

La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*

Fabricio Mantilla Espinosa

D:E:A. Derecho Privado General (Universidad París II)

Profesor y Coordinador de la línea de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Francisco Ternera Barrios

Abogado especialista en Derecho Privado, Profesor en

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO y

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, COLOMBIA

“Nuestras palabras, usadas tal como las usamos en la ciencia son recipientes capaces de contener y transportar significado y sentido, significado y sentido *naturales*. La ética, de ser algo, es sobrenatural, y nuestras palabras sólo expresan hechos, del mismo modo que una taza de té sólo podrá contener el volumen de agua propio de una taza de té por más que se vierta un litro en ella.”

La influencia del derecho francés en nuestro sistema de normas de indemnización de perjuicios extracontractuales es innegable; no sólo se ha manifestado a través del *Code Civil*, principal inspirador de don Andrés Bello en la redacción de los textos que regulan la materia, sino que, además, la doctrina francesa ha constituido, tradicionalmente, la principal fuente de inspiración de nuestra jurisprudencia en su labor interpretativa.¹

Ahora bien, el objetivo de este ensayo no es establecer un paralelo entre los regímenes de indemnización de perjuicios extracontractuales existentes en el derecho colombiano y en el derecho francés, ni, mucho menos, pretender sistematizar (si es que se puede hacer) la influencia de la doctri-

* Todas las citas de textos en francés son traducciones libres de los autores.

** Wittgenstein, Ludwig. Conferencia sobre ética. Ed. Paidós, Barcelona, 1990, p. 37.

¹ Sobre la importación de modelos jurídicos extranjeros, consúltese: Agostini, Eric. *La circulation des modèles juridiques*. RIDC, Paris, 1990, pp. 461 a 467.

na francesa en nuestras decisiones jurisprudenciales.² Nuestra única intención es tratar de dar cuenta del estado actual del derecho colombiano, en lo que respecta a las normas indemnizatorias que consagran la noción de culpa como elemento constitutivo e igualmente determinar el verdadero alcance de la influencia del derecho francés en la materia.

Dentro de esta perspectiva, es importante precisar que, tanto en el Código Civil colombiano como en el Código Civil francés, las referencias a la culpa se encuentran en casi todos los artículos sobre responsabilidad extracontractual y en el título mismo de los capítulos correspondientes a dicha materia.³ Sin embargo, en la evolución legal y jurisprudencial que ha sufrido el derecho francés desde mediados del siglo XX, las referencias a la culpa han, prácticamente, desaparecido de ciertas normas indemnizatorias, para así dar lugar a la consagración de nuevos regímenes de responsabilidad conocidos como "objetivos". Mientras que, en el derecho colombiano, hemos pretendido alcanzar los mismos resultados de redistribución y colectivización de los riesgos propios de nuestra sociedad moderna, manteniendo la palabra "culpa" en la formulación de las disposiciones de indemnización de perjuicios extracontractuales, pero deformando completamente su sentido como *juicio de valor*.

Antes de comenzar el análisis específico de la normatividad colombiana, es importante precisar que "culpa" antes que todo es una palabra y que, como tal, su significado depende de los distintos usos⁴ que de ésta se haga dentro de los diferentes lenguajes particulares.⁵ Así, en el lenguaje de la indemnización de perjuicios extracontractuales del derecho civil, el legislador se limita a servirse de las palabras "delito" y "culpa" sin dar una definición específica de éstas;⁶ su significado debe ser entonces delimita-

² Para establecer los puntos en común y las diferencias existentes entre las distintas formulaciones normativas sobre responsabilidad extracontractual, en los dos sistemas jurídicos, recomendamos consultar: Pérez Vives, Alvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen II, Parte primera Ed. Temis, Bogotá, 1954, pp. 65 ss.

³ Véase el Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil colombiano (arts. 2341 a 2360) y el Capítulo II, Título IV del Libro Tercero y Tercero-bis del *Code Civil* (arts. 1382 a 1386-17).

⁴ "El significado de una palabra es su uso en el lenguaje". Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, p. 61 proposición 43.

⁵ El sentido de las palabras depende del uso que se haga de éstas dentro de cada contexto determinado. Así, las palabras y expresiones jurídicas tienen su propio sentido (atribuido por los juristas), el cual puede ser diferente al establecido por el uso ordinario de las mismas, o por su utilización dentro del lenguaje propio de otras disciplinas. Y los sentidos atribuidos por los juristas a cada palabra pueden igualmente variar de una rama a otra del derecho, y aun de una materia específica a otra dentro de la misma rama. Al respecto consúltese: Silva Romero, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. Ed. PUF, coll. Droit, éthique et société, Paris, 2002, pp. 63 ss. y 250 ss.

⁶ A diferencia de lo que sucede en materia contractual, en donde el legislador colombiano (art. 63 C.C.) define el dolo y tres especies de culpa que sirven, principalmente, para agravar o aligerar la responsabilidad del deudor contractual incumplido, de acuerdo con la utilidad que reciban las partes del contrato celebrado (art. 1604 C.C.).

do en relación con las expresiones “dolo”, “fraude”, “comportamiento de modo impropio”, “mala intención”, “malicia”, “negligencia”, “imprudentemente”, “sin las precauciones necesarias”, “cuidado”, “prudencia”, “descuido”, “falta de diligencia”, etc., utilizadas tanto por el legislador⁷ como por la jurisprudencia⁸ para tratar de precisar su sentido.

Vemos cómo “culpa” y “delito” no son expresiones descriptivas que se limitan a enunciar meras situaciones de hecho ni a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos,⁹ sino palabras que se usan para expresar un *juicio de valor* sobre una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad.¹⁰ Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por dichos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva.¹¹

Las disposiciones del Código Civil y, principalmente, el uso que le dan los jueces a la palabra “culpa” nos permiten hacernos una idea de los casos en los cuales se considera un comportamiento concreto como culposo. Así, se estimaron culposos los siguientes comportamientos: el del conductor de un furgón que, sin licencia de conducir y en avanzado estado de embriaguez, colisionó contra un automóvil que se encontraba debidamente parqueado en zona urbana,¹² el comportamiento de la empresa administradora de un peaje que omitió realizar las obras necesarias para mantenerlo debidamente iluminado en la noche,¹³ el *error técnico* de la persona que temerariamente interpone una denuncia por estafa en un asunto de clara naturaleza civil¹⁴ y la equivocación del empleado bancario que realizó consignaciones en la cuenta de un cliente, las cuales dieron lugar a la sindicación de este último por peculado, y a su detención preventiva.¹⁵

⁷ Arts. 2343, 2344, 2346, 2348, 2349, 2353, 2355, 2356, 2357 y 63 C.C.

