



Revista Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
ISSN: 0120-3886
revista.derecho@upb.edu.co
Universidad Pontificia Bolivariana
Colombia

Vélez Vélez, Hernán

¿Diversas concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil?, ¿cuáles concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil diferentes a la de “hecho ilícito – causalidad – daño” se presentan en el Derecho Privado?

Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 46, núm. 125, julio-diciembre,
2016, pp. 411-441

Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151448833008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

¿Diversas concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil?, ¿cuáles concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil diferentes a la de “hecho ilícito – causalidad – daño” se presentan en el Derecho Privado?

Different conceptions about the configuration of civil responsibility?, What conceptions about the configuration of civil liability other than that of “unlawful act - causality - damage” are presented in the Private Law?

Différentes conceptions sur la configuration de la responsabilité civile? Quelles conceptions sur la configuration de la responsabilité civile, les différentes conceptions de “l’acte illicite - la causalité -le dommage” produisent-elles en droit privé?

Diversas concepções acerca da configuração da responsabilidade cível? Quais concepções acerca da configuração da responsabilidade civil diferente à de “fato ilícito – causalidade – estrago” apresentam-se no direito privado?

Hernán Vélez Vélez¹
<http://orcid.org/0000-0002-1080-3355>

Resumen

La responsabilidad jurídica opera bajo una idea básica: al cometerse un acto ilícito, se activa la posibilidad legítima de imponerse una sanción jurídica a la persona responsable. Al ser la responsabilidad civil una especie de responsabilidad jurídica, la idea básica expresada le es aplicable y es condición necesaria para comprender cuándo una sanción civil es procedente. Tradicionalmente, las sanciones civiles proceden cuando con un acto ilícito se ha cometido un perjuicio a otra persona. Sin embargo, en la doctrina sobre la responsabilidad civil, hay quienes afirman que ella también se presenta cuando se verifican supuestos de hecho diferentes a la ocurrencia de un perjuicio como consecuencia de un acto ilícito.

Palabras clave

Sanción jurídica, responsabilidad jurídica, acto ilícito, responsabilidad civil, supuesto de hecho.

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás (Cohorte VII) (Bogotá, Colombia). Coordinador del área de Fundamentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia). Docente interno de Introducción al Derecho, Teoría del Derecho y Obligaciones en la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia). Correo: hernan.velez@upb.edu.co

Cómo citar este artículo:

Vélez, H. (2016). ¿Diversas concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil?, ¿cuáles concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil diferentes a la de "hecho ilícito – causalidad – daño" se presentan en el Derecho Privado?. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(125), 411-441.

Recibido: 14 septiembre 2016.

Aprobado: 26 octubre 2016.

Abstract

Legal responsibility operates under a basic idea: when a wrongful act is committed, the legitimate possibility of imposing a legal sanction to the person responsible is opened up. Being tort liability a type of legal liability, the aforementioned basic rule is applicable to it and it is a necessary condition to understand in which cases a civil penalty is appropriate. Traditionally, civil penalties are imposed when an illegal act causes injury to another person. However, in tort liability jurisprudence, some argue that civil penalties can also be imposed when different factual circumstances to the occurrence of damage as a result of an unlawful act are verified.

Key words

Legal penalty, legal liability, unlawful act, tort liability, factual circumstances.

Résumé

La responsabilité juridique fonctionne sous une idée de base: quand un acte illicite est commis, la possibilité légitime d'imposer une sanction légale à la personne responsable est activé. Étant la responsabilité civile un genre de responsabilité juridique, cette règle de base est une condition applicable et nécessaire pour comprendre quand une sanction civile a lieu. Traditionnellement, les sanctions civiles sont imposées quand un acte illégal a causé des dommages à une autre personne. Cependant, dans la doctrine de la responsabilité civile, certains soutiennent qu'elle se présente également lorsque quelques circonstances factuelles différentes à la survenance d'un dommage résultant d'un acte illégal.

Mots-clés

Sanction juridique, responsabilité légale, acte illégale, responsabilité civile, circonstances factuelles.

Resumo

A responsabilidade jurídica opera sob uma ideia básica: ao se cometer um ato ilícito, ativa-se a possibilidade legítima de se impor uma sanção jurídica à pessoa responsável. Dado que a responsabilidade civil é um tipo de responsabilidade jurídica, a ideia básica expressa lhe é aplicável e é condição necessária para compreender quando uma sanção civil é procedente. Tradicionalmente, as sanções civis procedem quando com um fato ilícito se tem cometido um dano a outra pessoa. Porém, na doutrina acerca da responsabilidade civil há aqueles que afirmam que ela também se apresenta quando se verificam supostos de fato diferentes à ocorrência de um dano como consequência de um ato ilícito.

Palavras-chave

sanção jurídica, responsabilidade jurídica, ato ilícito, responsabilidade civil, suposto de fato

Introducción

Si se representa al Derecho como un paisaje, se observa que hay un fragmento de él en donde aparece una de sus funciones por excelencia: sancionar a las personas por la comisión u omisión de ciertas conductas, de manera institucionalizada, esto es, concediendo tal potestad a ciertas personas y trazando la manera en que debe efectuarse (Hart, 2007, p 120 – 123).

Mediante ciertas normas jurídicas, el Derecho manda preceptos de orden o de prohibición que considera inviolables. Cuando alguien los viola en forma imputable o reprochable, se hace responsable y entonces legítimamente puede aplicársele una sanción, que puede ser de muchos tipos: civil, comercial, laboral, disciplinaria, administrativa, penal, etc. Las sanciones más fuertes emergen del Derecho Penal, son el producto de incurrir en responsabilidad penal y se imponen por la omisión o comisión de ciertas conductas que atentan de la forma más grave contra ciertos bienes jurídicos. Por su parte, las sanciones del Derecho Privado son menos fuertes que las propias del Derecho Penal, son el producto de incurrir en responsabilidad civil y se imponen, tradicional y normalmente, por la comisión u omisión de conductas contrarias a las que son objeto de deberes civiles de no causación de daño (propios de la responsabilidad extracontractual) o a las que son objeto de obligaciones civiles (que suelen ser objeto de incumplimientos propios de la responsabilidad contractual) (Visintini, 1999, p 88 - 94).

Como se puede observar, aquí se parte de un presupuesto intelectual sostenido por doctrinantes importantes como Hart, Cornelutti y Kelsen, según el cual la responsabilidad jurídica y la sanción son fenómenos jurídicos absolutamente dependientes entre sí, de manera que para una persona ser sancionada se hace necesario incurrir en alguna responsabilidad jurídica (Kelsen, 2009, 133-135).

Para incurrir en las diferentes responsabilidades jurídicas que existen, como por ejemplo, la civil, la patronal, la administrativa, la disciplinaria y la penal, siempre se hace necesario verificar la observancia de ciertos elementos estructurales y constituyentes de las mismas y que, en últimas, han de configurar el supuesto de hecho de la norma jurídica deontica, bien sea mandatoria o prohibitiva, que contiene la sanción jurídica que ha de imponerse.

