenga más dinero. El Estado paga por daños ocurridos en cualquiera de los distintos asuntos de su resorte y lo mismo hace el particular titular de los medios de producción, así aparezca patente que el daño no se debió a sus acciones, simplemente porque a nadie le gusta ver individuos que sufran sin recibir auxilio.

En materia contractual estatal, hoy tiene plena cabida la teoría de la imprevisión y el concepto del desequilibrio en la ecuación contractual (arts. 5 y 27 Ley 80/93) obligando a la administración a compensar la pérdida que sufriría un contratista cuando por razones ajenas a él se volvió muy gravoso el cumplimiento de la prestación pactada.

Para explicar estas responsabilidades del derecho público y del privado, en que termina pagando aquel que tiene suficientes recursos, se habla de socialización del daño (mejor diríamos, socialización de la reparación), pero corremos el riesgo de hacer de la caridad un imperativo jurídico.

Ahora nos preguntamos: ¿es posible reconstruir toda la teoría de la responsabilidad bajo un esquema racional y uniforme, que permita la formulación de principios básicos aplicables a todos los campos de acción en el derecho y a toda circunstancia? Intentémoslo.

3. UN CAMBIO DE FOCALIZACIÓN: DE LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA AL DAÑO NO JUSTIFICADO

Como se ha escrito con toda justicia, la idea de culpa “es insuficiente para servir de base a un sistema de responsabilidad”; debe completarse, vigorizarse con la noción más moderna, más económica, y más práctica, del Riesgo Creado por la misma razón que no volvemos en el campo contractual a la *stipulatio* o al *nexum*, no volveremos tampoco a ver funcionar plenamente el régimen de la responsabilidad *aquiliana*; los tiempos seculares están caducados, y los juristas, por fieles que sean a la tradición, deben en las horas en que vivimos, mirar en su derredor más bien que hacia atrás; deben vivir con su época, si no quieren que ésta viva sin ellos.
L. Josserand¹⁷

La teoría de la responsabilidad partía del supuesto del sujeto que actuaba transgrediendo de cualquier manera las disposiciones legales y, en el evento de dañar, se vería obligado a reparar ese daño, sin perjuicio de la punición que se le imponía por haberse portado en una forma no ajustada a derecho; una fórmula que todavía es satisfactoria para explicar el origen de las obligaciones delictuales y cuasidelictuales, pero es insuficiente a la hora de explicar las nuevas modalidades de responsabilidad, como la responsabilidad objetiva plena, el riesgo creado, el riesgo de desarrollo, la reparación por equilibrio frente a las cargas públicas y, menos aún, intenta explicar las obligaciones derivadas del enriquecimiento injustificado que se engloban dentro del impreciso concepto de los cuasicontratos del título XXXIII del Código Civil, porque, como vimos, en la mayoría de los casos no hay una acción del actor que pueda calificarse de transgresora de las normas.

Quizá sea que entre las fuentes de las obligaciones existan otras *variis cause figuris* (D. XLIV, VIII, 1) de que nos hablaba Gayo, y por eso tratar de reducirlas a un sólo fenómeno es un error, y lo que debemos es ampliar el concepto, evitando incluso denominar como responsabilidad estas figuras, que no tienen que ver con la actuación ilegítima de un sujeto de derecho.



¹⁷ Josserand, Louis, *Derecho civil*, tomo II, vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 449. Trad. de Santiago Cunchillos y Manterola. La cita que hace el autor es de G. Marton.

Pero mirando con cuidado el tema, podemos advertir que en todas aquellas figuras en que no se encuentra la actuación subjetiva ilegítima como fundamento de la responsabilidad, a lo que se da una atención especial y directa es al daño mismo, bajo el supuesto de la necesidad de reparar todo daño que ocurra, cuando no hay una justificación del mismo.

Al desplazar el eje central de la responsabilidad, *de la conducta ilegítima de un sujeto al daño no justificado*, tenemos por fuerza que reconstruir todas las estructuras fundamentales que expliquen este concepto. Siendo atrevidos diremos que es necesario tratar de rehacer por completo el paradigma y si el simple daño, en principio, basta para dar lugar a la responsabilidad, los fundamentos teóricos tendrán que responder satisfactoriamente los siguientes interrogantes: qué es lo que daña, cómo lo hace, cuánto afecta y cuándo no hay lugar a responsabilidad.

Para ello empecemos por apreciar a los miembros de la sociedad desde el punto de vista jurídico.

3.1 Comportamiento y actuación de los miembros de la sociedad

El elemento culminante de la evolución (o de la creación, para los que adopten esa teoría) es un tipo de animal que puede conocer las cosas que le rodean por medio de sus sentidos y, a través de una serie de procesos en su cerebro, todavía no comprendidos plenamente por la ciencia, representar las imágenes, hacer abstracciones, generar nuevas informaciones, que, para evitarnos dificultades, denominamos raciocinio.

Eso hace que todos tengamos el mundo en nuestro cerebro y aunque compartimos gran cantidad de elementos, cada cual es realmente único, al no coincidir en muchas de las concepciones más elementales. Confirmar esa proposición es elemental y cualquiera puede hacer la prueba con un producto objetivamente apetitoso, ya en lo alimenticio, ya en lo sexual, y ofrecerlo a un número suficiente de personas, para notar cómo muchos no comparten el grado de atracción o adoptan un franco rechazo; y eso que se trata de un elemento que pone en actividad los motores más primitivos y uniformes de la conducta humana. “¿Quién puede gobernar un país que tiene 300 variedades de quesos?”, decía el general De Gaulle para señalar la dificultad de poner en sintonía los criterios y acciones de los franceses.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

A nadie debe extrañar, entonces, la fuerte tendencia de cada ser humano a obrar conforme a sus propias resoluciones. La libertad es para el ser humano un elemento de su esencia y no una situación de simple bienestar, de modo que no se ve razón para que la sacrifique, a menos que alguien lo haga por él o encuentre una motivación suficientemente fuerte para hacerlo.

Un ser humano hipotético que tuviera a la mano todo lo que requiriera para satisfacer sus necesidades, y que para conservar la especie pudiera recurrir a un sistema de autorreproducción como el de la partenogénesis, podría dar rienda suelta a su individualidad y libertad; pero la realidad es otra y, por eso, siempre termina forzado, por su propia voluntad o por imposición de terceros, a interactuar con otros miembros de la sociedad para procurarse aquello que le satisface, sacrificando su autonomía.¹⁸ En honor a la verdad, le es tan esencial para su subsistencia y desarrollo la interacción con otros congéneres –socialización–, como lo es la individualidad y por eso no es de extrañar que el ser humano tenga incertidumbres existenciales, al tener una naturaleza con dos facetas de conducta tan diametralmente opuestas.