⁸ Consúltese, a manera de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 15/05/1992. M.P. Alberto Ospina Botero G. J., número 2455 pp. 397., y C.S.J. Cas. Civ. 16/07/1985. M.P. Horacio Montoya Gil, G. J., número 2419 p. 139.

⁹ Véase: Nakhnikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1998, pp. 48 y 49.

¹⁰ Al contrario de lo que sucede en el lenguaje particular de la indemnización de perjuicios del Derecho Civil, en el lenguaje ordinario se suele utilizar la palabra “culpa” con sentido *descriptivo*, como sinónimo de *causa*, en frases como: “*los derrumbes se produjeron por culpa de las lluvias*”; y con un sentido *judicativo* en la expresión “*hacer algo sin culpa*”, cuyo significado es próximo de “actuar sin mala intención”. Por ejemplo, Fulano le presta su pluma a Zutano, sin advertirle que la válvula de la tinta se encuentra dañada; al firmar, Zutano mancha el documento, y Fulano se excusa argumentando: “*fue sin culpa*”.

¹¹ Un hermoso estudio literario sobre la palabra “culpa” en Bouchez, Madeleine, *La faute*. Ed. Bords, Paris, 1971.

¹² C.S.J. Cas. Civ. 16/07/1985. M.P. Horacio Montoya Gil, G. J., número 2419, pp. 139 ss.

¹³ C.S.J. Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 08/1995, pp. 873 ss.

¹⁴ C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLV, pp. 418 ss.

¹⁵ C.S.J. Cas. Civ. 19/02/1962. M.P. Arturo C. Posada. G. J., Tomo CVI, pp. 148 ss.

Mientras que en las conductas específicas que han sido consideradas "delictuosas" se exige el *dolo* o la *mala fe*,¹⁶ como en el caso de interponer una denuncia penal, sirviéndose de un testigo mentiroso.¹⁷

El calificar un acto como "culposo" constituye un reproche, una censura que se hace a un comportamiento determinado, de acuerdo con las costumbres, la *forma de vida* de una sociedad específica. Así, la culpa sólo existe en el caso concreto,¹⁸ y no como un concepto abstracto y absoluto,¹⁹ una especie de "estado puro de la culpa" que pueda servir para explicar todas las conductas culposas, y que exista de forma independiente de las distintas situaciones fácticas. Por consiguiente, al considerar una conducta específica y circunstanciada como "culposa", estamos creando un *hecho institucional*, imponiendo el *estatus social*²⁰ que implica emitir un *juicio*.²¹ Considerar algo como "culposo" es, en cierta forma, similar a considerarlo "feo", "gracioso" o "bueno". Lo que no podemos pretender es encontrar la belleza, la gracia, lo bueno y la culpa en un estado puro, como un ingrediente, que permita definir siempre y en todo lugar las cosas feas, graciosas, buenas o culposas.²²

Ante la imposibilidad de definir "la culpa" de forma absoluta, nos encontra-

¹⁶ Que, según los arts. 63 y 2302 inc. 3 C.C., consisten en la "intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

¹⁷ C.S.J. Cas. Civ. 7/03/1934. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza, G. J. LVII, pp. 74 ss.

¹⁸ Véase: Hart, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 165.

¹⁹ "[...] En lugar de decir: 'Esta es la carretera correcta hacia Granchester', podría decirse perfectamente: 'Esta es la carretera correcta que debes tomar si quieres llegar a Granchester en el menor tiempo posible'. [...] La carretera correcta es aquella que conduce a una meta arbitrariamente determinada, y a todos nos parece claro que carece de sentido hablar de carretera correcta independientemente de un motivo predeterminado. Veamos ahora lo que posiblemente queremos decir con la expresión 'la carretera absolutamente correcta'. Creo que sería aquella que, al verla, *todo el mundo* debería tomar por *necesidad lógica*, o avergonzarse de no hacerlo. Del mismo modo, el bien absoluto, si es un estado de cosas describable, sería aquel que todo el mundo, independientemente de sus gustos e inclinaciones, realizaría *necesariamente* o se sentiría culpable de no hacerlo. En mi opinión, tal estado de cosas es una quimera." Wittgenstein, op. cit., pp. 36, 37 y 38.

²⁰ Consúltense: Searle, John. *Mente, lenguaje y sociedad*. Ed. Alianza / Ensayo, Madrid, 2001, pp. 103 ss., y Searle, John, *La construcción de la realidad social*. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1997. Sobre las "instituciones jurídicas", recomendamos consultar: MacCormick, Neil et Weinberger, Ota. *Pour une théorie institutionnelle du droit*. Ed. Story Scientia / LGDJ, Bruxelles, París, 1992.

²¹ Austin, John Langshaw. *Cómo hacer cosas con palabras*. Ed. Paidós Studio, Barcelona, 1990, pp. 200 ss. "La culpa [...] implica una apreciación de orden moral, un juicio de valor sobre lo que está bien, o sobre lo que está mal. Ciertos hechos son moralmente condenados por todas las morales que profesa el hombre, religiosas o laicas: asesinato, estafa, etc. Otros hechos pueden presentar ciertos problemas, porque las reglas morales no son las mismas para todos los individuos, en todos los momentos de la historia, y en todos los países". Starck, Boris. *Droit civil, obligations*. Ed. Librairie techniques, Paris, 1972, p. 116.

²² "La idea de que un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares está conectada con otras ideas primitivas y demasiado simples de la estructura del lenguaje. Es comparable con la idea de que las *propiedades* son *ingredientes* de las cosas que tienen las propiedades; por ejemplo, que la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas, como el alcohol lo es de la cerveza y el vino, y que, por tanto, podríamos conseguir la pura belleza, no adulterada por ninguna cosa bella". Wittgenstein, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 45.

mos en la necesidad de analizar caso por caso, para poder determinar si el comportamiento dañoso fue o no culposo.²³ Por esta razón, todos los intentos de los juristas por definir la culpa mediante una fórmula general que explique todos los comportamientos censurables han resultado infructuosos.²⁴ “La culpa –decía Jossierand– es un pecado jurídico que nunca hemos podido definir”.²⁵ “De lo que no se puede hablar, mejor es callarse”.²⁶

Dentro de esta óptica, haremos algunos breves comentarios con respecto a la delimitación del sentido de la palabra “culpa” (I), y a su deformación actual (II), dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios extracontractuales del Derecho Civil.