Teniendo presente lo dicho hasta ahora, en este trabajo se tiene un objetivo general que consiste en determinar ¿qué concepciones sobre la responsabilidad

civil diferentes a la de su configuración a partir de la verificación de un hecho ilícito, la causalidad y el daño, se presentan en el Derecho Privado? Tradicionalmente se ha sostenido que esos tres elementos (hecho ilícito, la causalidad y el daño) son los que generan, en el Derecho Privado, el estado jurídico en que consiste la responsabilidad civil. Sin embargo, se cree que no son los únicos que generan el estado jurídico de responsabilidad civil, sino que a veces se incurre en ella, dentro del Derecho Privado, cuando se presentan otros diferentes.

Para lograr lo anterior, se han formulado, a su turno, tres objetivos específicos: definir los conceptos de responsabilidad jurídica y de responsabilidad civil; comparar diversas posiciones sobre la responsabilidad civil, desde una perspectiva teórico-general; y, dado que este escrito se realiza en Colombia, esbozar la presencia de las posiciones comparadas sobre la responsabilidad civil en el Derecho Privado colombiano.

La metodología empleada para elaborar este escrito fue la siguiente: en primer lugar, observar las propuestas sobre la responsabilidad civil expuestas por la Dogmática del Derecho Privado; en segundo lugar, reflexionar sobre lo observado a partir de los conceptos jurídicos fundamentales; y, en tercer lugar, efectuar conclusiones teóricas producto de los ejercicios anteriores.

Para abordar el problema propuesto a lo largo de este escrito, se utilizará una estructura en la que habrá un capítulo para el desarrollo de cada objetivo específico y, al final, habrá un acápite de conclusiones mediante el cual se recogerán algunas reflexiones teóricas sobre los temas aquí tratados.

1. Responsabilidad jurídica y responsabilidad civil

Las personas son destinatarias de muchas normas jurídicas durante toda su existencia. Algunas de esas normas jurídicas amenazan con sanciones jurídicas a sus destinatarios, para que estos realicen o dejen de realizar determinadas conductas (García, 2011, p. 111-126). Es ese reportorio de normas jurídicas el que debe tenerse en cuenta para concluir cuáles son los casos de responsabilidad jurídica de un determinado ordenamiento jurídico, pues solo mediante el conocimiento del supuesto de hecho de cada una de esas normas jurídicas es como se determina cuáles son los elementos que deben verificarse para poder afirmar que una persona se encuentra bajo un estado de responsabilidad jurídica.

En lo dicho resaltan dos conceptos jurídicos cuya definición debe establecerse: sanción jurídica y responsabilidad jurídica.

1.1. Sanción jurídica

La sanción jurídica es un acto jurídico coactivo que se ejecuta en contra de una persona considerada como responsable, que consiste en la privación o limitación de uno o más bienes jurídicos de ésta, porque en el mundo fenomenológico se ha cometido un acto jurídico ilícito (Kelsen, 2009b, p.50 -74). Ese acto jurídico en que consiste la sanción lo materializa otra persona con potestad para hacerlo y siempre persiguiendo un objetivo determinado.

Se explica, a continuación, la anterior definición:

- a) Cuando se afirma que la sanción es un acto jurídico coactivo, se quiere significar que se trata de una manifestación de una voluntad determinada que se caracteriza por poderse ejecutar legítimamente mediante el uso de la fuerza física o psíquica. La legitimación de dicho actuar se presenta porque quien lo efectúa está dotado de potestad para hacerlo, es decir, de una capacidad para transformarle relaciones jurídicas al sancionable, privándole o limitándole algunos de sus bienes jurídicos (Hohfeld, 2004, 71 - 86).
- b) A la persona que ha de padecer una sanción se llama responsable. Esa persona puede ser un ser humano o cualquier otra entidad, a criterio del Derecho. En la definición, pues, debe entenderse que la persona responsable es el centro de imputación de consecuencias jurídicas contra quien ha de efectuarse el acto jurídico coactivo y que está *sometido* a la sanción.
- c) Que la sanción consista en la privación o limitación de uno o más bienes jurídicos significa que, mediante ella, la persona titular deja de disfrutar, en forma total o parcial, respectivamente, de uno o más objetos que le servían para satisfacer necesidades. Según lo prevea el Derecho, esa privación o limitación puede ser temporal o permanente, lo cual puede depender de factores como la gravedad de la conducta ilícita cometida, la lesión causada con el acto ilícito, el tipo de sujeto que se sea, el ámbito de libertad que se tuvo cuando se ejecutó el acto ilícito, etc.

- d) Por su parte, en la definición propuesta, el acto ilícito ha de entenderse como una conducta activa o negativa de cuya realización en el mundo de los hechos depende la ejecución de la sanción (Kelsen, 2011, p. 72 - 73).
- e) Cuando se afirma que con las sanciones se persiguen ciertos objetivos, se quiere hacer notar que ellas operan como mecanismos del ordenamiento jurídico para alcanzar determinados fines, los cuales pueden ser la reparación de un daño o perjuicio; la prevención de la ocurrencia de un daño o un perjuicio; la compensación de ciertos intereses; o, el castigo en sí mismo considerado.

Todos esos fines que pueden alcanzarse con las sanciones los recoge Francesco Carnelutti al afirmar lo siguiente:

Los medios de naturaleza diversa en que se resuelve la imposición del precepto, se denominan *sanciones*. *Sancionar* quiere decir, precisamente, hacer inviolable o sagrada alguna cosa: en este caso, el precepto.

[...]

En la primera clase de sanciones se destaca fuertemente el medio represivo, al cual, después de algunas vacilaciones, he terminado por dar el nombre de *restitución*, propio para indicar el restablecimiento de la situación anterior a la inobservancia del precepto.

[...]

En cuanto al otro tipo de sanción, todos saben cómo y por qué se llama *pena*; esta palabra, que alude al daño que se infinge al transgresor, justifica el carácter económico de la sanción, que coloca entre dos males a quien tiene la tentación de transgredir: el mal del cumplimiento (sacrificio del interés a costa del cual se decide el precepto) y el mal de la inobservancia del precepto. (2003, p. 65).

1.2. La Responsabilidad jurídica

Cuando se transgrede un deber o una obligación jurídicos, en forma imputable o reprochable, se empieza a llamar a alguna persona como responsable y se observa, además, que debido a que se le llama responsable,

esa persona podrá ser sancionada, por un tiempo generalmente determinado, al cabo del cual se extingue la oportunidad del ente sancionador de imponer legítimamente la sanción (Couture, 2010, p.141, p.573 -574, p.579-580).

Un “tipo de sumisión, que se refiere no al precepto, sino a la sanción es el de responsabilidad” (Carnelutti, 2003, p. 203), durante la cual una persona que ha de ser posiblemente sancionada (el responsable) experimenta un *estado sometimiento jurídico* que, antes de que se diera la violación al deber o la obligación, no estaba *padeciendo*. La responsabilidad jurídica, en definitiva, es un estado jurídico que consiste en que una persona es apta para ser sancionada, durante un tiempo generalmente determinado, porque se ha cometido un acto ilícito.

En todo el ordenamiento jurídico se habla de personas responsables y de diversas clases de responsabilidad jurídica. Las distintas formas de responsabilidad jurídica que pueden presentarse en un ordenamiento jurídico han de tener siempre una serie de particularidades que las hace perfectamente distinguibles entre sí, pero al mismo tiempo comparten una base que las hace ser lo que son: responsabilidades jurídicas. Esa base común es, precisamente, que son estados de sometimiento de una o más personas a la posibilidad jurídica y legítima de ser sancionadas porque se ha realizado un acto ilícito (condicionante de la sanción) (Kelsen, 2009c, p. 39 -40).