Toda socialización conlleva algún grado de sacrificio de la libertad y el ser humano es lo suficientemente inteligente para comprender que es el costo que debe pagar para ver satisfechas algunas de sus necesidades y que, salvo casos excepcionales, obtiene una ventaja comparativa, es decir, que el sacrificio queda compensado suficientemente con el beneficio que obtiene, de modo que cada persona puede medir su bienestar personal por el número y la calidad de los elementos que se procura, comparándolo con el grado de sacrificio que le ha tocado hacer para obtenerlos.

No todas las actuaciones del sujeto son una respuesta a su propia voluntad, porque el conjunto social, que conoce también la importancia de obrar de una manera coordinada para multiplicar la fuerza, o para hacer eficientes los esfuerzos mediante la distribución de tareas, e incluso para refrenar los excesos emanados de la ambición individual, impone directamente la ejecución de actuaciones, o la abstención de

¹⁸ En esto de las satisfacciones incluyo también, aunque suene odioso, la actitud de solidaridad y desprendimiento voluntarios, porque independientemente de las motivaciones personales, simplemente se trata de una conducta que en últimas gratifica al individuo generoso.

ellas, con diferente grado de imperatividad, según diversos factores relacionados con la situación en la que se encuentra cada uno.

El hecho de vivir en una sociedad y someterse a sus dictámenes impide que todos los intereses de un sujeto sean aceptables, de modo que nos encontramos que cada sujeto tiene intereses legítimos y protegidos, y otros que no protege y, correlativamente, acciones que incita a realizar o que intenta reprimir.

Cada uno tiene su esfera u órbita de elementos de interés que gravitan a su alrededor y que se encuentran siempre en acción por incidencia directa del sujeto, por imposición legal o por alguna situación de hecho. Esta “órbita de intereses”, como le seguiremos diciendo tiene, al igual que el sujeto mismo, la aptitud para interferir con las de los demás miembros de la sociedad; interferencia que se deriva necesariamente de la convivencia social y la acción en grupo.

Por otra parte, los miembros de una sociedad no siempre actúan de manera individual y directa, sino que crean estructuras de acción de diverso alcance, las cuales adquieren una individualidad propia que puede asimilarse sin grandes dificultades a nuevos sujetos sociales, con una voluntad independiente, así como ventajas y cargas que ejercita ante los demás componentes de la sociedad y por eso se pueden equiparar en cuanto a la aplicación de esta teoría.

4. LAS ÓRBITAS DE INTERÉS DE LOS ELEMENTOS SOCIALES

La observación de G. Viney, que ha encabezado las reflexiones de este capítulo, pone de manifiesto que, en nuestros días, muchos de los eventos dañosos son difícilmente imputables, si la imputación se realiza rigurosamente a un individuo aislado y más bien tienen que serlo a algún conjunto más o menos numeroso de individuos. Ello puede ocurrir de varios modos. El individuo en que se materializa la causa inmediata del daño, se encontraba sumido dentro de una organización y colocado al servicio de ella, de manera que puede ponerse en tela de juicio si el fallo humano del que algunas veces se habla para designar la causa de una catástrofe o de un accidente, es sólo el fallo del eslabón de una cadena o el fallo de la organización de que ese eslabón forma parte.

...
 Conviene así mismo parar la atención en aquellos casos en que los daños experimentados como consecuencia de diferenciar tipos de actividades empresariales, afectan desde el lado pasivo a un número indeterminado de personas.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

Se puede sin embargo apuntar que la doctrina y la jurisprudencia, y con ellas, algunas normas legales de nuevo cuño, han trazado evidentes líneas a través de las cuales la cuestión de responsabilidad se examina desde otros ángulos. Se encuentra, ante todo, el problema de la responsabilidad directa de las persona jurídicas y de los daños causados por los grupos no personificados o por miembros indeterminados de un grupo.
L. Díez Picazo¹⁹

El conjunto de elementos de interés de los seres humanos, respaldado por el sistema social –los bienes y los derechos–, constituye uno de los objetivos primarios de la regulación social, ya que con excepción de unos pocos objetos necesarios realmente abundantes (los denominados bienes comunes) los demás son competidos entre los humanos, lo que hace imprescindible tener fórmulas para asignarlos a unos o a otros (no siempre de la manera equitativa que podría esperarse).

En la práctica, esos elementos que satisfacen alguna necesidad material o intelectual del humano quedan a disposición de uno u otro individuo, de modo que cada cual cuenta con un conjunto ideal a su alrededor que denominamos el patrimonio como atributo de la personalidad, que aunque en su concepto más primario sólo se refiere a esas ventajas o cargas que puedan ser valuadas en dinero, el desarrollo de las ciencias sociales y los esquemas filosóficos han permitido comprender que también incluyen otros valores inherentes a la persona que no pueden tasarse monetariamente de manera directa pero son imprescindibles, que terminan denominándose para abreviar como derechos humanos o fundamentales. La vida, la libertad –física, de conciencia, de expresión–, la imagen y el honor, la salud, la educación y la cultura, la igualdad frente a las posibilidades económicas, el trato justo, la familia, etc.

Fijar cuáles son los intereses de cada sujeto de derecho tiene sus dificultades y más cuando tenemos que incluir colectividades y muchas más formas de actuación que superan al individuo, incluyendo el mismo conjunto social como elemento con intereses propios; pero existen reglas para la determinación de la titularidad jurídica que, en la mayoría de los casos, nos permiten incluir un interés dado en la órbita de uno u otro de los miembros de la sociedad.

¹⁹ Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 160.

Dejando de lado los casos excepcionales, el sistema jurídico tiene unas reglas (que pueden ser mejoradas) para ligar cada ventaja a un elemento del conjunto social, permiten reconocer el sujeto activo de una ventaja (sea ésta patrimonial o no), y su correlativo sujeto pasivo individual o colectivo. Podemos, en últimas, reconocer a quién pertenece cada interés legítimo y, a partir de ahí, ver cómo se relaciona con los demás.

4.1 Sujetos responsables y extensión de sus órbitas de interés

Los conceptos jurídicos primarios de persona y patrimonio como delimitantes del régimen de intereses y su protección se quedan cortos a la hora de establecer una teoría de órbitas de interés, porque omite una buena parte de las estructuras de actuación propias de la sociedad humana.