I. LA DELIMITACIÓN DEL SENTIDO DE LA PALABRA “CULPA”

Si bien es cierto que tratar de definir la “culpa” implicaría un sinsentido, es innegable que para hacer el juicio de valor que ésta implica, nuestros jueces deben hacer ciertas consideraciones, más o menos objetivas, a saber: una comparación de la conducta específica que se pretende juzgar con la conducta de un sujeto hipotético (A), y la exigencia de cierta capacidad de reflexión, por parte del sujeto cuya conducta se califica (B).

A. La comparación de la conducta específica con la conducta del sujeto hipotético

De acuerdo con lo establecido en nuestro Código Civil (principalmente en su art. 63), “la culpa” requiere una comparación entre el comportamiento dañoso del sujeto específico y el comportamiento de un sujeto hipotético.²⁷ “Toda valoración resulta de la apreciación de una cosa comparada

²³ Nuestra jurisprudencia parece haber asumido una posición similar en C.S.J. Cas. Civ. 4/09/1962. M.P. Enrique Coral Velasco. G. J., números 2261, 2262, 2263 y 2264 p. 19.

Ahora bien, el juez no puede aplicar un criterio puramente personal de aquello que considera como culposo. La determinación de la culpa obedece a la *forma de vida* de la sociedad en la que el juez vive, y a nombre de la cual impone su decisión.

²⁴ Véase, como ejemplo: Pérez Vives, Alvaro. op. cit., pp. 68 ss., Tamayo Lombana, Alberto. *Manual de obligaciones*. Ed Temis, Bogotá, 1998, pp. 50 y 51, y Martínez Ravé, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis, Bogotá, 1998, pp. 128 ss.

²⁵ Limpens, Jean. *La Faute et l'acte illicite en droit comparé*. Mélanges Dabin, t. II, p. 732.

²⁶ Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Ed. Alianza, Madrid, 1973, p. 203, proposición 7.

²⁷ Para apreciar la culpa el Código Civil establece como sujeto de comparación, en materia extracontractual, el buen padre de familia actuando en las mismas circunstancias (arts. 2350 y 63 C.C.). Sin embargo, en materia contractual, tanto el legislador como la jurisprudencia, en caso de contratos celebrados por profesionales, suelen reemplazar dicho sujeto de comparación por un profesional de la misma rama, actuando en las mismas circunstancias, y de esta forma aumentar el contenido de sus obligaciones de medios. Véase, por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 1915 y 1918 C.C., en cuanto al carácter oculto de los vicios de la cosa vendida tanto para el comprador como para el vendedor.

con otra; aquella implica una comparación, una relación, y ese carácter relativo es su esencia misma”.²⁸

Ahora bien, a pesar de que el simple análisis de las similitudes y diferencias existentes entre las conductas de los dos sujetos parece suficiente para definir la comparación,²⁹ nuestra jurisprudencia insiste en servirse de las expresiones “apreciación *in abstracto*” y “apreciación *in concreto*”, con fines explicativos. Dentro de esta perspectiva, se dice que la apreciación se realiza *in abstracto*, cuando el comportamiento del agente se compara con el de un sujeto hipotético (normalmente, el buen padre de familia); y, cuando se compara dicho comportamiento con el patrón de conducta normal del agente mismo, se habla de apreciación *in concreto*. Sin embargo, estas expresiones no sólo carecen de utilidad, sino que, además, crean graves confusiones en la materia.

Dichas expresiones carecen de utilidad, puesto que la apreciación *in concreto* no parece tener ninguna aplicación práctica. En efecto, en materia extracontractual, el comportamiento del agente se compara siempre con el del mismo sujeto hipotético que sirve de patrón general de conducta para todos los miembros de la sociedad: el comportamiento del buen padre de familia.³⁰ Y en materia contractual:³¹ el buen padre de familia o el profesional avisado. Vemos, pues, cómo dichas expresiones se encuentran desprovistas de toda utilidad práctica y, por ende, deberían ser suprimidas del lenguaje particular del Derecho Civil. Así las cosas, bastaría la simple y llana referencia al sujeto hipotético de comparación.

Además, estas expresiones pueden prestarse para graves confusiones, ya que un importante sector de la doctrina moderna (tanto francesa como colombiana) les ha asignado un sentido completamente diferente. En efecto, para dichos autores,³² la apreciación *in concreto* requeri-

²⁸ Schopenhauer, Arthur. *Le fondement de la morale*. Ed. Le livre de Poche, Paris, 1991, p. 104.

²⁹ Comparar: “[...] fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanza”. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo I. Madrid, 1992 p. 521.

³⁰ Arts. 2350 y 63 C.C.

³¹ El art. 1927 del Código Civil francés parece consagrar una apreciación *in concreto* de la conducta del depositario; sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia de dicho país tienden a interpretar dicha formulación normativa como una comparación *in abstracto* cuyo sujeto hipotético sería “un buen depositario en las mismas circunstancias”. Al respecto consúltese: Larroumet, Christian. *Les Obligations. Le Contrat*. Ed. Economica, Paris, 2003, pp. 655 y 656.

Así las cosas, sólo restaría la posibilidad de que los contratantes establecieran convencionalmente una apreciación *in concreto*, lo cual no justifica el uso generalizado que se le pretende dar a dicha expresión.

³² Véase, a manera de ejemplo: Larroumet, Christian. Op. cit., pp. 655 ss., Flour, Jacques et Aubert, Jean-Luc. *Le fait juridique*. Ed. Armand Colin, Paris, 1997, pp. 99 ss., y Tamayo Lombana, Alberto. Op. cit., pp. 51 y 52.

ría un examen subjetivo, psicológico, del comportamiento del agente, y serviría, entonces, para determinar el “dolo”. Mientras que la apreciación *in abstracto* se utilizaría exclusivamente para establecer la “culpa”. Este nuevo significado de origen doctrinario resulta muy desafortunado, puesto que tanto el “dolo” como la “culpa” constituyen *juicios de valor*, y, por ende, implican un examen subjetivo del comportamiento del sujeto, para determinar la intención de causar daño, en el primer supuesto, o la negligencia, imprudencia o impericia, en el segundo supuesto.