Véanse tres ejemplos, en los que se perciben tanto las características diferenciadoras, como las comunes:

- a) Si una parte de un proceso engaña fraudulentamente a un juez para obtener una sentencia contraria a Derecho, en Colombia comete el delito de Fraude Procesal, que detona la posibilidad jurídica y legítima del poder penal para llevar al autor del ilícito a prisión por un tiempo determinado. Desde que se comete el fraude procesal y por un tiempo determinado, el autor del acto ilícito se ve expuesto a ser condenado a prisión, que es una sanción limitativa de la libertad.
- b) Si un empleador, por su parte, intencionalmente no paga los salarios de un empleado, cuando el contrato de trabajo termine, aquél incurre en una sanción pecuniaria que se denomina en Colombia indemnización moratoria. Desde que el contrato termina sin estar quien era empleador a paz y salvo con los salarios, este se ve expuesto durante un tiempo determinado a que un juez laboral lo condene, no sólo a ponerse al día con

los salarios, sino también a darle al extrabajador un dinero adicional por la mora, lo cual es una sanción pecuniaria por el impago de los salarios durante la existencia del contrato de trabajo, que limita el patrimonio del empleador en cuanto lo disminuye.

- c) Y si un transportador está transportando la mercancía de un remitente y en el transcurso del recorrido ella perece sin poderse demostrar una causa extraña que explique la pérdida ocurrida, aquél deberá, además de reponer la mercancía, indemnizar otros perjuicios de aquellos que sufra el remitente con dicha pérdida. La reparación de esos perjuicios será la sanción civil que, durante un tiempo determinado, podrá un juez civil imponerle al transportador por haber incumplido el contrato de transporte, sanción esta mediante la cual se le limita el patrimonio al transportador en cuanto lo disminuye.

1.2.1 La responsabilidad civil

¿A qué llamar responsabilidad civil? Algo resulta indiscutible y obvio: se debe llamar responsabilidad civil a una especie de responsabilidad jurídica. Sin embargo, en frente de esa especie de responsabilidad jurídica en que consiste la responsabilidad civil se perciben, al menos, dos problemas: en primer lugar, ¿hasta dónde llega la órbita de acción de la responsabilidad civil?; y, en segundo lugar, ¿qué es la responsabilidad civil?

El primero de los problemas se presenta porque la extensión de la responsabilidad civil dependerá siempre de la posición jurídica que se adopte en relación con los requisitos necesarios para la constitución de la misma, lo cual es un tema que se abordará en el segundo capítulo de este trabajo.

El segundo de los problemas se presenta porque algunos doctrinantes piensan que la responsabilidad civil se limita a ser en sí misma una especie más de obligación civil, mientras que otros la consideran una consecuencia jurídica, y otros, como un estado jurídico de sometimiento a una especie de sanción. Este segundo problema se trata a continuación, dándole paso a ciertos doctrinantes civilistas que a su manera definen qué es la responsabilidad civil y, al cabo de ello, proponiendo una definición propia.

- a) En el discurso jurídico de Geneviève Viney (2007) claramente se observa que ella concibe a la responsabilidad civil como la obligación de reparar los perjuicios que se han causado a otra persona:

La obligación, para el deudor, de reparar las consecuencias de los daños causados por la inejecución o la mala ejecución de sus obligaciones contractuales es al menos tan antigua como aquella que pesa sobre el autor de un “delito” o de un “cuasidelito” civil, y ella es admitida en forma universal. Pero si la coexistencia de las dos ramas hoy designadas por la expresión “responsabilidad contractual” y “responsabilidad delictual” ha sido siempre y parece prácticamente inevitable, ¿es igualmente evidente que esta heterogeneidad de las fuentes debe entrañar la organización de regímenes diferentes? (p.329).

- b) En la concepción jurídica de Phillip Le Tourneau (2004) también se percibe que la responsabilidad civil es una forma de obligación que, según se le mire, cumple diversos objetivos:

La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la *reparación*, que consiste en re establecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; presenta también un aspecto *preventivo* (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad). La responsabilidad civil permite también diluir *la carga de un daño*, cuando es inequitativo que este sea soportado por quien lo ha causado (por la vía de la Seguridad Social y del Seguro). Finalmente la reparación conlleva un aspecto *punitivo* (de pena privada), especialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero (p.21).

- c) El Jurista colombiano Álvaro Pérez Vives (1957), por momentos sostiene que la responsabilidad civil es “algo” del que surgen obligaciones y por otros, que ella es en sí misma una obligación indemnizatoria:

Pese a la clasificación de las fuentes de las obligaciones que hace la doctrina moderna es, hoy por hoy, universalmente aceptada, nosotros hemos resuelto –después de muchas meditaciones y de haber seguido la nomenclatura moderna en las conferencias de los años de 1946 a 1948 inclusive— variarla en algunos aspectos, así: Las obligaciones nacen 1º) de los actos jurídicos; 2º) del enriquecimiento sin causa; 3º) de la *responsabilidad civil: precontractual, contractual, postcontractual y extracontractual (delictual y cuasidelictual)*; y, 4º) de la ley.

[...]

Para los hermanos Mazeaud, la obligación que nace del acto jurídico se diferencia nítidamente de la que genera el incumplimiento de aquélla. La responsabilidad civil (obligación de indemnizar) no puede identificarse con la prestación que es objeto de la obligación convencional incumplida, ni puede presentarse simplemente como efecto de ésta. (p. 15-16).

- d) El Profesor Javier Tamayo Jaramillo (2013) considera que la responsabilidad civil es una consecuencia jurídica que conlleva a la obligación de reparar el daño causado:

En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia. (p.8).

- e) Por su parte, el Jurista Adriano de Cupis (1975) afirmó hace mucho tiempo que la responsabilidad civil es una especie de *sumisión* a una reacción jurídica por la comisión de un daño, en virtud de la cual se le impone a una persona la carga de resarcirlo:

La definición más exacta de responsabilidad civil es la que ven en ella la posición de desventaja del sujeto al que el ordenamiento jurídico transfiere la carga del daño privado mediante la imposición de su reparación; tal sujeto (responsable) sufre la reacción jurídica encaminada a colocar el daño a su cargo imponiéndole su reparación. La misma responsabilidad consiste en la sumisión a tal reacción, en la necesidad jurídica de tenerla que soportar.

Este sometimiento, esta necesidad jurídica, se concreta en el ligamen impuesto a la libertad de querer de aquél, a quien jurídicamente, se transfiere la carga del daño, sometiéndolo al deber de resarcir. Este ligamen, este vínculo, constituye la responsabilidad civil considerada en desde su aspecto personal. (p. 579).

Pues bien: teniendo en cuenta lo afirmado por los juristas citados, así como la propuesta teórico-general que se ha hecho sobre lo que es la responsabilidad jurídica, y reconociendo que con la responsabilidad civil se pueden cumplir diversos objetivos, se cree que ella se puede definir como un estado jurídico de sometimiento de una o más personas a las sanciones provenientes del Derecho Privado, debido a que se han cometido uno o más actos ilícitos a juicio de este Derecho, con las cuales se pueden alcanzar objetivos como la prevención de ocurrencia de daños y perjuicios, la reparación de perjuicios a las víctimas, la compensación de perjuicios a las víctimas o la punición privada de ciertas conductas consideradas como altamente perjudiciales.