No hay que ir muy lejos para encontrar estructuras patrimoniales autónomas que asimilamos, a falta de una respuesta mejor, a los seres humanos y desligamos de sus fundadores o miembros: las personas jurídicas y algunos tipos de comunidades. Esas estructuras de acción llegan a su nivel más amplio en el Estado, un sistema de acción grupal que cobija y organiza a todos los que se encuentran en un determinado territorio, o incluso más allá con las organizaciones supra nacionales e internacionales y, si no somos estrechos de conceptos, llegaremos hasta la humanidad como un todo que tiene su propia órbita de interés.

Cada uno de esos elementos responsables en la sociedad, como bien lo denomina el profesor de la universidad de León, Juan Antonio García Amado,²⁰ va a tener una órbita de diferente extensión, según su contenido y su capacidad para interferir con otros elementos responsables y sus respectivas órbitas de interés.

Demos un vistazo aproximativo a las órbitas de interés de cada cual.



²⁰ El profesor español García Amado encuentra hasta cuatro tipos de elementos sociales que deben responder por sus actuaciones —el sujeto individual; las formas colectivas de acción (desde las simples comunidades sobre bienes hasta la sociedad empresarial); el Estado como sujeto de derecho que representa a todo el estamento social y, finalmente, toda la humanidad, ahora que el concepto de globalización se ha colado en nuestro bagaje intelectual; pero yo prefiero verlos como una serie continua de elementos, cada cual con un campo de acción y órbitas de interés progresivamente mayor.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

▪ Individuales y exclusivas

Marcan la órbita de interés de cada particular, sus derechos y garantías fundamentales, y los elementos patrimoniales –bienes y derechos de contenido económico–.

La extensión primaria de su órbita es igual para todos los sujetos ya que se trata de intereses ligados a la personalidad, como son la propia vida, la salud, la identidad, el honor, el estado civil, etc. Pero a medida que extienda su campo de acción y tenga mayor cantidad de individuos a su cargo y de bienes patrimoniales va ampliando correlativamente su órbita, como cuando conforma una familia, cuando sea patrón o empresario.

▪ Colectivas

Son órbitas de interés conformadas por la unión de todo o parte de los intereses de algunos individuos, que conviene no independizar para permitir la consolidación de las ventajas, y comprende cualquiera de las formas de acción en grupo que se presentan en nuestro sistema social, generadas de manera voluntaria o involuntaria por los sujetos de derecho; como cuando se comparte la propiedad sobre un bien o derecho (comunidades y obligaciones de sujeto múltiple); se forman agrupaciones jurídicas para realizar una actividad en beneficio propio (copropiedades inmobiliarias, asociaciones y sociedades).

La extensión de esta órbita de interés es mayor, por corresponder a la sumatoria de algunos intereses de los individuos participantes. Cada uno de los que participan tiene un interés fraccionado que se extiende sobre el todo y cada una de sus partes, sin que ello le haga perder el carácter de unidad y de elemento responsable único.

▪ Públicas

Ordinariamente se refieren al sistema de conducción social y específicamente al Estado. Cuando se habla de órbitas de interés del Estado –en sus manifestaciones territoriales y en los servicios que asume–, necesariamente tenemos que considerar las concepciones políticas y económicas en un momento dado, pero sin ir al fondo de la cuestión, son de su órbita de interés, además de sus propios bienes y derechos –el erario–: el orden público, la paz, la seguridad, el desarrollo social y todos los elementos accesorios a ellos.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

Es inherente al Estado la satisfacción de los intereses individuales y colectivos de los miembros de la comunidad –un tipo de interés especial que emana de la función que cumple en el sistema social–, y eso hace que dentro de los elementos de interés del Estado aparezca con toda firmeza la garantía del bienestar de los asociados.

▪ *Internacionales y universales*

Atribuir intereses a todo el género humano y darle el carácter de sujeto responsable suena algo exagerado, pero paso a paso el derecho ha venido reconociendo que no somos otra cosa que una gigantesca colmena que no puede evitar comportarse como una unidad (no en vano somos de las pocas especies únicas en la naturaleza), tanto para el beneficio como para la desgracia común.

Aquí la extensión de la órbita se amplía gradualmente y cobija varios Estados y funciones determinadas –organizaciones multilaterales–, hasta llegar al total de la humanidad, pero en este último caso se limita a algunos intereses esenciales ligados prácticamente a la subsistencia general, en especial lo relacionado con el medio ambiente.

La extensión de las órbitas es una situación fáctica y por eso llega hasta el último de los intereses atribuibles a un elemento socialmente responsable, pero en cada momento el sistema jurídico ha tenido que intervenir para fijar su alcance y corregir las apreciaciones que se tienen en un momento dado sobre su extensión.

Y no puede evitar reconocer que en el continuo desplazamiento de tales órbitas algunas llegan a subsumir otras o a integrarse conformando nuevos elementos responsables, o sirven de promotoras de la actividad de otras órbitas o se conjugan con otras órbitas para interferir otra u otras.

En la determinación del alcance influyen ciertamente las concepciones socio-jurídicas y la omnipresente política.

5. LA INTERFERENCIA ENTRE ÓRBITAS DE INTERÉS Y SUS CONSECUENCIAS

Ya queda dicho que uno de los problemas fundamentales que debe resolver todo ordenamiento sobre responsabilidad reside en la contradicción que existe entre la protección de los bienes y derechos de una persona y la libertad de comportamiento. Es decir que, en una colisión entre al menos dos esferas jurídicas con motivo de la lesión que el titular de una de ellas ha sufrido en uno o varios de sus derechos fundamentales (vida, integridad física y psíquica, honor, intimidad propiedad, patrimonio...) como consecuencia de la conducta o actividad del titular de la otra.

L. F. Reglero C.²¹

Si ninguno de los “elementos responsables” puede encerrarse en su concha y mantenerse así (como el individuo autosatisfecho que imaginamos en el punto anterior), sino que siempre estará interrelacionándose con otros elementos responsables poniendo en movimiento sus propios intereses, puede enfrentarlos y chocar con los intereses ubicados en la órbita de interés de otros.

No quedaría muy difícil representarnos imaginariamente a los sujetos responsables como un sistema estelar con varios elementos planetarios que se desplazan a diferente distancia del sujeto y con un movimiento susceptible de ser interferido en su curso. Mientras ese sistema no se acerque a otro y los intereses que gravitan alrededor de ambos sistemas no se superpongan o interfieran, no habrá una situación que podamos denominar “social”, sino situaciones individuales.

