

Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI¹

Civil Liability and Risk in Colombia: Notes for the Development of the Risk Theory in the XXI Century

Responsabilité civile et risque en Colombie : notes sur le développement de la théorie du risque dans le siècle XXI

Maximiliano A. Aramburo Calle²

Resumen

A partir de la inquietud sobre el debilitamiento del concepto de culpa como factor de imputación de responsabilidad civil y su reemplazo —nuevamente— por el de riesgo, se indaga en este artículo por la extensión a la responsabilidad civil del concepto de riesgo, creado por la doctrina penal, y por la posibilidad de aplicar en Colombia regímenes de responsabilidad objetiva distintos de los desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que se revelan insuficientes. Esto permitirá finalmente proponer la aplicación en el ordenamiento colombiano de una tendencia europea que traslada, con éxito, al derecho de daños, factores de imputación objetivos que superan las insuficiencias de la culpa.

Palabras Clave: Responsabilidad civil, Delitos civiles, Responsabilidad objetiva, Riesgo, Daño.

-
- 1 Artículo resultado final del proyecto de investigación: “Nuevos alcances de la teoría del riesgo en responsabilidad civil extracontractual”, ejecutado con financiación interna de la Universidad Eafit de Medellín, según convocatoria de 2006. En él participaron, como investigador principal ARANGO BENJUMEA, Carlos Julio; como asistente de investigación el autor del presente artículo y como auxiliar de investigación el estudiante de último año de Derecho, RENDÓN VERA, José Santiago. Se contó así mismo con la participación de los estudiantes URIBE MESA, Andrés Felipe; ESTRADA MONTOYA, Susana y ISAZA RAMÍREZ, Esteban.
 - 2 Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor e investigador de la Universidad Eafit. Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros y en Derecho Penal, ambas por la Universidad Eafit. Correo electrónico: marambur@eafit.edu.co.

Este artículo fue recibido el día 21 de enero de 2008 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 7 del 15 de mayo de 2008.

Abstract

From the inquiry on the weakening of the concept of fault as an attribution criteria and its replacement —once again- by the notion of risk, this paper asks on the extent of the concept of risk created by criminal law theory, to tort law, and on the possibility of applying in Colombia strict liability systems, other than the developed by the Supreme Court of Justice, revealed insufficient. This will allow us to propose the application on our legal system of a European trend which transfers successfully to tort law objective attribution criteria, overcoming the inadequacy of fault.

Key Words: Civil liability, Torts, Strict liability, Risk, Damage.

Résumé

De l'enquête sur l'affaiblissement du concept de faute comme un facteur d'imputation de responsabilité civile et ce remplacement — encore une fois - par la notion de risque, cet article recherche par l'extension du concept de risque à la responsabilité civile, créée par la doctrine pénale, et par la possibilité d'appliquer en Colombie des régimes de responsabilité objective différents de ceux développés par la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice, révélés insuffisants. Cela permettra, finalement, de proposer l'application dans notre système légal d'une tendance européenne qui transfère avec succès à loi de dommages, facteurs de l'imputation objectif qui dépassent les insuffisances de la faute.

Mots Clés: Responsabilité civile, Délits civils, Responsabilité objective, Risque, Dégât.

Sumario

1. Planteamiento del problema. 2. Sistemas objetivos y sistemas subjetivos de responsabilidad. 3. Riesgo, prevención y responsabilidad civil? 4. ¿Cuál es el contenido del concepto “riesgo”? 5. El PDDE. 6. Justificación de las responsabilidades sin culpa. 7. Colombia y la responsabilidad por riesgo. 8. Factores de imputación, nexo de causalidad e imputación objetiva. 9. ¿Dónde consagrar la imputación objetiva? 10. Carga de la prueba y teoría del riesgo. Conclusiones. Bibliografía.

1. Planteamiento del problema

Las instituciones jurídicas suelen entenderse mejor cuando se las conoce desde su contexto histórico y la responsabilidad civil es un buen ejemplo de ello, toda vez que los sistemas que la consagran se han modificado al vaivén de los acontecimientos históricos y aún políticos, oscilando entre dos conocidos extremos: el de responsabilidad objetiva y el de responsabilidad subjetiva. Estos sistemas son modelos ideales a los que un determinado ordenamiento se aproxima en mayor o menor medida según criterios políticos diversos, entre los cuales se destaca la presión de los grupos de interés (por ejemplo, empresarios, asociaciones de víctimas), el mayor o menor avance de sus sistemas de producción, imposiciones en la negociación de tratados binacionales o multilaterales (como los tratados de libre comercio), necesidades sociales de prevención, entre otros.