Las sanciones que se prevén en el Derecho Privado suelen atribuirse mediante la imposición de obligaciones a cargo del responsable y favor de la víctima. Mediante el cumplimiento de dichas obligaciones en que se materializan las sanciones del Derecho Privado es como se alcanzan los objetivos ya mencionados: la prevención de ocurrencia de daños y perjuicios, la reparación de perjuicios a las víctimas, la compensación de perjuicios a las víctimas o la punición privada de ciertas conductas.

2. Diversas posiciones sobre la configuración de la responsabilidad civil

En este segundo capítulo se pretende analizar algunas propuestas sobre la configuración de la responsabilidad civil como fenómeno de sumisión a sanciones. Se han recogido de una manera propia, después de una observación del estado del arte de la Academia.

El plan que se seguirá para el análisis de cada posición es el siguiente: en primer lugar, se enunciará la posición sobre la configuración de la responsabilidad civil; en segundo lugar, se explicarán los elementos configurativos de cada posición; y, en tercer lugar, se fijarán los objetivos que acepta cada posición para la responsabilidad civil.

2.1. La posición más tradicional sobre la configuración de la responsabilidad civil

2.1.1. Enunciación de la posición

Esta posición afirma que la responsabilidad civil se configura cuando se presentan estos elementos: un acto ilícito, un perjuicio patrimonial en cualquiera de sus modalidades (daño emergente y lucro cesante) y una relación de causalidad entre el acto ilícito y el perjuicio patrimonial.

2.1.2. Explicación de los elementos configurativos

Como elementos configurativos de esta posición se encuentran los siguientes: el acto ilícito, la relación de causalidad y el perjuicio patrimonial en sus dos grandes modalidades (daño emergente y lucro cesante).

a) El acto ilícito.

El acto ilícito es una especie de acto jurídico, como también lo es el acto lícito. Su diferencia específica es que es ilícito. Que sea ilícito significa que contraría al menos una de las normas primarias imperativas que existen en el ordenamiento jurídico y, por ello, detona la posibilidad legítima de imponer a alguien una sanción que aparece como consecuencia jurídica prevista en dicha norma primaria imperativa.

Una división sustancial es la que obedece al criterio político, que permite clasificar los actos en lícitos e ilícitos. En términos generales, se dice que lícito es lo conforme al derecho, lo que se produce de acuerdo con sus orientaciones y dictados, e ilícito lo que se separa de ellos, lo opuesto al derecho, aquello que lo contraría. Jurídicos son ambos actos, pues están formulados por la norma, pero según que se ajusten a sus mandatos o los contraríen, los actos son lícitos o ilícitos. (Hinestrosa, 2015, p.102).

Mucho es lo que se ha dicho sobre lo que es un acto jurídico. Para efectos de este breve escrito, se debe estipular una noción básica que nos permita continuar la reflexión: se dice entonces que un acto jurídico es una especie de hecho jurídico en sentido amplio, entendido este como “todo acontecer incluido en una norma jurídica con la prevención de ser generador de un resultado, por eso mismo, jurídico; en otras palabras es cualquiera modificación del mundo exterior [...] prevista de un factum normativo, positiva o negativamente.”

(Hinestrosa, 2015, p.97). El hecho jurídico se considera acto jurídico porque la fuerza que genera, positiva o negativamente, la mutación en el mundo exterior es la voluntad humana; es decir, un acto jurídico, es una manifestación de voluntad apta para producir efectos jurídicos.

b) Relación de causalidad.

Por razones de lógica y racionalidad, para que sea susceptible de ser indemnizado, se exige que el perjuicio, considerado como efecto, tenga que encontrar su explicación en una causa que es el acto ilícito, positivo o negativo. El acto ilícito, en tanto causa, para tener relevancia civil, en esta propuesta, requiere ser considerado la causa, la explicación de los perjuicios patrimoniales padecidos por una víctima. Si esto no se lograr probar o si no se presume, entonces los jueces deben despachar desfavorablemente cualquier pretensión de responsabilidad civil que se les formule.

Sobre la causalidad entre un acto ilícito y los perjuicios sufridos por la víctima existen dos grandes teorías: la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada. En la primera de ellas, todas las condiciones precedentes al perjuicio, lo explican, de manera que suprimida cualquiera de ellas, este desaparece. En la segunda, de todas las condiciones precedentes al perjuicio, solo una o algunas han de explicar el resultado y es en ellas en donde debe encontrarse el acto considerado ilícito; a esa o esas condiciones explicativas del resultado se les llama causalidades adecuadas, valoradas o escogidas.

La doctrina ha intentado definir los criterios de la relación causal. Dos teorías son interesantes: la *equivalencia de las condiciones* y la *causalidad adecuada* (descartando en este caso la denominada teoría de la causa próxima, es decir, de la causa más cercana del daño, lo que conduciría a injusticias. En efecto, el orden cronológico no es necesariamente el orden causal. [...]

2.19. Equivalencia de las condiciones; exposición. Según esta teoría todos los elementos que han condicionado el daño son equivalentes. Cada uno de ellos, en ausencia del cual el daño no hubiera ocurrido, es la causa del daño. La causa es pues toda condición sine qua non: quitada la causa, la consecuencia desaparece. [...]

[...]

2.21. Causalidad adecuada, ruptura entre los antecedentes. Esta teoría es menos simplista porque no admite que todos los antecedentes de un daño hayan jugado el mismo papel. [...]

[...]

[...] *hay causalidad adecuada* cuando una condición tiene la naturaleza, en el *curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida*, de producir el efecto que se ha realizado. (Le Tourneau, 2014, p.112-114).

c) El perjuicio.

En este esquema, la responsabilidad civil se detona cuando la víctima padece un perjuicio. Ese perjuicio no puede ser cualquiera, debe ser un perjuicio cualificado por una serie de características: debe ser económico (o patrimonial), directo, cierto, personal y lícito. Sin la verificación esas características, no habrá lugar a responsabilidad civil.

El perjuicio en este esquema consiste en la extensión del daño a la esfera económico-patrimonial de la víctima, esto es, en el reflejo del daño en el patrimonio económico de la víctima. Por esto se dice que el perjuicio debe ser económico y, al serlo, puede revestir dos modalidades: una disminución patrimonial (daño emergente) o un impedimento de una mejoría patrimonial (lucro cesante). Lo anterior hace notar que una cosa es el daño y otra el perjuicio, lo cual es una distinción clásica dentro de la responsabilidad civil: mientras el perjuicio es el reflejo patrimonial del daño, este último es la limitación, aminoración o deterioro de un bien jurídico realizados por una persona, en forma injustificada, esto es, bajo un actuar, activo o negativo, ilícito.

El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión— y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima—, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño. (Henao, 2007, p. 78).

El perjuicio también debe ser directo; lo es cuando se verifica la relación de causalidad ya expuesta entre el acto ilícito y el daño y cuando se verifica, además, la causalidad entre el daño y el perjuicio expuesta en la cita anterior.

El perjuicio además debe ser cierto, esto es, que debe tenerse certeza de que ocurrió, está ocurriendo, o de que ocurrirá como consecuencia, en últimas y en cualquier caso, del acto ilícito dañino. “El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.” (Tamayo, 2013b, p. 339).