Cientos de situaciones perjudiciales –actos y hechos– solamente afectan su propia órbita de interés y no la de otro, como cuando el titular es el causante de su propio daño, porque hace uso de un bien consumible o destruye su propio derecho o renuncia a él. Igual sucede con la destrucción o disminución de un interés de manera espontánea y sin la intervención de elemento alguno que haga parte del interés de un tercero (sustancias de combustión espontánea o patologías congénitas en personas o animales), o cuando un bien o derecho pro-

²¹ Reglero Campos, L. Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, p.163.

prios afectan otros intereses propios (el perro propio que mata al gato propio, o la matera que cae y daña el piso de la construcción).

Pero tarde o temprano se presentará la interferencia entre las órbitas de interés de diferentes sujetos responsables y de la misma manera que sucede con el ejemplo de las interferencias planetarias, algún elemento de interés sale afectado o eliminado, y así como dos cuerpos que pretenden ocupar un mismo lugar en el espacio terminan colisionando y destruyéndose uno a otro o afectándose ambos parcialmente, en materia jurídica cuando dos intereses contrapuestos tratan de ocupar el mismo puesto se presenta una colisión que afecta uno o varios de los intereses jurídicamente tutelados.²²

La interferencia será mínima e intrascendente cuando se trata de una inocua relación entre sujetos que pasa desapercibida, como un saludo o cualquier gesto grato, o acciones que son absolutamente toleradas como parte del sistema cultural, como las miradas al sujeto y sus bienes en pública exposición o un contacto corporal accidental.

En otros casos se produce una afectación real y cuantificable de intereses, pero de escasa entidad o gravedad que no ameritan tomar alguna acción jurídica para su reparación (a no ser que se trate de individuos especialmente susceptibles), como no ceder oportunamente el paso a un peatón que lo requiere, realizar una molesta algarabía diurna en un lugar público, o actuar con descortesía en el medio en que uno se desenvuelve, que no tiene más efecto que el desagrado pasajero de los demás ciudadanos (o hasta provocar un insulto).

Más allá habrá una lesión, es decir, un menoscabo patrimonial que habilita al afectado a reclamar que cese la interferencia y se le repare su pérdida.

6. INTERFERENCIAS LEGÍTIMAS

De aquí que el legislador y la ciencia del derecho hayan intentado delimitar la responsabilidad de diferentes formas en correspondencia con sus ideas fundamentales. Para la responsabilidad del tenedor de un animal se exige que el daño haya sido causado por un comportamiento tal del animal que se base en su peculiar naturaleza irracional.



²² A veces la interferencia ocurre de un modo tal que los dos intereses en choque resultan irremediablemente afectados, con perjuicio de los dos titulares.

Además el mal empresario de ferrocarriles no responde cuando el accidente dañoso ha sido debido a “fuerza mayor”, o el conductor del automóvil motivó el accidente por un “suceso inevitable”, no debido “ni a defectos en el estado del vehículo ni a fallos de su funcionamiento”. En todas estas fórmulas, por dudosa que pueda ser su significación en el caso concreto, se expresa la aspiración a delimitar la imputación del daño en el ámbito de la responsabilidad del obligado en correspondencia con la idea fundamental de dominación o control del peligro y la particularidad del riesgo específico que sobre él recae. Por ello las mismas no pueden tampoco ser entendidas o consideradas como simples excepciones, sino que lo han de ser como frontera inmanente entre una prudente responsabilidad por riesgo respecto de que, en principio no es posible renunciar a la ley, aunque puede llegarse a un perfeccionamiento ulterior.

K. Larenz²³

Quien por virtud de la interferencia de órbitas resulte afectado en su propio interés, tendrá derecho a obtener reparación, a menos que el sujeto responsable pueda probar alguna situación que hace ajustada a derecho la actuación y, en consecuencia, el titular del interés jurídico afectado debe asumir como suya la pérdida.

- *La ley es la primordial razón para convalidar una interferencia entre intereses. Todos los deberes jurídicos, las obligaciones legales y los mandatos del legislador que imponen a un particular el sacrificio de su interés en favor de un particular o del Estado, o confieren una ventaja a cargo de uno para beneficio de otro, son interferencias legítimas –prestación de alimentos, servidumbres, tributos, etc.–.*

En este punto no debemos olvidar que no todos los derechos reconocidos por la ley tienen la misma jerarquía y, en ocasiones, alguno cede o se subordina en su ejercicio a otro que prima haciendo legítimo el sacrificio del interés de otro. Ha sido la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional, la que ha hecho notar que en el enfrentamiento de derechos fundamentales, habitualmente uno termina doblegando al otro, pero sólo habrá legitimidad cuando el derecho que impera es el subordinante y no al contrario.



²³ Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 666 y 667. Trad. de Jaime Santos Briz.

- La *voluntad contractual* legitima el que un elemento de una órbita de interés someta y elimine todo o parte del interés de otro. En este caso, es el mismo afectado el que consiente en el sacrificio, ya por razones puramente generosas –actos gratuitos–, ya por obtener otra cosa de su interés –actos onerosos–. En un contrato bilateral oneroso, el monto del sacrificio mutuo se mira como equivalente.²⁴
- Habrá interferencia legítima cuando es el puro acaso o el álea –con las características de imprevisibilidad e irresistibilidad y sin condicionamiento alguno– el que enfrenta dos o más órbitas de interés con el consiguiente sacrificio de alguno de ellos, sin que se derive para la otra parte ventaja alguna. Cuando una fuerte avenida o una sorpresiva inundación o un sismo arroja el objeto de un individuo (o el individuo mismo) contra una persona que pasa por allí y le causa lesiones, no existe ilegitimidad en esa interferencia de intereses y puede decirse que en estos casos un elemento de interés es utilizado por la naturaleza para ocasionar daño a otro.²⁵

Los comportamientos irracionales (animales, dementes, infantes),²⁶ se mirarán como fortuitos, y la interferencia que generen será legítima si no es posible evitarla, lo mismo que el vicio propio de las cosas que afecte elementos de la órbita de terceros,



²⁴ No se trata de una alusión estilo perogrullo, porque si llega a hacer carrera la idea de que todo daño ocurrido por interferencia de órbitas que no tengan respaldo jurídico debe ser indemnizado, tendríamos una teoría general para la reparación del daño a quienes salen defraudados en un negocio (sin su culpa, claro, y sin dolo de la otra parte), fuera del estrecho campo de la lesión enorme. Si el Estado contara con una herramienta así, en lugar de desperdiciar el tiempo tratando de establecer la comisión de delitos o confabulaciones entre funcionarios públicos y contratistas, en esos contratos donde termina pagando mucho más del valor real, o recibiendo solamente una porción de lo que le corresponde, simplemente accionaría para la repetición del exceso o la compensación por el faltante porque su órbita de interés terminó afectada y no hay razón que valide esa interferencia.