B. La exigencia de cierta capacidad de reflexión por parte del sujeto normativo

El art. 2346 C.C. establece que “[l]os menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”. Dicha disposición exige, por parte del sujeto normativo, cierto grado de raciocinio y ciertas condiciones mentales para que su comportamiento dañoso sea susceptible de reproche moral y jurídico.³³ Esta consideración objetiva obedece al sentimiento que despiertan en nuestra sociedad los comportamientos dañosos de los infantes y los dementes. Dentro de nuestras costumbres occidentales, se disculpan moralmente las actuaciones de dichas personas aun cuando aquellas infieran daños a los demás miembros de la comunidad.³⁴ Este tratamiento especial frente a

³³ Diferente es la situación en el derecho francés, ya que el art. 489-2 C.C y su aplicación jurisprudencial han llegado a consagrar una supuesta “culpa” cometida por personas privadas de su capacidad de reflexión. Así las cosas, en el derecho francés, tanto el demente como el menor de diez años pueden ser declarados responsables dentro de los supuestos del régimen general de responsabilidad por culpa consagrado en los artículos 1382 y 1383 C.C.fr. [art. 2341 C.C. colombiano]. Esta criticable desfiguración de la noción de culpa ha servido de argumento a la doctrina, no menos criticable, que defiende la existencia de la famosa “culpa objetiva”. Véase, por ejemplo: MM. Mazeaud et Chabas, François. *Leçons de droit civil. Obligations*. Ed. Montchrestien, Paris, 1991, pp. 438 ss; Flour, Jacques et Aubert, Jean-Luc. *Op. cit.*, pp. 82 ss y Bénabent, Alain. *Les Obligations*. Ed. Montchrestien, Paris, 1997 pp. 322.

³⁴ “[...] [Según una parte de la doctrina y de la jurisprudencia contemporáneas, la culpa sería una noción abstracta y objetiva: el hecho de no comportarse como un hombre razonable, y no implicaría ni facultad de discernimiento ni imputabilidad. Sin embargo, es contrario al lenguaje común hablar de la culpa de un bebé o de un loco; suponiendo que en este caso se tratara todavía de responsabilidad, sólo podría tratarse de una responsabilidad objetiva. En realidad, lo que pretende dicha doctrina es cambiar la regla, declarando responsables a los inconscientes, pero manteniendo, al mismo tiempo, las mismas palabras, a las que para sus finalidades les cambiaron el sentido: afirmar el fundamento moral de la responsabilidad, sosteniendo que ésta está completamente fundada sobre la culpa, pero sobre una culpa que no tiene ninguna significación moral, porque es objetiva. [...] Dicho método está sustentado en una mera logomaquia incoherente”. Malaurie, Philippe, et Aynès, Laurent. Ed. Cujas, Paris, 1998, p. 42.

esta clase de personas puede explicarse por un sentimiento de *justicia distributiva*, que nos lleva a tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales.³⁵

En lo que respecta a los infantes, el legislador consideró que a partir de los 10 años se les puede censurar moralmente y sancionar jurídicamente sus comportamientos dañosos. Al parecer nuestro legislador partió del supuesto de la existencia de un principio de reflexión por parte del menor para poder declararlo responsable. A partir de los siete años los niños comienzan a desarrollar la reflexión, es decir, comienzan a pensar antes de actuar, estableciendo de este modo una especie de deliberación interior previa a sus actuaciones.³⁶

En cuanto a los dementes, cabe resaltar el hecho de que el legislador se sirvió de la palabra "demente", que, en el lenguaje ordinario, tiene un significado bastante general,³⁷ lo cual deja suficiente libertad al juez para que precise el grado de reflexión necesario para cada caso concreto. En este orden de ideas, el supuesto de hecho de la norma comprendería también la demencia transitoria o carencia de la facultad de reflexión al momento de la actuación dañosa.

Por otro lado, el art. 2345 C.C. establece que "[e]l ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa." Ahora bien, para poder entender dicha disposición en armonía con lo dispuesto en el art. 2346 C.C., es necesario hacer dos precisiones: en primer lugar, el art. 2345 C.C. se debe aplicar, por analogía, a todos los estados de alteración de las facultades mentales por consumo de sustancias psicotrópicas. Y, en segundo lugar, hay que tener muy claro que una persona bajo el efecto de tales sustancias puede carecer, completamente, o en gran medida, de capacidad de reflexión y, por ende, ser considerado temporalmente demente, en los términos del art. 2346 C.C.

Así, pues, a primera vista, habría una contradicción entre las dos dis-

³⁵ Sin embargo, nuestra jurisprudencia parece no hacer las mismas consideraciones cuando el daño fue causado conjuntamente por el hecho del agente y el hecho de la víctima menor de diez años (art. 2357 C.C.); hipótesis en la cual descarta la exoneración parcial de responsabilidad, argumentando una supuesta "culpa objetiva" que no toma en consideración la edad de la víctima. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 8/09/1950. M.P. Manuel José Vargas. G. J., números 2087 - 2088, pp. 45 ss.

³⁶ Sobre los diferentes periodos del desarrollo intelectual del niño, consúltese: Piaget, Jean. *Problèmes de psychologie génétique*. Ed. Denoël/Gonthier, Paris, 1972, pp. 54 ss.

³⁷ "Demente. [...] Loco, falto de juicio. [...] Que padece demencia, debilidad de las facultades mentales. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo I, p. 678.

posiciones. Sin embargo, con el art. 2345 C.C., el legislador parece haber querido ir un paso más atrás en la cadena causal y sancionar, realmente, la culpa consistente en el consumo voluntario de dichas sustancias, como causa mediata del daño, y no una supuesta culpa de la persona que padece una demencia transitoria, como causa inmediata del daño.³⁸

Ahora, si bien es cierto que las soluciones adoptadas por nuestro Código Civil en la materia parecen estar acordes con las convicciones morales y la *forma de vida* de nuestra sociedad, no podemos desconocer el sentimiento de injusticia que despiertan ciertos daños causados por menores de diez años o dementes que carecen de una persona que se encuentre a cargo de ellos, y que, por consiguiente, privan a la víctima de cualquier posibilidad de ser indemnizada. Esta situación se hace aun más evidente si el agente cuenta con los medios económicos suficientes para resarcirlo.

Con el fin de encontrar una solución satisfactoria para dichas situaciones, el legislador francés de 1968 dispuso, en el art. 489-2 C.C.fr., que las personas afectadas por problemas mentales son susceptibles de cometer culpa, y por ende, pueden ser responsables.³⁹ Sin embargo, dicha solución contraría abiertamente la idea que tiene la sociedad francesa de un comportamiento culposo. El legislador alemán, por su parte, optó por una solución completamente diferente. En efecto, el § 829 BGB prevé la posibilidad que tiene el juez de condenar al autor del daño (quien no pudo haber incurrido en culpa, por razones psicológicas) a resarcir todos, o algunos, de los perjuicios ocasionados a la víctima, por razones de equidad,⁴⁰ lo cual implica un cierto grado de inseguridad jurídica. Frente a este problema de vital importancia, nuestro derecho positivo no parece aún haber tomado partido.⁴¹

³⁸ Al respecto recomendamos consultar el análisis hecho por Saleilles, Raymond. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*. Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1925, pp. 386 y 387, y Aberkane, Hassen. *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*. RTD civ, Paris, 1958, pp. 523 ss.