La responsabilidad civil prevista en el Código Civil francés cuya redacción encargó Napoleón se encontraba inscrita en la sociedad preindustrial, en la que las fuerzas que se utilizaban en las labores artesanales y agrícolas, como señala con acierto TRIMARCHI³, no eran mucho mayores a las musculares y a las que llegaban a potenciarlas de una forma moderada y cuyos efectos eran relativamente controlables. No parecía ser muy distinto el panorama en la segunda mitad del siglo XIX cuando Andrés Bello redactó el proyecto de Código Civil para Chile que luego

3 Cit. por BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes. Madrid: Mc. Graw Hill, 1995. p. 165.

reproduciría Colombia, pero ya para entonces en Francia comenzaba a debatirse el fundamento esencialmente culpable de la responsabilidad civil⁴.

Es precisamente a finales del siglo XIX la época en la cual mientras en Colombia entraba a regir un código civil que consagraba instituciones del derecho de daños fundadas estrictamente en la culpa (a partir del artículo 2341), en Francia autores como SAUZET, SAINTELETTE, JOSSERAND y SALEILLES atacaban duramente el enfoque subjetivo de la responsabilidad civil y abogaban por instituciones de responsabilidad objetiva y de responsabilidad fundada en riesgo que terminarían por plasmarse en la legislación sobre ferrocarriles y en la legislación sobre accidentes de trabajo.

Casi un siglo y medio después, suele decirse en los diálogos informales en Colombia que la responsabilidad por riesgo pertenece al pasado y se enmarcan sus fundamentos más como un antecedente histórico a tener en cuenta para el estudio de la responsabilidad extracontractual, al paso que los litigantes, a menudo, se encuentran con dificultades a la hora de encontrar jurisprudencia que reconozca la responsabilidad por riesgo entre particulares y doctrina que la justifique. No obstante ello, creemos que la responsabilidad por riesgo ha sobrevivido la centuria campeando a escondidas entre los fallos judiciales y se asoma en forma decidida al siglo XXI y reclamando sus feudos con mayor fuerza que nunca y cada vez mejor justificada, tanto fáctica como normativamente.

Ahora bien, los problemas planteados por la responsabilidad por riesgo y el aparente dilema de política legislativa que se traba entre las opciones dogmáticas (sistema subjetivo vs. objetivo) pasan en buena parte por el solapamiento, no siempre evidente, que se produce entre los conceptos de culpa y causalidad. Una solución la ha aportado la dogmática penal en el concepto de imputación objetiva que, en la teoría finalista del delito, analiza la culpa en un momento previo y distinto (el de la tipicidad), y luego procede al análisis del nexo causal, con los correctivos incorporados por la teoría de la imputación objetiva. Quizás la cercanía de la responsabilidad extracontractual con esta última disciplina permita en el futuro desarrollos similares a partir de los tímidos acercamientos de parte de la dogmá-

4 Sobre la evolución de la discusión, véase en forma breve BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Responsabilidad extracontractual..., *Op. Cit.*, pp. 166 y ss.

tica civil al tema, punto sobre el cual volveremos más adelante antes de mirar, al menos en forma breve, las consecuencias de índole probatoria que una redefinida teoría del riesgo lleva aparejadas.

Nos referiremos en concreto, entonces, a la responsabilidad extracontractual como escenario dentro del cual se ha desarrollado en forma decidida la teoría del riesgo (desarrollo que podría verse incrementado en el futuro cercano) y pueden verse con mayor facilidad los alcances de la teoría de la imputación objetiva⁵.

Pues bien: todo parece indicar que los sistemas de responsabilidad completamente subjetivos tienden a desaparecer⁶, en virtud de que en la llamada sociedad del riesgo se multiplican las actividades potencialmente dañosas aún sin culpa, y de que los legisladores quieren dar respuestas a las víctimas. Y lo que es más claro aún, pocos niegan que las fronteras entre la responsabilidad con culpa y la responsabilidad objetiva están desapareciendo ante la objetivación de los criterios para calificar un acto como culposo o una conducta como negligente⁷. Esto permite pensar que, en el mediano plazo, los sistemas de responsabilidad serán, si no mayoritariamente objetivos, sí de tendencia a la responsabilidad sin culpa, de manera que ésta será la regla general y la responsabilidad con culpa apenas la excepción.