²⁵ Es necesario tomar en cuenta que cuando un hecho es producto de una gran cantidad de circunstancias, alcanza el carácter de fortuito, así eventualmente participe la voluntad de uno o algunos. Es clásico el ejemplo del sujeto que impide a su invitado abandonar la casa en el momento programado, con el fin de poder continuar la juerga, y al otro día el amigo toma el avión que termina estrellándose. Shakespeare fue el sumo maestro en identificar y dar vida a este tipo de situaciones, que para los clásicos griegos era simplemente la intervención de voluntades divinas.

²⁶ Ulpiano decía: “Y por esto preguntamos, si un furioso hubiere causado el daño, ¿habrá la acción de la ley Aquilia? Y Pegaso dijo que no; porque ¿qué culpa habría en él, no estando en su juicio? Y esto es muy valedero; cesará, pues, la acción de la ley Aquilia, así como no es aplicable la ley Aquilia si un cuadrúpedo ha causado el daño, o si hubiere caído una teja. Pero también si un infante hubiere causado el daño, deberá decirse lo mismo...” (D. IX, II, 5, § 2). Los hermanos Mazeaud (*op. cit.*, Nos 448 y ss.) hacen una enfática defensa de la necesidad de imputar culpa y, por ende, responsabilidad al demente, y llegan a sostener que la inimputabilidad del demente es una creación de la doctrina; pero no compartimos esa teoría porque si ellos respondieran directamente no tendrían por qué ser incluidos en la órbita de padres y guardadores.

cuando no es posible detectarlo con la diligencia debida. Con todo, si hacen parte de la órbita de otro, por disposición legal o de hecho, ese otro tendrá que hacer la reparación.

Si un elemento de la órbita de “*Primus*” es utilizado por “*Secundus*” como instrumento para interferir la órbita de interés de “*Tercius*”, se tomará esa interferencia como un simple acaso respecto de “*Primus*”, siempre que esa utilización haya sido hecha sin el consentimiento expreso o tácito suyo o por no atender correctamente al cuidado de sus cosas. Si el ladrón violentando las cerraduras roba un auto y con él atropella a alguien, no habrá responsabilidad del dueño del vehículo, pero si éste dejó las llaves en el auto y las puertas francas, tendrá que responder como lo han sostenido las cortes.

No debe olvidarse que la ley, en algunos casos expresamente consagrados podrá negar la legitimidad a la interferencia derivada del acaso, como aquellos de responsabilidad objetiva plena, en los que se impide a determinado sujeto alegar fuerza mayor o causa extraña como eximente de responsabilidad.²⁷

- Así mismo, será legítima la interferencia dañina producida por la actuación directa de un sujeto, *cuando no se pueda exigir al titular de la órbita proceder en forma distinta*, porque ello lo llevaría a contrariar su propia naturaleza. Un ataque grave e injustificado que infunda un justo temor, produzca “extrema ira e intenso dolor”, o coloque a un individuo en situación de indefensión y que ocasionen que el individuo reaccione causando un daño, no da lugar a responsabilidad. No puede haber regla de conducta que obligue a contrariar la naturaleza, porque es exigir lo imposible.

Las reacciones del sujeto que ha traspasado ese incierto lindero de la razón (fobias y depresiones severas o trastornos del comportamiento inducidos por fármacos o alcohol) hacen parte del acaso y no de la aquí mencionada “inexigibilidad de otra conducta”, pero no serán legitimables cuando la ley así lo consagre como sucede con las conductas mentales preordenadas del derecho penal, el ebrio



²⁷ El “riesgo de desarrollo” es considerado fortuito y legítimo en el sistema comunitario europeo. Pero en aquellos países como Estados Unidos (o la misma Francia), que obligan a pagar los daños causados por el riesgo de desarrollo, no se tendrá como eximente la ignorancia inculpable de los potenciales efectos dañinos.

voluntario (o el que ha ingerido drogas psicoactivas) a que alude el artículo 2345 del Código Civil, o las actuaciones del sujeto que por su propia voluntad o descuido termina en condición de inimputabilidad (el doctor Jekyll que no evita acercarse a la situación que lo convierte en mister Hyde).

- La interferencia entre órbitas de interés de un sujeto será legítima cuando afecte un elemento de otra órbita que sea ilegítimo. Recordemos que no todo lo que un individuo encuentra de su interés recibe el respaldo del ordenamiento jurídico. Así, no se puede llamar ilegítima interferencia en la órbita de interés al decomiso que hace el Estado a bienes obtenidos como fruto de un delito, o la acción tendiente a impedir una conducta abusiva, como la defensa propia, o la colocación de un sistema contra robo que eventualmente pueda inferir daño al ladrón. Pero esta figura no llega a cobijar las acciones ilegítimas que pretenden entorpecer o corregir la actuación ilegítima de otros (porque nosotros no tenemos ya el llamado “*dolus bonus*” de los romanos), el exceso en la legítima defensa, ni la justicia por propia mano, ni los mecanismos salvajes de protección de los intereses.
- Finalmente, habrá legitimidad en la interferencia cuando el afectado la acepta o renuncia a su posibilidad de reclamar, salvo que un tercero pueda hacer esa reclamación directamente en su propio interés (art. 2342 CC), o tenga acción para sustituir al afectado (acciones oblicuas o subrogatorias [art. 2489 CC], acciones especiales de los socios frente a los administradores [Ley 222/95], etc.) o cuando esté prohibida la renuncia (art. 15 CC).

7. REPLANTEAMIENTO DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

La materia de las obligaciones de reparación extracontractual es contemplada en el Código de Rusia en un capítulo especial, el llamado “Obligaciones originadas en daños causados a otro”.

El artículo 403 declara abiertamente:

“Aquel que causa un daño a la persona o a los bienes de otro está obligado a repararlo”.

Es, como se ve, en términos amplios, la consagración del riesgo. Pero de inmediato nos desengaña en cuanto al alcance de la norma, estableciendo que el autor del daño se libera de la

obligación cuando pruebe que no podía evitarlo, que tenía poder legal de causarlo o que se produjo en consecuencia de dolo o de negligencia grave de la propia víctima.
J. de Aguiar Días²⁸

A pesar de la queja del profesor brasileño De Aguiar Días al referirse al Código Civil de Rusia, esa fórmula es precisamente la que corresponde cuando se elimina la culpa del agente como requisito de la responsabilidad.

Podríamos decir que son elementos esenciales de la responsabilidad: la *interferencia lesiva* entre órbitas de interés y la ausencia de una *norma de amparo* que valide esa interferencia.