³⁹ A partir del 5 de mayo de 1984 la Corte de Casación Francesa ha hecho extensiva dicha solución a los infantes. Véase al respecto: Jourdain, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Ed. Dalloz. Coll. *Connaissance du droit*, Paris, 1998, pp. 73 ss.

⁴⁰ Sobre el particular recomendamos consultar: Ferrand, Frédérique. *Droit privé allemand*. Ed. Dalloz, Paris, 1997, pp. 370 y 371., y Saleilles, Raymond. Op. cit., pp. 385 ss.

⁴¹ Consúltese al respecto el excelente estudio de Fernández Muñoz, Mónica Lucía. "La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno". *Rev. Estudios Socio-Jurídicos*. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, pp. 237 ss.

II. LA DEFORMACIÓN DEL SENTIDO DE LA PALABRA “CULPA”

A partir de la primera mitad del siglo XX, los cambios en la estructura productiva y social que ha sufrido nuestro país llevaron a nuestra jurisprudencia a crear nuevas normas de indemnización de perjuicios extracontractuales, a través de la utilización de nuevas técnicas interpretativas que permitieran adaptar los textos creados por el legislador del siglo XIX a las nuevas exigencias propias de la concepción del *Estado de Bienestar* (*Welfare State*).⁴²

Dentro de esta perspectiva, una nueva norma que no permitiera al sujeto normativo exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de culpa, resultaba indispensable para poder dejar en cabeza de los agentes los costos de las indemnizaciones que implican aquellas actividades en cuyo desarrollo no es fácilmente identificable un comportamiento negligente o imprudente.⁴³ Así, nuestra jurisprudencia decidió servirse del art. 2356 C.C., e interpretarlo como la disposición que consagra un nuevo régimen de responsabilidad que sólo admite la prueba de la causa extraña, como causal de exoneración.⁴⁴

Sin embargo, tanto nuestra doctrina, como nuestros jueces, en sus decisiones, se han mantenido aferrados al uso de la palabra “culpa” para tratar de justificar los nuevos regímenes de responsabilidad en los cuales no se hace ningún *juicio de valor* sobre el comportamiento del sujeto normativo.⁴⁵ Esta tendencia no sólo se ha manifestado en el régimen de responsa-

⁴² “La concepción del Estado de Bienestar muestra la toma de conciencia por parte de la sociedad, de que ella es un todo que no puede remitirse a nada distinto que a ella misma, y de que le corresponde repartir entre sus miembros los riesgos que sufren sus asociados, según los principios de la transferencia y la distribución”. Terestchenko, Michel. *Philosophie politique*. Tome I. Ed. Hachette, Les fondamentaux, Paris, 1994, p.149.

⁴³ Los costos, en principio, serían distribuidos dentro de un grupo de personas más amplio, a través de la utilización del seguro de responsabilidad civil. Véase: Tunc, André. *La responsabilité civile*. Ed. Economica, Paris, 1989, pp. 76 ss.

⁴⁴ Consúltense, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civil. 14 / 03/ 38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza G.J., t. XLVI, pp. 216 y 217., C.S.J. Cas. Civil. 31 / 05/ 38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, pp. 561 y 562., C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/1992 p. 1157., y C.S.J. Cas. Civ. 05/05/ 1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina* 06/1999 p. 894.

⁴⁵ “[U]na noción completamente nueva, la de *Estado de Bienestar*, a menudo ha sido introducida (en algunos países como Colombia) dentro de un juego de lenguaje que le es ajeno: el juego de lenguaje del *Estado Legalista*.

Así, el Estado quiere ser *de Bienestar*, pero no tiene los *medios lingüísticos* para serlo”. Silva Romero, Eduardo. Op. cit., p. 121.

Véase una excelente crítica a esta tendencia jurisprudencial, en la aclaración de voto de los doctores Hernán Guillermo Aldana Duque y Héctor Marín Naranjo, in C.S.J. Sala Plena, 6/ 04/1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2436, pp. 147 a 149.

bilidad por las actividades peligrosas (art. 2356 C.C.),⁴⁶ sino, además, en las decisiones sobre los daños causados por animales fieros (art. 2354 C.C.)⁴⁷ y por el hecho del edificio en ruinas (art. 2350 C.C.)⁴⁸

Vemos cómo nuestra jurisprudencia pretende sostener la existencia de una teoría general de la responsabilidad civil, cuya “esencia” se encontraría en el concepto de “culpa”, es decir, una responsabilidad civil con un alto contenido moral.⁴⁹ Lo cual implica una gran contradicción, puesto que sostener la existencia de la “culpa”, como condición de aplicación de las normas de indemnización de perjuicios y, al mismo tiempo, excluir todo *juicio de valor* sobre el comportamiento del sujeto normativo reduce la palabra “culpa” a cinco letras (c.u.l.p.a.) que sólo sirven para tratar de ocultar la existencia de regímenes objetivos de responsabilidad.⁵⁰

⁴⁶ Recomendamos consultar, sobre la utilización de vehículos automotores terrestres: C.S.J. Cas. Civil. 18/03/1976 M.P. Germán Giraldo Zuluaga G.J. No. 2393 pp. 67 ss, C.S.J. Cas. Civ. 04/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 09/1992 pp. 619 ss., C.S.J. Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 08/1995 p. 873 ss., C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina* 06/1999 pp. 984 y 985, C.S.J. Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2001 pp. 2439 y 2440. Respecto a la conducción y suministro de energía eléctrica: C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/1992 pp. 1157 y 1158, C.S.J. Cas. Civ. 30/09/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2002 pp. 2613 ss. En lo referente a daños causados por la utilización de ciertas máquinas: C.S.J. Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, pp. 561 y 562., Respecto a la fumigación de cultivos con sustancias tóxicas: C.S.J. Cas. Civ. 20/08/1987. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2427 p. 136 ss. Sobre la construcción de edificios: C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2439 pp. 158 ss. y C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1962. M.P. José Hernández Arbeláez. G. J., números 2253 – 2254 pp. 341 ss. Respecto a daños causados por elevadores: C.S.J. Cas. Civ. 1/10/1963. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. G. J., números 2268 -2269 pp. 161 ss. Y en lo que respecta a la demolición de inmuebles: C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2310, 2311 y 2312 pp. 95 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1972. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G. J., números 2352 a 2357 pp. 173 ss.

⁴⁷ Véase: C.S.J. Sala Plena, 6/04/1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2436 pp. 143 a 147.