El perjuicio, asimismo, debe ser personal. Tradicionalmente, con esta característica, la posición más tradicional de la responsabilidad civil ha querido sentar una premisa sobre la legitimación para reclamar un perjuicio: la regla general es que solo puede demandar la reparación o indemnización de un perjuicio quien lo ha sufrido o, en su defecto, quienes prueben ser sus herederos.

El perjuicio, finalmente, debe ser lícito. Se cree que afirmar que el perjuicio deba ser lícito es un error lingüístico. Por esencia, el perjuicio que interesa a la responsabilidad civil debe ser ilícito, porque si fuera lícito, lo más normal es que quien lo padece debería asumirlo, soportarlo, resistirlo y, en consecuencia, debería ser ajeno a la posibilidad de ser reparado o indemnizado dentro del ámbito de aquélla. Por ello, esta característica debe exponerse de la siguiente manera: el daño debe recaer sobre un bien jurídico, esto es, sobre un objeto capaz de satisfacer necesidades y que, además, protege el derecho; si ello ocurre, el perjuicio que de ello se derive habrá de resarcirse; pero, si el daño recae sobre un bien que no protege el derecho, como por ejemplo, un cargamento de heroína, lo que ocurría en el patrimonio de su propietario, el derecho no ordena resarcirlo.

2.1.3. ¿Qué objetivos de la responsabilidad civil acepta esta posición?

En esta posición, se acepta que las sanciones que se imponen bajo la sumisión en que consiste la responsabilidad civil tienen un único objetivo: reparar el perjuicio causado, bien como daño emergente o bien como lucro cesante. No tolera de ninguna manera que la víctima que ha padecido el perjuicio se enriquezca en el momento en que la reparen; la privación del patrimonio del responsable solo puede ser hasta el monto con el que el Derecho considere que los perjuicios cualificados de la víctima han sido resarcidos, indemnizados o reparados. Así las cosas, la función de la responsabilidad civil, según esta posición, consiste, en desarrollo de una justicia distributiva, exclusivamente en tratar de remediar cierto equilibrio económico roto con un acto ilícito que una o más personas han cometido (Honoré, 2013, p.130 – 145).

2.2. La posición sobre la sobre la configuración de la responsabilidad civil que acepta perjuicios extrapatrimoniales

2.2.1. Enunciación de la posición

De acuerdo con esta posición, la responsabilidad civil sirve para enfrentar afectaciones que sufren las víctimas como consecuencia del actuar de otro y que se materializan en lesiones a ciertos bienes jurídicos diferentes al patrimonio económico. Frente al perjuicio de carácter extrapatrimonial, la responsabilidad civil siempre ha enfrentado un problema y ha sido la dificultad de dejar indemne a una víctima en relación con ciertos bienes jurídicos que no son el patrimonio económico. Quizá por esa razón, en la doctrina civil ha hecho carrera la idea según la cual los perjuicios considerados como extrapatrimoniales no se indemnizan ni reparan, sino que tan solo se *compensan*.

2.2.2. Explicación de los elementos configurativos

En esta forma de concebir la responsabilidad civil, el perjuicio extrapatrimonial es un añadido a la anterior posición. Por ello, todos los elementos explicados en la anterior propuesta deben entenderse incluidos aquí y, por ende, sobra repetir su explicación. A continuación, tan solo se abordará el elemento novedoso: el perjuicio extrapatrimonial.

Sea oportuno comenzar diciendo que, en nuestra opinión, en lo que se refiere a los perjuicios extrapatrimoniales, necesariamente se pierde la distinción clásica entre daño y perjuicio ya explicada. Lo anterior se debe a una razón elemental, cual es que se pierde de vista, en este caso, al patrimonio económico, que es donde clásicamente se presenta el perjuicio. Se dice, por tanto, que en este punto, las expresiones perjuicio extrapatrimonial y daño extrapatrimonial resultan ser sinónimas.

Los perjuicios extrapatrimoniales, en forma literal, hacen referencia a la lesión de cualquier bien jurídico diferente al patrimonio económico. Sin embargo, el alcance de la expresión no ha sido jurídicamente el que se acaba de exponer, porque al revisarse la academia, con los perjuicios extrapatrimoniales tan solo se hace referencia a la lesión de ciertos bienes jurídicos diferentes al patrimonio económico (lo cual, como es sabido, se presenta actualmente en Colombia).

Se expone, a continuación, algunos de los perjuicios considerados como extrapatrimoniales:

En primer lugar, el perjuicio extrapatrimonial más conocido es el daño moral. Muchas son las definiciones que sobre el mismo existen, pero se puede decir que este es “el dolor interno de una persona por afectaciones graves en su estado de salud, honra, bienes” (Álvarez, 2011, p.176).

En segundo lugar, en sede los perjuicios extrapatrimoniales, se ha reconocido como tal al perjuicio que algunos denominan fisiológico que, en forma sintética, se puede decir que consiste en una limitación anatómico-funcional o de carácter psicosocial que una persona padece (Álvarez, 2011, p.178-179).

En tercer lugar, algunos han llegado a hablar de un perjuicio extrapatrimonial denominado daño a la vida en relación, el cual “se trata de una clase de daños derivada de una lesión corporal, que impedía (sic) a la víctima desarrollar actividades diferentes a las laborales, como recreativas o sociales.” (Álvarez, 2011, p.179).

En cuarto lugar, también en este ámbito se ha hablado del daño biológico, para denotar lesiones a bienes jurídicos como la aptitud física, la aptitud orgánica, la capacidad sexual y la tranquilidad emocional de las personas (Álvarez, 2011, p.191).

Y en quinto lugar, algunos han acogido la expresión daño a la salud para referirse a afectaciones o lesiones en la integridad psicofísica y emocional de las personas (Álvarez, 2011, p.179).

2.2.3. ¿Qué objetivos de la responsabilidad civil acepta esta posición?

En esta posición se ve que la reparación clásica de los perjuicios patrimoniales es admisible, pero ella no es el único objetivo de la responsabilidad civil, pues al aceptarse la existencia de ciertos perjuicios extrapatrimoniales, la responsabilidad civil comienza a tener una finalidad compensadora mediante la cual, si bien a una persona no se le puede reparar un determinado bien jurídico, se le da una suma de dinero con la cual, se supone, le es más llevadera la afectación a ese bien que resulta ontológicamente irreparable.

2.3. La posición punitiva sobre la configuración de la responsabilidad civil

2.3.1. Enunciación de la posición

Esta posición reconoce que la configuración básica de la responsabilidad civil puede seguir siendo, unificadamente, la expuesta en los numerales 2.1.1 y en el 2.2.1. Sin embargo, ella centra su atención más que en los perjuicios causados, en el acto ilícito mismo. Entre los actos ilícitos, unos pueden ser más graves que otros; unos pueden ser más reprochables que otros. Cuando se presentan actos ilícitos con una gravedad desmedida, según esta posición, puede utilizarse un tipo de sanción privada que subyace al concepto denominado *daños punitivos*. Que ellos estén o no presente en un determinado ordenamiento jurídico no es más que una decisión política de quien tiene la potestad y la competencia para crearlo, así como también lo es la selección de conductas a las cuales, bajo un sistema de responsabilidad civil, se les pueden conectar dichos daños punitivos como consecuencia.