Si ello es así, salta a la vista la pregunta por las posibilidades de defensa del demandado, sea que éste ejerza una actividad generadora de riesgo o no. Por supuesto, primero hay que identificar el escenario para luego sentar las bases del sistema que permitan responder a dicha pregunta. Otros sectores del ordenamiento, como el derecho penal -que por otra serie de razones se encuentran rigurosamente apegados al principio de responsabilidad subjetiva-, han generado estructuras normativas cuya observación detenida puede servir para construcciones similares

-
- 5 No está de más señalar que algunos, como PANTALEÓN e YZQUIERDO creen que imputación objetiva y responsabilidad objetiva nada tienen que ver (Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación". En: *AA.VV. Centenario del Código civil*, t. 2. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. pp.1561-1592, citado por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 218), lo cual, como se verá, o no es tan evidente, o merece afirmarse sólo en principio.
 - 6 En el mismo sentido, CORSARO, Luigi. "Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano". En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 143.
 - 7 Al respecto, HONORÉ, Toni. *Responsibility and Fault*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 1999. p. 14.

en el derecho de daños y que, al menos en Colombia, no han calado ni siquiera desde un punto puramente prescriptivo. En efecto, debido a que en su estructura la trilogía hecho-nexo causal-daño tendría que ser idéntica en el derecho penal y en el de daños, vale la pena preguntarse si puede hablarse hoy de un nuevo alcance de la teoría del riesgo en la responsabilidad civil a la manera en que, en el derecho penal, el riesgo se ha convertido en el eje de la imputación objetiva, y ésta a su vez en la correctora de la causalidad como elemento necesario pero no suficiente de la imputación fáctica.

Aunque en principio la doctrina del derecho de daños suele reconocer la vigencia de nuevas formulaciones o nuevos alcances de teorías formuladas en el pasado, hasta ahora pocos acometen la labor de indagar específicamente por el concepto de riesgo como fundamento de la responsabilidad civil. Tampoco se lleva a cabo la labor de preguntarse por el anquilosamiento del concepto de culpa, que la jurisprudencia ya viene cantando, aunque algunos, con valor frente a sus críticos, advierten sobre los peligros que tal teoría conllevaría para un sistema económico débil como el colombiano⁸.

2. Sistemas objetivos y sistemas subjetivos de responsabilidad

Como bien señala REGLERO CAMPOS⁹, el llamado dilema entre responsabilidad por culpa *versus* responsabilidad objetiva no es propiamente un debate entre sistemas de responsabilidad enfrentados, si se tiene en cuenta que no ha habido nunca un cambio violento de uno a otro sino que se ha ido introduciendo en forma gradual en los sectores en los que concurren las condiciones necesarias para la implantación de un sistema objetivo. Por la misma razón, cuando se habla de la denominada “crisis del sistema subjetivo” o “crisis de la culpa”, en forma alguna se está afirmando su desaparición total ni se clama por ello, sino que se alude a la desaparición de la culpa como criterio único o general de fundamentación de la responsabilidad.

8 Véanse, por ejemplo, las obras y artículos de opinión de TAMAYO JARAMILLO, Javier, en particular su monografía: *La responsabilidad del Estado*. Bogotá: Temis, 1997.

9 REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. *Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad civil*. En: CONGRESO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA UNIVERSIDAD EAFIT (1^a: 2005: Medellín). Memorias en CD. Medellín: Universidad Eafit, 2005.

Siguiendo también a REGLERO, el debate entre sistemas objetivos y subjetivos se debe plantear en dos cuestiones específicas: por un lado, el dominio en el que debe implantarse (las actividades de las que cabría predicar responsabilidad objetiva) y, por el otro, la justificación de tal implantación¹⁰. Ambas cuestiones se revelan de importancia en Colombia si se tiene en cuenta tres factores que dan cuenta del estado del arte en nuestro medio:

- (i) En primer lugar, las responsabilidades objetivas consagradas en la ley en forma expresa son pocas. Incluso algunas constituyen hoy un dominio separado de la responsabilidad civil, como es el caso del sistema de riesgos profesionales.
- (ii) En segundo lugar, fue la jurisprudencia la que aplicó y sigue aplicando regímenes de responsabilidad objetiva a un conjunto de actividades a partir de una interpretación del artículo 2356 del Código Civil que, aunque no es unívoca, a fuer de ser inveterada (y de que conduce al resultado que todos esperarían), pocos se atreven a discutir ya.
- (iii) Y finalmente, con el incremento de la industria, la llegada de nuevas tecnologías y, en fin, con la denominada sociedad de riesgo, el número de actividades potencialmente peligrosas va en aumento y la potencialidad de peligro suele también incrementarse. Bastaría para ello con hacer un inventario de las actividades que en la primera mitad del siglo XX se consideraban peligrosas y compararlo con las que en nuestra época la jurisprudencia ha juzgado como tales¹¹.