⁴⁸ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1978. M.P. Ricardo Uribe Holguín, G. J., número 2399 pp. 54 y 55., C.S.J. Cas. Civ. 4/12/1963. M.P. Enrique López de la Pava, G. J., números 2268 – 2269, p. 279, y C.S.J. Neg. Gen. 9/10/1963. M.P. Efrén Osejo Peña, G. J., números 2268 – 2269, p. 708.

⁴⁹ Consúltese, a título de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 22/05/2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. *Jurisprudencia y Doctrina* 07/2000 p. 1138, C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500 p. 878, C.S.J. Cas. Civ. 4/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. G. J., número 2455 pp. 504 ss. C.S.J. Cas. Civ. 17/07/1970. M.P. César Gómez Estrada. G. J., números 2330 a 2332 pp. 55 ss., C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2310, 2311 y 2312 pp. 95 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 11/10/1962. M.P. Enrique Coral Velasco. G. J., números 2261, 2262, 2263 y 2264 pp.101 ss.

⁵⁰ Lo cual resulta aun más irónico si tenemos en cuenta que, en la actualidad, el campo de aplicación del art. 2341 C.C., el cual exige expresamente la culpa del agente, se ha reducido, prácticamente, a ciertos casos de competencia desleal (estas decisiones son muy censurables, dado que existe una norma específica: el art. 20 de la Ley 256 de 1996) y de abuso del derecho por denuncias penales en materia civil. Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 19/11/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500 pp. 1045 ss., C.S.J. Cas. Civ. 13/10/1988. M.P. Pedro Lafont Pianetta. G. J. 2431 pp. 203 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLV pp. 418 ss.

Ahora bien, para tratar de justificar sus decisiones, la jurisprudencia colombiana ha recurrido a la "importación" de verdaderos "*cadeaux empoisonnés*" elaborados por la doctrina francesa, como la noción de la "culpa objetiva" (A), y los ha adaptado, de diversas maneras, a situaciones particulares de nuestro derecho nacional (B).

A. La noción de "culpa objetiva" de la doctrina francesa...

Parte de la doctrina francesa⁵¹ ha sostenido la existencia de una "culpa objetiva", es decir, "[...] una noción puramente objetiva, compuesta únicamente por un comportamiento de hecho, jurídicamente calificado como anormal, sin que haya lugar a tomar en cuenta la psicología del autor".⁵²

Esta "nueva noción de culpa" fue elaborada con el fin de buscar un fundamento único para todos los regímenes de responsabilidad civil extracontractual, y así negar el carácter objetivo de la responsabilidad por el hecho de las cosas (art. 1384 inc. 1 C.C. fr.) y, de paso, tratar de explicar la solución consagrada en el art. 489-2 C.C. fr.

Sin embargo, dicha teoría no sólo adolece de graves contradicciones estructurales, sino que, además, su adopción por el derecho colombiano ha traído como consecuencia importantes confusiones dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios del Derecho Civil.

La teoría de la "culpa objetiva" conlleva graves contradicciones estructurales. En efecto, pretender mantener la "culpa"⁵³ como fundamento único de la teoría de la responsabilidad civil, so pretexto de conservar el reproche moral al comportamiento del agente, y, al mismo tiempo, suprimir su carácter subjetivo, no es más que un gran contrasentido que sólo consigue desnaturalizar el significado de la palabra "culpa".⁵⁴ La culpa, para la sociedad colombiana, implica un *juicio de valor*, éste es el uso corriente que se hace de dicha palabra, de este modo la entendió el legislador, así la entienden y la usan los colombianos en sus vidas cotidianas y nuestros jueces en sus providencias. ¡No se puede cerrar los ojos ante esta realidad!

⁵¹ Principalmente MM. Mazeaud et Chabas, François. Op. cit., Flour, Jacques et Aubert, Jean-Luc. Op. cit., pp. 82 ss., y Bénabent, Alain. Op. cit., pp. 322.

⁵² Bénabent, Alain. Op. cit., p. 322.

⁵³ Dentro de esta óptica, Henri Mazeaud sostiene que la apreciación *in abstracto*, al no tomar en consideración los aspectos subjetivos del agente, sería el fundamento de la culpa objetiva y restringe la apreciación *in concreto* para la determinación del dolo. Mazeaud, Henri. *La "faute objective" et la responsabilité sans faute*. Dalloz chr., Paris, 1985, pp. 14 y 15.

Es importante ver también la contradicción en la que incurre la doctrina que acepta dicho significado de las expresiones "apreciación *in abstracto*" y "apreciación *in concreto*", pero niega a la vez la existencia de la culpa objetiva; por ejemplo: Larroumet, Christian. Op. Cit., pp. 656 ss.

⁵⁴ Véase una crítica al respecto en: Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent. Op. cit., p. 42.

Además, la adopción de la teoría de la “culpa objetiva”, por parte de nuestra doctrina, ha acarreado importantes confusiones dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios de nuestro Derecho Civil. En efecto, por una parte, algunos doctrinantes colombianos, en su deseo de definir la culpa, y como consecuencia de la fascinación que tradicionalmente ha ejercido la doctrina extranjera sobre ellos, han terminado mezclando completamente la noción de culpa, como *juicio de valor*, con la teoría de la “culpa objetiva”. En este orden de ideas, encontramos definiciones tales como: “El concepto de culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico, que consiste en no prever un resultado dañoso habiendo podido preverlo, o en preverlo y confiar en poder evitarlo. [...] Este criterio abstracto nos enseña que la culpa se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia”.⁵⁵

Por otra parte, otro sector de nuestra doctrina ha llegado a elaborar dos definiciones distintas y excluyentes de la culpa. la primera subjetiva, aplicable al régimen general (art. 2341 C.C.),⁵⁶ y la segunda objetiva, aplicable a los regímenes de responsabilidad por las actividades peligrosas y por el hecho del edificio en ruinas (arts. 2356 y 2350 C.C.).⁵⁷ Así, dentro de esta óptica, la misma palabra “culpa” tendría dos sentidos no sólo diferentes, sino radicalmente opuestos dentro del lenguaje particular de la indemnización de perjuicios del Derecho Civil,⁵⁸ lo cual resulta, a todas luces, criticable.⁵⁹

Vemos, pues, las graves contradicciones e inconsistencias en las que han incurrido nuestros juristas por su tendencia a crear grandes construcciones teóricas, generales y abstractas, incapaces de explicar las soluciones adop-

⁵⁵ Valencia Zea, Arturo, y Ortiz Monsalve, Alvaro. *Derecho Civil*. Tomo III. De las obligaciones. Ed. Temis, 1998, pp. 172 y 173.