2.3.2. Explicación de los elementos configurativos²

[...] Los “daños punitivos” son una institución que, en la actualidad, es considerada típicamente anglosajona. Sin embargo, sus primeras manifestaciones se remontan, realmente, al Código de Hammurabi, en donde se consagraron sanciones de carácter dinerario (Leyes 207 y 208) y de especie (como la Ley 120) por razón de los daños irrogados. Esta consagración fue retomada posteriormente por la Ley de las XII Tablas romana, que en la Tabla VIII, *De Delictus*, consagro (*sic*) una acción procesal denominada *actio iniuriarium*, mediante la cual se sancionaban las lesiones al honor con castigos cuyo beneficiario era la víctima del perjuicio, acercándose así a la estructura de los daños punitivos. (Rojas, 2014, p 118)

Daños punitivos es una denominación en sí misma equivocada a la hora de atribuirle significado en castellano. Los daños no son los punitivos, lo punitivo es el tipo de sanción que se impone como consecuencia de la realización de una conducta.

2 Como se dice que esta posición acepta lo dicho en los numerales 2.1.1 y 2.2.1, aquí no se hará una repetición de los elementos estructurales ya explicados, sino tan solo de aquellos que, a la altura del texto, resultan novedosos.

Cuando se opta por los daños punitivos, el análisis se centra en la conducta del agente. Así, si se observa, por ejemplo, que el agente no le teme a una reparación perjuicios y, por ende, actúa dañosamente; o que este hizo, por ejemplo, un cálculo de cuánto iba obtener por dañar a una persona contra lo que cuesta repararla y actúa, luego, porque ese análisis le arrojó una cifra a su favor; o que su conducta es considerada socialmente como abyecta, cabe utilizar las sanciones que van detrás de los daños punitivos.

[...] Un punto común en todas estas elaboraciones es el *grave reproche subjetivo de la conducta*. Ciertamente, la imposición de los *punitive damages* ha estado normalmente condicionada a que el victimario sancionado hubiere actuado en forma subjetivamente reprochable. La cuestión en cualquier caso, es determinar el alcance del concepto *subjetivamente reprochable*, aspecto éste último en el que no existe acuerdo en la jurisprudencia y la doctrina. En efecto, las noción han sido flexibles: en algunos períodos, el juicio de reproche ha sido más estricto, mientras que en otros ha sido más laxo. Sin embargo, como se decía, la regla general para la condena por daños punitivos, es que exista un factor subjetivo de imputación que habilite su imposición. (Rojas, 2014, p 121-122)

Las sanciones que van tras los daños punitivos suelen materializarse en sumas de dinero que habrá de pagar el responsable y que son adicionales al costo que tiene la común y corriente reparación o compensación de los perjuicios causados. Esa suma, además, suele recibirla la víctima, enriquecimiento este al que no le ven problema alguno los que defienden esta tesis a ultranza o que quizás consideran como el costo que debe pagarse para ejemplificar e intimidar desde las esferas del Derecho Privado.

Como ya se dijo, el acto ilícito es el centro de atención de la propuesta punitiva de la responsabilidad civil. Entre más reprochable sea una conducta, mayor puede ser la sanción económica y punitiva que se imponga a su autor. Por ello, en su forma más pura, nada impide que los daños punitivos sean también un recurso para castigar conductas, desde el Derecho Privado, que no causan perjuicio o daño algunos, pero que, en todo caso, pudieron causarlos o que en sí mismas se consideran altamente reprochables.

2.3.3. ¿Qué objetivos de la responsabilidad civil acepta esta posición?

Al observarse un estado jurídico de responsabilidad civil del cual pueden desatarse sanciones económicas basadas en la teoría de los daños punitivos,

se concluye que el castigo o reproche directo de ciertas conductas puede perfectamente fungir como un añadido a la reparación de los perjuicios patrimoniales y a la compensación de perjuicios extrapatrimoniales. Asimismo, mediante sanciones económicas fuertes, adicionales al valor de los perjuicios causados, el Derecho se vale, evidentemente, de la forma más natural del ser humano para evitar que otros hagan o dejen de hacer algo: la amenaza (Nino, 2007, p.81).

2.4. La posición preventiva sobre la configuración de la responsabilidad civil

2.4.1. Enunciación de la posición

Según esta posición, mediante condenas de responsabilidad civil, los jueces tienen la posibilidad de prevenir la consumación de daños y perjuicios potenciales pero de cercana ocurrencia. El juez, entonces, según esta posición, comenzaría a tener legitimación, no solo para entrar a actuar después de que ha habido daños o perjuicios, sino también desde antes, dando la orden de hacer cesar los actos que probablemente los causarán.

2.4.2. Explicación de los elementos configurativos

Esta posición acepta los conceptos de acto ilícito, relación de causalidad, daño y perjuicio, los cuales ya han sido explicados. Sin embargo, pretende considerar también como objeto de la responsabilidad civil el hecho de poner en marcha actos altamente capaces de causar daños y perjuicios. Quienes creen en lo anterior aceptan lo que, actualmente, llaman en la doctrina como la prevención en la responsabilidad civil y pretenden que la Jurisdicción, aparato complejo de poner en marcha en forma eficiente, tenga a su servicio procedimientos para que los jueces emitan condenas mediante las cuales hagan cesar ciertos actuares.

Las demandas de responsabilidad civil no tendrían que aguardar a la consumación de un daño cierto y directo. Sería factible iniciar un proceso cuando ese daño es meramente potencial o contingente, con la pretensión de que el juez ordene medidas conducentes a su evitación o prevención. La *tutela inhibitoria* permitiría iniciar procesos de responsabilidad, sin daño consumado, sino solamente con daño contingente. (Rojas, 2014, p 139)

Sobre la forma de concebir la prevención tal como se acaba de exponer, se tienen algunas observaciones:

- a) Se está de acuerdo con que una función del Derecho es prevenir que se consumen los daños y perjuicios, así como que para eso puede haber ciertos jueces. Sin embargo, no se puede aceptar que a esto que se viene de exponer se le considere como una forma de responsabilidad civil, porque, en realidad, en lo que se explicó, a quien se le ordena que cese cierto actuar, no se le ordena porque haya cometido un acto ilícito, sino porque puede llegar, probablemente, a cometerlo; es decir, la orden de cesar un actuar no es en la posición expuesta, técnicamente, una sanción, sino tan solo la emisión de una orden mediante la cual, en el fondo, el Derecho sacrifica un interés jurídico de menor entidad por la protección de uno que considera más importante. Por ello se cree que lo que arriba se expuso sobre la prevención en la responsabilidad civil es, realmente, un problema de medidas cautelares encaminadas a la evitación de ciertos daños y perjuicios, mas no de responsabilidad jurídica.
- b) En la responsabilidad civil, por su parte, sí hay formas precisas de observar la prevención de daños y perjuicios como uno de sus posibles objetivos. Véase:

En primer lugar, debe considerarse que, en cualquier sociedad, un sector importante de la misma siempre habrá de sentirse temeroso de ser sancionado con una cuantiosa obligación de tener que reparar o compensar unos perjuicios, lo cual lleva a que este sector se comporte con más cuidado y así, necesariamente, la tasa de daños y perjuicios se ve disminuida.