Cuando nos enfrentamos a un daño, la legitimidad o justificación aparece como una excepción –real y procesal– y no como una regla, por eso la reparación es la consecuencia necesaria a menos que el elemento responsable de la órbita de interés que ocasionó el daño tenga a su favor alguno de los factores que hacen legítima la interferencia y, por ende, obligan al afectado a asumir su pérdida.

Si se observa con cuidado la realidad así funciona el sistema: un sujeto que se siente afectado presenta una reclamación judicial o extrajudicial contra quien, en su concepto, le causó el daño, y el demandado para exonerarse de responder tendrá que demostrar que el daño no fue ocasionado por algún componente de su órbita de interés o que éste fue apenas un instrumento para que un elemento de otra órbita causara el daño, o definitivamente prueba que se encuentra en alguna de las causales justificativas (ya no exculporias) que trasladan al afectado la pérdida.

Ya en el aspecto probatorio no todo será tan sencillo, porque la determinación precisa de las órbitas de interés de cada elemento responsable en la sociedad que, como lo hicimos notar, depende de una serie de elementos variables en cada momento y circunstancia, por razón de las concepciones políticas y del desarrollo cultural.

También se vislumbran serias dificultades de identificación de la órbita de interés causante de daño y la incidencia que tiene en la magni-


²⁸ De Aguiar Días, José, *Tratado de la responsabilidad civil*, Editorial José M. Cajica Jr., 1996, p. 103. Trad. de Juan Agustín e Ignacia Moyano.

tud del mismo, cuando han concurrido varias circunstancias que incidan en la producción de éste. Tendremos que plantear el concepto de la “múltiple interferencia” en las órbitas de interés (parecido a la concausalidad de las fórmulas habituales de responsabilidad) para poder explicar esos casos en donde elementos de varias órbitas concurren a sacrificar el interés de alguien, pero tenemos la ventaja de haber encontrado el concepto de órbitas de interés colectivas que pueden permitirnos dar algunas respuestas.

Será necesario también referirnos a las “interferencias en cascada” que se presentan cuando alguien facultado para actuar sobre la órbita de otro (representante o sustituto) la utiliza de manera que causa un perjuicio a un tercero, porque en este caso el afectado reclamará la reparación al titular de la órbita que causó la interferencia, quien podrá a su turno reclamar al primero la reparación –acción de repetición–. En algunos casos la ley facultará al afectado para dirigir su acción directamente contra el sujeto que ocasionó la interferencia entre dos órbitas de interés que no son la suya propia, como sucede en el caso de las acciones de responsabilidad por el dolo o la culpa grave del empleado público, cuando el afectado, a su elección, puede accionar contra el empleado abusivo o contra el Estado.

Siempre será un quebradero de cabeza para un juez, cualquiera sea la teoría que pretenda usar para explicar la responsabilidad, el clásico ejemplo de un individuo que se desplaza por una calle con un amigo, y que por hacer una broma lo empuja hacia la calle, por donde circula a excesiva velocidad un vehículo que lo atropella, dejando algo herido al peatón que es recogido por una ambulancia, la cual es desviada a su turno por un conductor imprudente que ocasiona un choque, donde nuestro malhadado paciente recibe serios traumatismos que no pueden ser atendidos en debida forma por el médico de la clínica a causa de haber ingerido licor, lo que en últimas lleva al individuo a la pérdida de varios órganos.

La ventaja que le vemos a la teoría expuesta es que la víctima se limitará a demostrar el daño recibido y dirigirá su acción contra el titular de la órbita de interés que objetivamente aparezca como causante de la interferencia que produjo la lesión, demostrando cómo interfirieron con la suya para ocasionar ese resultado (nexo causal). El elemento responsable contra quien se dirige la acción podrá, si lo estima conveniente, involucrar a los titulares de las otras órbitas de interés en la producción del daño, para compartir y repartir la indemnización correspondiente.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

8. EL RIESGO DE ACTUAR Y LA GARANTÍA

Según el profesor Stark, la discusión entre la teoría del riesgo y la de la culpa es un falso dilema, debido a que el problema ha sido mal planteado, ya que tanto la una como la otra sólo han mirado desde el punto de vista del agente que causó el daño. Más adelante agrega: "Esta manera de razonar es incompleta, porque omite el punto de vista de la víctima. Ahora, por hipótesis, la víctima del daño ha sufrido un atentado a sus derechos. Cada uno tiene derecho a su vida y a su integridad corporal así como la de sus allegados, a la integridad material de los bienes que le pertenecen, y, más generalmente, a su seguridad material y moral. Esos derechos, es cierto, no son definidos y consagrados por la ley, pero no se podría desconocer su existencia sin negar los imperativos elementales de la vida social".

Luego se pregunta: "Si esos derechos existen, ¿no deben ellos ser protegidos, es decir garantizados por el derecho?"

Y los daños que uno sufre por el hecho ajeno: heridas, muerte, destrucción de objetos, etc., ¿no son también atentados a esos derechos? Ahora, el atentado a un derecho protegido es una razón suficiente para pronunciar una sanción. Esta sanción no es otra que la obligación de reparar, es decir, la responsabilidad de quien ha causado el daño, si en esa forma atenta contra los derechos del otro.

J. Tamayo Jaramillo²⁹

¿Cuál es el fundamento para que cada vez que haya una interferencia entre órbitas de interés sea necesario reparar, a menos que se deba a un evento legítimo?

Pues hay que volver al principio y revisar la situación del ser humano como elemento individual, único y autónomo, enfrentarlo a su condición como elemento grupal o corporativo, recordando que el apoyo mutuo nos obliga a sacrificar muchos intereses individuales en pro de los de terceros, si queremos obtener las ventajas de la vida en comunidad. Como el sujeto no puede encerrarse en su concha y mantenerse así, sino que siempre estará interrelacionándose con otros sujetos poniendo en movimiento sus propios intereses, puede enfrentarlos y chocar con los intereses ubicados en la órbita de interés de otros.

El cambio profundo del concepto de la obligación de reparar aparece aquí y es precisamente que quien se sale de su propio entorno, cualquie-



²⁹ Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo I, Bogotá, Temis, 1986, p. 23.

ra que sea su razón, queda en posibilidad de dañar y de hacerlo tiene que reparar. No puede el derecho evitar que los seres humanos actúen e interfieran con los demás, pero no deja de advertir que esas actuaciones pueden ser potencialmente perjudiciales y por eso le recuerda a los asociados que producido un daño será necesario asumir su reparación.

Cualquier interferencia dañina será fuente de responsabilidad y, con ello, ya no tenemos que fijarnos en la conducta adoptada por el elemento responsable, ni siquiera determinar si se debe a una conducta suya, ya que la interferencia dañina muchas veces puede provenir de una situación de hecho (el siniestro en el riesgo creado), e incluso de una actuación del afectado mismo (el pago de lo no debido), y hasta de una circunstancia inevitable (la reparación por cargas sociales injustificadas).