⁵⁶ “[...] [L]a culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado”. Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Tomo I. Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 176.

⁵⁷ “[...] [L]a ley, en forma expresa, considera como culposas determinadas conductas, lo que no significa que probadas dichas conductas la culpa se presume. ¡No! La conducta es en sí misma la culpa probada”. Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Tomo I I. Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 266.

⁵⁸ “Para nosotros, la culpa en sentido psicológico está dada por la negligencia, la imprudencia o la impericia que hacen que el agente se comporte de una determinada manera. Existirá culpa normativa cuando el agente, independientemente de elemento psicológico, haya violado disposiciones normativas que le imponían deberes concretos”. Tamayo Jaramillo, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Tomo I, p. 203.

⁵⁹ En materia de exoneración parcial de responsabilidad (art. 2357 C.C.), nuestro Tribunal Supremo ha llegado al extremo de sostener que el comportamiento culposo de la víctima se examina de forma objetiva, mientras que el comportamiento culposo del agente se examina de forma subjetiva. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 8/09/1950. M. P. Manuel José Vargas. G. J., números 2087-2088, pp. 45 ss.

tadas por nuestros tribunales para los casos concretos. Por lo demás, resulta lamentable nuestra costumbre inveterada de “transplantar” al derecho colombiano las teorías y soluciones jurídicas propias de derechos extranjeros, sin que se consulten la realidad nacional y las disposiciones particulares de nuestro ordenamiento jurídico.

B. ...y sus aplicaciones específicas en el derecho colombiano

Además de la “importación” de la teoría general de la “culpa objetiva”, nuestra Corte Suprema ha realizado varias aplicaciones y adaptaciones específicas con el fin de poder calificar como culposos ciertos comportamientos que no han sido objeto de ningún *juicio de valor*, y así hacerlos entrar en el supuesto de hecho de disposiciones tales como los arts. 2350 y 2356 C.C.⁶⁰ Dentro de esta perspectiva, podemos identificar las tres principales teorías explicativas:

1) La teoría de la obligación legal de resultado⁶¹

“[...] [La culpa continúa siendo el fundamento de la responsabilidad consagrada en el art. 2356. Sólo que, cuando se ejerzan actividades peligrosas, el daño indica la violación de una obligación legal determinada (obligación de resultado), es decir, indica culpa; pero ya sabemos que en tal evento la imputación de culpa no se destruye con la demostración de que se ha cumplido con el deber general de prudencia y diligencia”.⁶²

Esta teoría al tratar de explicar dicho régimen especial de responsabilidad extracontractual, a través de una analogía con la teoría clásica de la responsabilidad objetiva en materia contractual,⁶³ conlleva dos graves inconsistencias:

Por una parte, confunde las nociones de *deber jurídico general* y de *obligación*. En efecto, para que exista una obligación, en sentido estricto, se

⁶⁰ Para un análisis completo del régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio, y Terner Barrios, Francisco. “La interpretación *contra legem* del artículo 2356 del Código Civil colombiano”. En *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídico. Ed. Universidad Diego Portales. Escuela de derecho, Santiago, 2004, pp. 211 a 249.

⁶¹ La cual presenta grandes similitudes con la teoría de Planiol sobre la culpa consistente en la mera violación del deber general e indeterminado de no causar daño a otros. Para un análisis y crítica concisos de esta teoría, recomendamos consultar: Capitant Henri. *Sur l'abus des droits*. RTD civ. 1928, pp. 371 ss., y Gaudemet, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Ed. Sirey, Paris, 1965, pp. 391 ss.

⁶² Pérez Vives, Alvaro. Op. cit., p. 200.

⁶³ Para un análisis y crítica de la teoría clásica, en materia contractual, que sostiene que las *obligaciones de resultado* implican una presunción de causa y de culpa que no admite prueba en contrario, consúltese: Larroumet, Christian. Op. cit., pp. 629 ss.

necesita que las partes estén determinadas, es decir, que haya un deudor, en cuyo patrimonio se encuentre un elemento pasivo, y un acreedor, en cuyo patrimonio se encuentre el derecho del crédito correlativo. Mientras que el supuesto *deber jurídico general* pesaría sobre todas las personas, sin que pudiéramos afirmar la existencia de un verdadero derecho correlativo en cabeza del resto de miembros de la comunidad, antes de la ocurrencia del daño.⁶⁴ Sostener que *A* tiene el *deber* de no hacer algo, implica que *B* tiene el *derecho correlativo* para exigirle el comportamiento debido, es decir, impedirle que actúe, si aún no ha empezado a actuar, y obligarlo a que cese de actuar, si ya había comenzado su acción. Y en este supuesto “deber general” no existe ningún “derecho general” correlativo que permita exigirle al deudor cierto comportamiento antes de que se cause el perjuicio.⁶⁵

Por otra parte, la teoría confunde las nociones de incumplimiento y de culpa. El incumplimiento es una noción objetiva: el no haber realizado la conducta prescrita por la norma; mientras que la culpa tiene una connotación subjetiva: el haber procedido de forma negligente o imprudente, actuando de manera distinta de como lo hubiese hecho un buen padre de familia en las mismas circunstancias. Por consiguiente, el incumplimiento no implica, necesariamente, una culpa. Aquel es una cuestión meramente objetiva que no aporta nada a la valoración subjetiva relativa propia de los juicios de valor.

2) La teoría de la presunción de culpa⁶⁶

“[...] [E]l artículo 2356 C.C. establece una presunción de culpa, *juris et de jure*, es decir, que producido el daño, demostrado el nexo de causalidad entre éste y el acontecimiento, se presume la culpa de quien ejerce la actividad peligrosa.

Si no se puede desvirtuar el hecho presumido, o sea la culpa, la presunción es *juris et de jure*”.⁶⁷

⁶⁴ “El deber general e indeterminado, sancionado por el art. 1382 [2341 C.C. colombiano, no constituye una obligación en el sentido propio y estricto del término; ya que al cobijar indistintamente a todas las personas, éste no grava, en particular, el patrimonio de ninguna de ellas”. Baudry-Lacantinerie. *Précis de droit civil*. Tome I. Ed. Sirey, Paris, 1922, p. 59.

⁶⁵ Sobre los correlativos *obligación y derecho de crédito y libertad y no-derecho*, consúltese: Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Ed. Fontamara. Col. BEFDP, México, 1997. Véase también: Von Wright, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Ed. UNAM, México, 1998, p. 39.

⁶⁶ En la doctrina francesa inmediatamente posterior a la creación del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, se pueden encontrar alusiones a esta teoría. Consúltese, al respecto: Larroumet, Christian, et Bénac-Schmidt, Françoise. *Responsabilité du fait des choses inanimées*. *Répertoire Civil*. Recueil Dalloz, Paris, 1989 pp. 8 ss.