Y, en segundo lugar, para el resto de la población que no encaja en el sector mencionado, en tanto no se siente intimidado con verse abocado a la posibilidad de ser obligado a reparar o compensar unos perjuicios, en todo caso, se le puede intimidar mediante la figura de los daños punitivos.

En definitiva, la responsabilidad civil puede prevenir, como lo hace por excelencia cualquier responsabilidad jurídica: intimidando con la imposición sanciones que bajo su órbita pueden llegar a imponerse.

2.4.3. ¿Qué objetivos de la responsabilidad civil acepta esta posición?

Esta posición reconoce todos los objetivos anteriormente expuestos, haciendo énfasis en otro más: la prevención de daños y perjuicios, mediante actuares cautelares de los jueces.

Se cree que la prevención en la responsabilidad civil sí es un objetivo de la misma, pero que a él se llega solo de una manera: intimidando a la población con posibles sanciones.

2.5. La posición expansiva sobre la configuración de la responsabilidad civil

2.5.1. Enunciación de la posición

Según esta posición, la responsabilidad Civil se detona, no solo cuando se dan los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ya vistos, sino también cuando se causa cualquier *daño* contra *cualquier bien jurídico* como consecuencia de un acto ilícito, teniendo en cuenta que sus partidarios consideran como daño tanto todo aquello que ya se ha dicho, como cualquier interferencia injustificada en la esfera jurídica de otro. De ahí la denominación que se ha dado, pues aceptar esta posición es ampliarle la cobertura a la órbita de la responsabilidad civil.

2.5.2. Explicación de los elementos configurativos Los elementos completos de esta propuesta ya han quedado explicados a lo largo de este escrito. Esta posición reconoce como tales al acto ilícito, a la relación de causalidad, al daño y al perjuicio. Lo relevante aquí es que la responsabilidad civil tiene efectos jurídicos desde el daño mismo (incluyendo como posible variable del daño a cualquier interferencia injustificada en la esfera jurídica de otro) y no a partir del perjuicio considerado en forma estricta, ni a partir de los perjuicios cuya compensación había sido ya aceptada en la doctrina.

En esta posición, habría que sancionar desde la responsabilidad civil a aquel que, sin justificación alguna, impida a otro vestir de una determinada manera; o a la persona que camine todos los días sin permiso por un predio ajeno sin afectarlo; o al que monte el caballo ajeno sin permiso y sin afectarlo; o al amigo que, sin permiso, utilice la ropa de otro sin deteriorarla; y, en general, a todo aquel que se valga de una

situación jurídica de ventaja de otro sin su autorización y sin afectarla (Barker, 2014, p. 631-658).

Aun en los supuestos en que a primera vista, el daño no parece derivarse de la violación del derecho, una atenta reflexión induce a reparar en su presencia. Así, por ejemplo, la entrada abusiva en el fundo ajeno constituye siempre una violación dañosa de la norma protectora del interés del propietario, aunque no se haya ocasionado perjuicio alguno al cultivo, que pueda repercutir en la producción, sin embargo con ello se ha lesionado el interés del propietario del fundo, que no debe sufrir inmisiones o invasiones en la cosa propia, por cuanto está reservada a su uso exclusivo. Se ha perjudicado, por lo expuesto, el interés al goce exclusivo, que constituye precisamente el interés protegido. (De Cupis, 1975, p.91).

2.5.3. ¿Qué objetivos de la responsabilidad civil acepta esta posición?

Esta propuesta, perfectamente, acepta todos los objetivos que pueden alcanzarse mediante la responsabilidad civil y que ya han sido mencionados.

3. Revisión de algunas figuras jurídicas del derecho colombiano

A continuación, se revisarán algunas figuras del Derecho colombiano a partir de lo visto en los capítulos anteriores.

Se advierte al lector que a continuación se realiza apenas un esbozo. En él sólo encontrará ejemplos de las posiciones punitiva y preventiva de la responsabilidad civil. No encontrará ejemplos de la posición tradicional ni de la posición que acepta perjuicios extrapatrimoniales, porque ya han sido suficientemente tratadas en nuestro medio. Tampoco habrá mención alguna a la posición expansiva, pues se considera que requiere una ejemplificación extensa.

3.1. La cláusula penal

El código civil prevé la cláusula penal, que es un negocio jurídico mediante el cual las partes de una relación jurídica obligacional principal prevén como sanción una obligación accesoria que se causa cuando se da un incumplimiento de la parte contra quien se establece; o, dicho de otra manera, ella es “una estipulación negocial accesoria a una relación obligatoria, para el caso de incumplimiento, con función conminatoria, a la vez que de estimación antelada de perjuicios.” (Hinestrosa, 2008, p.224).

Se cree que de una interpretación sistemática de la regulación de la cláusula penal en Colombia, se puede decir que ella, según como se pacte, puede cumplir tres funciones: en primer lugar, ser compensatoria de la obligación principal incumplida y de los perjuicios causados con el incumplimiento; en segundo lugar, ser solo compensatoria de los perjuicios sufridos por el incumplimiento o solo de la obligación principal incumplida; y, en tercer lugar, ser una pena económica que se puede cobrar en forma adicional a la exigencia de la obligación principal y a los perjuicios que se causen.

Cualquiera que sea la función que cumpla la cláusula penal, en ella siempre se verá un aspecto punitivo de la responsabilidad civil, al que hace referencia el artículo 1599 del código civil: la posibilidad de poderse cobrar a pesar de no haber daño o perjuicio algunos. Véase el artículo mencionado:

Artículo 1599.—Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio. (Negrillas propias).

Obsérvese que la cláusula penal se puede cobrar, a pesar de que no se presente perjuicio alguno para la víctima de un incumplimiento, lo que denota que, mediante ella, las partes pueden dotar de mayor reprochabilidad a una conducta que, por naturaleza, sería tan solo un incumplimiento que cobraría trascendencia jurídico-civil en la medida en que fuera la causa de un perjuicio o un daño cualificados por el Derecho Privado.

Asimismo, el artículo citado permite concluir que es perfectamente posible y lícito que una persona a la que le han incumplido una determinada obligación se enriquezca como consecuencia de cobrar una determinada cláusula penal;

todo dependerá de las circunstancias del caso concreto y de la forma como la cláusula penal se establezca.

3.2. Sanción monetaria por pacto ilegal de intereses

En Colombia, el rendimiento financiero del dinero tiene límites. No cualquier interés puede pactarse, pues cuando se excede el tope, se activa un panorama restitutorio del exceso cobrado, así como un panorama de responsabilidad civil bajo el cual debe dársele a la víctima, además de lo devuelto, otro tanto igual a este. Con dicha regulación, se puede llegar a enriquecer a la víctima y a despatrimonializar fuertemente al victimario, sin consideración alguna al perjuicio padecido por la primera, sino atendiendo a lo reprochable que considera el ordenamiento jurídico cobrar intereses de cualquier clase por encima de los topes permitidos. La economía es un aspecto vital para la coexistencia y seguridad de la sociedad, luego el Derecho requiere que ella (la economía) tenga cierta estabilidad para evitar conflictos de voluntades; una forma de hacerlo es limitando el cobro de intereses en forma desmedida y, es por ello que, si alguien lo hace, se le reprocha fuertemente su actuar mediante un castigo (Recasens, 2006, p.220 – 231).