La convivencia social impone el sacrificio del interés individual en pro del interés de los demás, pero este sacrificio sólo será válido y justo en la medida en que sea necesario o inevitable. Toda prevalencia del interés propio que implique afectar el del vecino, en cualquier forma que no esté respaldada por las reglas de la comunidad, debe ser eliminada para restablecer el equilibrio o defender la individualidad. O, en argumento contrario, nadie ni nada debe afectar mi interés individual salvo en aquellos casos en que las reglas de la comunidad así lo autorizan.

No se necesita ser un genio para entender que eso es simplemente la carga de solidaridad y de respeto hacia los semejantes, presente únicamente en las sociedades humanas. La necesidad de reparación de una órbita de interés afectada de una manera no respaldada por el derecho, entonces, no está motivada simplemente por la necesidad de eliminar un elemento disociador (promotor de desorden y conflicto), sino en reconocer en todos y cada uno de los seres humanos su propia individualidad, libertad, bienestar y dignidad, que merecen respeto y protección.³⁰



³⁰ Y metiéndome en el campo de la filosofía, recordemos que toda especie gregaria no humana está provista de mecanismos para detener el desorden provocado por la individualidad de los sujetos que no cumplen las reglas comunes (habitualmente es la eliminación de los mismos como elementos anormales). Al contrario de nosotros, los humanos, que reconocemos la importancia de la individualidad y nos limitamos a exigir el sacrificio voluntario de ésta a favor de la acción en grupo, es decir, promovemos la solidaridad antes que proclamar el espíritu de manada. Ya nos contarán los penalistas y criminólogos cuáles son los mecanismos para “presionar” a un sujeto para que adopte la conducta social adecuada, o la forma de corregir el individualismo patológico de algún sujeto; los demás nos conformamos con buscar sistemas para evitar que unos tengan que soportar plegarse a los intereses de otros, cuando no sea estrictamente necesario.

9. EPÍLOGO

Para que una fórmula teórica como la expuesta tenga alguna validez es necesario poder integrarla con el resto de las concepciones fundamentales del sistema jurídico, y eso era lo que echaban de menos los pacientes colegas y alumnos a quienes importunaba de continuo con mis apreciaciones; en especial una teoría del derecho subjetivo que tuviera como eje principal el interés del sujeto; abandonando, en la medida de lo posible, el esquema ordinario de la relación jurídica conformada por *sujeto activo* con un poder o facultad de exigir a un *sujeto pasivo* (con un deber o carga) un tipo de comportamiento respecto de algún bien o ventaja *–objeto–* ligados por una regla jurídica que le imprime validez a la ecuación *–vínculo jurídico–*.

Es seguro que desde el momento mismo en que se conformaron las primeras civilizaciones, lo que hoy llamamos derecho subjetivo era simplemente el reconocimiento jurídico de un interés a algún sujeto de derecho, con exclusión de cualquier otro (especialmente los bienes). Pero a medida que evolucionó el pensamiento jurídico, las apreciaciones sobre la naturaleza del derecho subjetivo cambiaron sustancialmente.

9.1 Evolución del concepto de las relaciones jurídicas —derechos subjetivos—

Del derecho francés renacentista se aprendió que la regla jurídica *–además de ser la rectora de conductas humanas–* legitimaba las relaciones de un individuo con su entorno social permitiéndole obtener provecho de las cosas y personas, siempre que esas relaciones se produjeran bajo ciertas condiciones determinadas (los derechos subjetivos). En pocas palabras, la norma jurídica permitía y respaldaba aquellas relaciones entre un sujeto de derecho y un bien material o inmaterial *–el derecho real del artículo 665 del CC–* o establecía y validaba las relaciones de ventaja o poder de un sujeto de derecho frente a otro sujeto de derecho que tenía la carga de beneficiarlo *–el derecho personal del artículo 666 del CC–*.

La fórmula era clara y coincidente con la observación cotidiana: un sujeto encuentra una *res nullius*, compra un bien o moldea un objeto de arte y lo hace suyo con el respaldo de la norma (se establece un vínculo entre sujeto y cosa), lo cual le permite hacer con esos bienes lo que le plazca dentro de unos límites más o menos amplios. Un individuo, por

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 156-193, enero-junio de 2005

su voluntad o por mandato legal, termina con la carga de proporcionar a otro una ventaja (un vínculo jurídico persona-persona) de modo que el primero queda facultado para exigirla, en la generalidad de los casos, con el concurso de la fuerza legítima ejercida por la autoridad.

Pero los estudiosos del derecho no quedaron tranquilos con esa explicación por la distancia insuperable entre los dos tipos de derechos y porque al referirse al derecho real planteaba la existencia de relaciones persona-bien que son simplemente relaciones físicas o materiales extrañas del todo al ordenamiento jurídico que únicamente regula conductas humanas.³¹

Las relaciones reguladas por el derecho, necesariamente han de ser persona a persona. Luego de mucho pensar el tema cayeron en cuenta de que en el derecho real sí existe el sujeto pasivo que hacía falta para enfrentarlo al sujeto activo o titular del poder o ventaja, y ese sujeto no era otro que todo individuo de la sociedad el cual, por mandato legal, tiene que adoptar una actitud –siempre pasiva– de no interferir con la ventaja del titular; de no entorpecer el disfrute de esa ventaja. Se restablece así la uniformidad: todo derecho subjetivo tiene, entonces, un titular de un poder o facultad (sujeto activo), un sujeto pasivo (singular o colectivo) y un elemento de ventaja sobre el cual recae la relación, amparada esa relación por una norma jurídica.

Los sujetos pueden ser simples o múltiples, la conducta exigida a los sujetos pasivos puede ser una acción o una abstención, pero en lo esencial se cumple el esquema de la relación interpersonal. Si se trata de derechos subjetivos absolutos (derechos reales, derechos humanos y derechos colectivos), el titular goza de su ventaja de manera inmediata y se crean un cúmulo de vínculos entre el sujeto activo frente a los sujetos pasivos de la relación, que son los demás miembros de la sociedad, los cuales simplemente tienen que limitarse a no interferir la ventaja que se reconoce al sujeto activo. Si se trata de derechos relativos (derechos personales u obligaciones), la ventaja del sujeto activo es mediata y sólo puede obtenerla de la acción (o *cooperación*, como lo denomina E. Betti)³² del sujeto pasivo o sujetos pasivos que tienen la carga de proporcionársela.