⁶⁷ Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones*. Tomo IV. Ediciones Librería del Profesional, p. 151.

Una presunción de culpa que no admite prueba en contrario no es más que un juego de palabras para poder excluir la culpa del régimen especial de indemnización de perjuicios. En efecto, "la culpa" se excluye en la acción: el demandante no tiene que probarla. Y se excluye en la excepción: el demandado no puede, tampoco, argumentarla como causal de exoneración.⁶⁸ Pregunta: ¿En dónde se encuentra, entonces, la culpa? ¿En dónde se hace el *juicio de valor*? Respuesta: no se hace, en ningún momento y en ningún caso. Está excluido.

Ahora, normalmente se suele afirmar que la "presunción de culpa" sólo se puede desvirtuar mediante la prueba de la causa extraña; sin embargo, esto resulta igualmente criticable, ya que la "culpa" es una calificación subjetiva del comportamiento del agente, y la prueba de la causa extraña sólo sirve para romper el nexo causal. Explicamos nuestra afirmación: cuando se dice que un comportamiento es culposo, se está sosteniendo "Fulano, usted actuó mal", y si Fulano logra probar la causa extraña, estará diciendo "yo no causé el daño, fue Mengano o tal cosa". Vemos cómo la prueba de la causa extraña no está encaminada a demostrar que el agente actuó bien (sin culpa), sino que su actuación, culposa o inculpable, no causó el daño.

3) La teoría de las actividades culposas en sí mismas⁶⁹

"Insistir en que la responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa presunta implica un absurdo insostenible. [...] [L]a actividad productora del daño aumentaba en tal forma los peligros de producirlo, que quién la creó es culpable por ese simple hecho. [...] [L]a responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa probada consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás individuos que viven en sociedad. [...] [L]a ley, en forma expresa, considera como culposas determinadas conductas, lo que no significa que probadas dichas conductas la culpa se presuma. ¡No! La conducta es en sí misma la culpa probada".⁷⁰

⁶⁸ "Una presunción de culpa, sostenía Henri Capitant, tiene que poderse desvirtuar mediante la prueba de la ausencia de culpa; si no, ésta deja de ser una presunción de culpa". Rodière, René. "La Présomption de responsabilité du fait des choses inanimées". En *Mélanges Ripert*. Ed. Pichon, Paris, 1950 p. 189.

"[...] [L]as presunciones absolutas o de derecho son mucho más que simples reglas de prueba de un derecho o de una situación jurídica. Estas constituyen verdaderas reglas substanciales imperativas [...]". Larroumet, Christian. *Introduction à l'étude du droit privé*. Ed. Economica, Paris, 1995, p. 337.

⁶⁹ En la doctrina francesa, los profesores Flour y Aubert parecen insinuar una tesis muy similar a la de las actividades culposas en sí mismas. Véase: Flour, Jacques, et Aubert, Jean-Luc. Op. cit., pp. 83 y 84.

⁷⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Tomo I I. Ed. Temis, Bogotá, 1999, pp. 269, 271 y 266.

Esta teoría pretende desconocer abiertamente el significado que tiene de la palabra “culpa” en materia de indemnización de perjuicios, recurriendo a categorías predeterminadas de actividades culposas. En efecto, sostener que la conducta misma del agente es la culpa excluye, por una parte, *la relatividad del objeto de la apreciación*, ya que la calificación se está haciendo respecto de una categoría predeterminada, ensimismada, y general de conducta, y no respecto de la conducta particular, específica, determinada y circunstanciada de un individuo. Y, por otra parte, también excluye *la comparación*, toda vez que la culpa quedaría reducida a la mera realización de la conducta, y no a la forma cómo ésta fue realizada; es decir, de manera distinta de como habría actuado el sujeto hipotético de comparación.

Vemos cómo dicha teoría, al excluir el *juicio de valor*, extiende la calificación de “culposas” a categorías absolutas de conductas cotidianas (como conducir un automóvil, utilizar una máquina o construir un edificio) que no merecen ningún reproche social, y que el sistema jurídico no pretende, de ninguna manera, censurar ni inhibir.

En suma, todas las teorías doctrinales utilizadas para justificar las decisiones jurisprudenciales en la materia sólo obtienen un resultado: la deformación completa del significado de la palabra “culpa”.⁷¹ Así, dentro de esta óptica, la palabra “culpa” quedó reducida a un simple cascarón vacío que sólo ha servido para disfrazar verdaderos regímenes objetivos de indemnización de perjuicios de origen jurisprudencial.

A manera de conclusión, es importante recordar que si bien es innegable el aporte del derecho francés al desarrollo de nuestras normas de indemnización

⁷¹ Es más, la Corte Suprema llega hasta mezclar las distintas teorías (que son excluyentes) en una misma sentencia, por ejemplo: “[...] todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una *obligación de resultado* consistente en vigilar dicha actividad [...]”.

[...] habría que puntualizar que gravita sobre quien realiza actividades de esta especie, *la presunción de ser responsable* del daño causado con ocasión de su ejercicio.

[...] cuando el daño alegado encuentra su vengero en la convergencia de sendas actividades peligrosas, pues, en tal supuesto, las respectivas *presunciones de culpa* que cobijan a los implicados, pueden aniquilarse mutuamente [...]” C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. *Jurisprudencia y Doctrina* 06/1999 p. 984 (la cursiva es nuestra).

“[...] el artículo 2356 del Código Civil implica la existencia de una *obligación legal de resultado* que consiste en vigilar dicha actividad [...]”.

[...] la ley *presume la culpa* de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumento, tiene sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control [...]” C.S.J. Cas. Civ. 22/02/ 1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 08/1995 p. 880 (la cursiva es nuestra).

zación de perjuicios, no debemos perder de vista el efecto perverso que esta misma influencia ha tenido en nuestro sistema jurídico, el cual se encuentra lleno de inconsistencias que no son nada distinto a los intentos frustrados de “transplantar” en bloque unas construcciones teóricas desarrolladas para responder a problemas que no corresponden, necesariamente, a aquellos de nuestra realidad nacional.⁷²

⁷² “[...] [E]l derecho colombiano ha sido siempre una copia de sistemas jurídicos extranjeros [...] el legislador colombiano raramente ha tenido en cuenta las circunstancias específicas del país en el momento de promulgar las leyes. La consecuencia de esto es inevitable. El derecho colombiano no corresponde a las necesidades del pueblo colombiano y, por consiguiente, resulta ineficaz”. Silva Romero, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 287 y 288.