La ley 45 de 1990, en su artículo 72, consagra tanto la obligación de restituir el exceso de intereses cobrado en forma ilícita, como la obligación de dar otro tanto igual al devuelto, como pena, como daño punitivo:

Sanción por el cobro de intereses en exceso.

Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción.

Parágrafo. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, ésta velará porque las mismas cumplan con la obligación de entregar las sumas que de conformidad con el presente artículo deban devolverse.

Con la regulación propuesta, en definitiva, se quiere, pues, evitar que se comentan actos desestabilizadores de la economía (prevención); se castiga a quien atenta contra esa estabilidad (punición); y, se le restituye al afectado lo que perdió (reparación).

3.3. Las acciones populares

Las acciones populares reguladas por la ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 98 de la Constitución colombiana de 1991 permiten, en el Derecho colombiano, la evitación de ocurrencias de daños contingentes y colectivos. Es decir, son acciones que le dieron capacidad a ciertos Jueces en Colombia para pronunciarse ante daños que no son ciertos, ni personales. Mediante una acción popular, entonces, una persona puede pedir que se haga cesar una amenaza de daño colectivo, lo cual, en estricto sentido, según lo expuesto en este artículo, si bien es un tema tratado por la Jurisdicción, no debe considerarse un fenómeno de responsabilidad jurídica, porque dar la orden de hacer cesar un peligro de daño, ora colectivo, ora contra persona determinada, no es una sanción, ya que a quien se le ordena el cese no ha cometido acto ilícito alguno. Asimismo, se puede decir que las acciones populares son la expresión más clara en Colombia de la posición preventiva expuesta en el capítulo anterior y con la cual, tal como la trata la doctrina, no se está de acuerdo.

El artículo 2 de la ley 472 de 1998 define las acciones populares así:

Artículo 2º.- Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Por su parte, el artículo 9 de la misma ley expresa cuándo es procedente una acción popular, permitiendo su formulación a pesar de no haber daño cierto:

Artículo 9º.- Procedencia de las Acciones Populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

Y el artículo 12 de dicha ley, determina quiénes son legitimados para proponer las acciones colectivas, permitiendo que se pretenda por la protección de un bien jurídico cuyo daño o posible daño no son personales:

Artículo 12º.- Titulares de las Acciones. Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.
2. Las organizaciones No Gubernamentales, la Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se hayan originado en su acción u omisión.
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.
5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos o intereses.

Conclusiones

Como conclusiones de este escrito, se puede plantear lo siguiente:

1. Una sanción jurídica es un acto jurídico coactivo que se ejecuta en contra de una persona considerada como responsable, que consiste en la privación o limitación de uno o más bienes jurídicos de ésta, porque en el mundo fenomelógico se ha cometido un acto jurídico ilícito (Kelsen, 2009b, p.50 -74). Ese acto jurídico en que consiste la sanción lo materializa otra persona con potestad para ello y siempre persiguiendo un objetivo determinado.
2. La responsabilidad jurídica, en definitiva, es un estado jurídico que consiste en que una persona es apta para ser sancionada, durante un tiempo generalmente determinado, porque se ha cometido un acto ilícito.

3. La responsabilidad civil es un estado jurídico de sometimiento de una o más personas a las sanciones provenientes del Derecho Privado, debido a que se han cometido uno o más actos ilícitos a juicio de este Derecho, con las cuales se pueden alcanzar objetivos como la prevención de ocurrencia de daños y perjuicios, la reparación de perjuicios a las víctimas, la compensación de perjuicios a las víctimas o la punición privada de ciertas conductas consideradas como altamente perjudiciales. Las sanciones que se prevén en el Derecho Privado suelen atribuirse mediante la imposición de obligaciones a cargo del responsable y favor de la víctima.
4. Son objetivos posibles de la responsabilidad civil: la prevención de ocurrencia de daños y perjuicios, la reparación de perjuicios a las víctimas, la compensación de perjuicios a las víctimas o la punición privada de ciertas conductas consideradas como altamente perjudiciales.
5. En Colombia se encuentra que la responsabilidad civil, actualmente, se puede configurar, por supuesto, desde la posición tradicional sobre la configuración de la responsabilidad civil. Sin embargo, también se pueden observar figuras cercanas al daño punitivo, de compensación de daños extrapatrimoniales y de prevención de daños bajo sistemas de medidas cautelares.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, A.O. (2011). Los daños inmateriales: Estado de la Jurisprudencia en Colombia y en el Derecho Comparado. En Aramburo Calle, M. (Ed.), *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Tomo I.* (169-207). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Barker, K. (2014). "Damages without Loss": Can Hohfeld Help? *Oxford Journal of Legal Studies*. Volumen 34, No. 4. pp. 631–658.
- Carnelutti, F. (2003). *Teoría General del Derecho* (C.G. Posada, trad.). Granada: Editorial Comares, S.L.
- Colombia. Congreso de La República de Colombia. Ley 45 de 1990.
- Colombia. Congreso de La República de Colombia. Ley 472 de 1998.

- Colombia. Congreso La República de Colombia. Código Civil Colombiano.
- Couture, E.J. (2010). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Editorial B de F.
- De Cupis, A. (1975). *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil* (A. Martínez, trad.). Barcelona: Bosch.
- García, E. (2011). *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y Crítica*. México D.F.: Ediciones Coyoacán.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (M. Carbonell & P. Salazar, trads.). Madrid: Trotta.
- Hart, H.L.A. (2007). *El Concepto de Derecho* (G. Carrión, trad.). Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Henao, J.C. (2007). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2008). *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. I*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes las obligaciones: EL NEGOCIO JURÍDICO Volumen I*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hohfeld, W.H. (2004). *Concepto Jurídicos Fundamentales* (G. Carrión, trad.). México D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A.
- Honoré, A. (2013). La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En Bernal Pulido, C & Fabra Zamora, J (Ed.), *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. (119-151). Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho (R J. Vernengo)*. México D.F: Editorial Porrúa.
- Kelsen, H. (2009b). *General Theory of Law and State* (A. Wedberg, trad.). New Jersey: The Law Book Exchange. Ltd.
- Kelsen, H. (2009c). *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho* (L. Legaz, trad.). Colección Clásicos del Derecho. Madrid: Editorial Reus S.A.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho* (G. Robles & F.F. Sánchez, trads.). Madrid: Editorial Trotta.

- Le Tourneau, P. (2004). *La Responsabilidad Civil* (J. Tamayo, trad.). Santa Fe de Bogotá: Legis.
- Le Tourneau, P. (2014). *La Responsabilidad Civil Profesional* (J. Tamayo, trad.). Santa Fe de Bogotá: Legis.
- Nino, C.S. (2007). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.
- Pérez, A. (1957). *Teoría General de las Obligaciones. Volumen I. Primera Parte*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Sección de extensión cultural.
- Recaséns, L. (2006). *Filosofía del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Rojas, S. (2014). Responsabilidad Civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales.
- Tamayo, J. (2013). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*. Santa Fe de Bogotá: Legis.
- Tamayo, J. (2013b). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*. Santa Fe de Bogotá: Legis.
- Viney, G. (2007). *Tratado de Derecho Civil Introducción a la Responsabilidad* (G. Montoya). Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil 1* (A. Kemelmajer, trad.). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.