³¹ Planiol, Marcel y Ripert, George, *Tratado elemental de derecho civil*, tomo III, No. 2160, México D.F., Cárdenas Editor, 1983, p. 22.

³² Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 1 a 22.

El sistema de los derechos subjetivos queda bastante bien explicado en esa forma, pero ¿se han fijado que nos toca aceptar que, en los derechos absolutos se genera una trama de relaciones permanentes y numéricamente infinitas –absolutamente ideal e imposible en la práctica– donde por cada objeto de interés, el titular termina imperando sobre todos sus semejantes? Cómo explicar que en una sociedad puedan darse ese tipo de relaciones, si no es haciendo del derecho un sistema puramente abstracto e ideal, en el que, de paso, pueda tener cabida cualquier ocurrencia de los imaginativos humanos.

Pero hay otra manera de apreciar el asunto.

9.2 La regla jurídica tutela intereses

Las reglas jurídicas son presupuestos ideales de comportamiento de los seres humanos, expresadas con mayor o menor detalle, que sirven para determinar cómo actúa cada sujeto de la sociedad, en una forma justa, pacífica y promotora del bienestar y desarrollo individual y colectivo. La norma jurídica se limita a plantear una situación abstracta y general –un supuesto de hecho que considera relevante (si se da A)–, y a proponer aquello que estima debe ocurrir (*debe ser B*), determinando, finalmente, la consecuencia que se deriva de no cumplirse la proposición³³ (de no ser B, será S).

Vivir en comunidad, decíamos, permite a los seres humanos obtener una cantidad de ventajas, reconocidas y respaldadas por las normas, que podemos denominar *intereses* jurídicamente tutelados individuales, colectivos y públicos, tanto patrimoniales como extra patrimoniales –el entorno personal y familiar, el bien propio, lo que me deben, la tranquilidad, la salud, el medio ambiente sano, etc.–. Las reglas jurídicas que consagran derechos subjetivos se limitan a reconocer una situación de ventaja o de interés en favor de alguien que puede sacar el provecho autorizado y que en el evento de lesionarse o interferirse por otro, ocasionará una consecuencia jurídica que por lo general estará ligada al restablecimiento del beneficio a su titular.

³³ Hay quienes opinan que al ser la norma un “criterio de valoración” o juicio normativo se acabó con el concepto de “imperativo” que ordinariamente se le atribuía (y descalifican, de pasada, al gran Giorgio del Vecchio); pero esto parece una exageración, porque ese juicio de valor ejemplariza una situación que espera que todos cumplan, y pone de presente las consecuencias que se derivan de la violación, lo que en últimas lo convierte en un mandato de forzoso acatamiento.

Ahora bien, no es difícil reconocer que cuando se cumple precisamente el supuesto hipotético que constituye el meollo de la norma –el supuesto fáctico y el deber ser que se deriva de éste–, la situación se integra al curso ordinario de la sociedad y pasa desapercibida para el sistema de control social –político jurídico–. Cualquier actuación humana, cualquier relación entre individuos, ordinaria y ajustada a los parámetros establecidos en las reglas bien puede denominarse una actuación o relación estrictamente social, comprendida dentro de los límites propios de la libertad de obrar. Para el derecho, ya vimos, es igual de intrascendente un saludo cordial entre dos individuos, que un acto absolutamente privado (hechos y actos indiferentes al derecho); como también le es indiferente el uso y goce de los bienes propios o de terceros dentro del límite de lo tolerado; una compraventa de acciones por valor de muchos millones, que se cumpla en la forma prevista por las partes, o el que millares de vehículos se desplacen en un momento dado sobre una vía, en el sentido que ordenan las reglas de tránsito.³⁴

Pero cuando se quiebra el imperativo legal, es decir, cuando se afecta ese interés o se impide obtener la ventaja que le reconoce la norma a su titular, aparecerá la necesidad de reparar, lo cual da origen a la verdadera relación jurídica entre el lesionado y el lesionante. El supuesto hipotético contenido en la norma no se cumplió por alguien y ello da lugar a la consecuencia prevista en la norma “en función de la realización de tal interés”.³⁵ Aparece el verdadero poder o imperio de un sujeto frente a otro que le permite obtener la ventaja propia de la cual ha sido ilegítimamente despojado, recurriendo, si es del caso, a la fuerza proporcionada por el sistema de autoridad política.

Los contratos no serían en estricto derecho generadores de relaciones jurídicas (obligaciones) sino apenas elementos reguladores generados por los agentes y, por ende, normas de amparo para la interferencia perjudicial entre órbitas de interés que si se cumplen pasan desapercibidas, pero que si se transgreden y afectan a los contratantes o terceros dan lugar a la responsabilidad.



³⁴ Esto explica por qué no notamos la multitud de negocios jurídicos que celebramos diariamente, y nos permite entender por qué prestamos igual atención al afectuoso abrazo que cotidianamente damos a nuestros allegados, que al contrato de compraventa del café matutino o el contrato de transporte que nos conduce a nuestro lugar de trabajo.

³⁵ Breccia, Humberto y otros, *Derecho civil*, tomo I, Santafé de Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 353. Trad. de Fernando Hinestrosa.

Reiteremos, entonces, que en todo derecho subjetivo la norma jurídica se limita a reconocer para un individuo en una situación dada un interés o ventaja que no debe ser interferida y, en el evento de que se presente tal interferencia, determinar una consecuencia que es la obligación de indemnizar; ahora sí se puede hablar con precisión de una relación o vínculo jurídico.

La teoría de la responsabilidad que hemos expuesto se centra en la identificación de las diferentes causas de interferencia a los intereses, y a proponer una fórmula general que permita establecer cuándo hay lugar a la consecuencia jurídica de reparación. Y, por cierto, la solución propuesta tiene un fundamento normativo de arraigada estirpe; ese trillado principio *neminem lædere*.

Y hasta podemos enunciar la regla pertinente: aquellas ventajas que constituyen la órbita de interés de un sujeto de derecho (presupuesto fáctico) podrán ser disfrutadas por su titular sin interferencia alguna dentro del límite propio de tal interés (proposición normativa); la interferencia del disfrute de esa ventaja por un elemento de la órbita de interés de otro u otros sujetos de derecho, deberá ser indemnizada por el titular o titulares de la órbita invasora, a menos que tal interferencia se encuentre justificada en los términos de la ley (consecuencia jurídica), un retoque apenas del artículo 403 del Código Civil ruso.

A partir de aquí se tendrá que reformular buena parte del sistema jurídico y, siguiendo a Josserand, no dejemos que la tradición nos impida vivir la nueva época.