Como afirma PEIRANO, ante la insuficiencia de la culpa para responder a las víctimas, el legislador podía optar por adoptar soluciones puramente procesales, como modificar el sistema de presunciones; o sustanciales, como transformar la responsabilidad extracontractual en contractual, o refinar la noción de culpa¹². Pero tales soluciones siguen siendo respetuosas de la responsabilidad solamente subjetiva. Un paso más adelante, consistiría en consagrar responsabilidades objetivas y, por lo tanto, factores objetivos de atribución de la responsabilidad.

10 *Ibidem*.

11 Escaleras mecánicas, parques de diversiones, conducción y acumulación de energía o gas, utilización de automotores, e incluso la existencia de casetas de peaje en las carreteras, son ejemplos de actividades calificadas como peligrosas por la jurisprudencia.

12 PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad civil extracontractual. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1981. p. 139.

3. Riesgo, prevención ¿y responsabilidad civil?

Tradicionalmente, la noción de riesgo introducida en la responsabilidad civil tiene su origen en la mirada victimológica del derecho de daños, todo lo cual torna inevitable preguntarse por la función que esta rama del ordenamiento está llamada a cumplir. Sólo así es posible determinar si la introducción de criterios diferentes tergiversa su naturaleza o no y, por tanto, si es necesaria, en términos prescriptivos, una redefinición de la responsabilidad civil.

Puede afirmarse que la responsabilidad civil puramente subjetiva cumple en efecto, simplemente, una función de *garantía* a las víctimas y en ese sentido sus mecanismos son simplemente indemnizatorios¹³. Si ello es así, dentro de los efectos previstos por el legislador con la institución, no está (o sólo está marginalmente) la prevención de los daños sino la implantación de un sistema adecuado para indemnizarlos. El derecho, en efecto, prohíbe las conductas que le interesa eliminar de la sociedad, de dos formas distintas: o bien establece la prohibición en forma expresa, en enunciados del tipo “no matarás”, o bien apareja consecuencias desfavorables (penas o multas) para aquél que cometa la conducta que al legislador le interesa prohibir mediante enunciados del tipo “el que matare a otro incurrirá en...”. El Código Civil de Bello, por ejemplo no *prohíbe*, en estricto sentido, las actividades que potencialmente, con culpa o sin ella, producen daños. Por eso, la consecuencia de incurrir en responsabilidad civil no es una pena ni una multa.

Por el contrario, lo que ocurre en la responsabilidad civil es la respuesta del ordenamiento jurídico a la producción de un daño injustamente sufrido por la víctima por un actuar, no necesariamente prohibido, del agente. No significa lo mismo que el ordenamiento jurídico le diga al ciudadano “no actúes” (“no dispares armas de fuego” / “no ejerzas la medicina” / “no conduzcas automotores”), a que le diga “actúa, pero si llegas a causar daños, indemnízalos”. Hay, en ello, una diferencia de grado ostensible. Entonces, cuando el factor de atribución de responsabilidad es la culpa, lo que el derecho dice es “has actuado, pero como has actuado culpablemente y con ello has causado un daño, debes indemnizarlo”, que es distinto de lo que diría si se tratara, por ejemplo, del derecho penal o del administrativo

13 Entendemos *garantía* como la respuesta secundaria del ordenamiento jurídico para la protección de un derecho.

sancionador, pues su interés es estimular la conducta contraria a la prohibida: “has actuado sin poder hacerlo (‘has matado’, ‘te has apoderado de cosa mueble ajena’, ‘te has extralimitado en tus funciones públicas’), luego has violado la ley y por ello pagarás, serás sancionado (‘pagarás una multa’, ‘irás a prisión’, ‘dejarás de ejercer el cargo que ocupas’)”. Tan cierto es que esas dos responsabilidades son diferentes, que se pueden superponer, cuando además de la infracción penal o administrativa, se ha cometido un daño con el mismo hecho.

La anterior reflexión vale aún, y con mayor razón, para la responsabilidad objetiva en la que desaparece todo reproche a la conducta del agente. ¿Qué sucede, entonces, cuando se decide incluir como factor de imputación de la responsabilidad civil al riesgo? Una primera posibilidad (a) consiste en afirmar que la responsabilidad por riesgo entraña una función preventiva de la que carecen los sistemas de responsabilidad subjetiva, y que por lo tanto, se llena así un vacío existente, que en algunos países de *common law* cumple, por ejemplo el concepto de daño punitivo. Sin embargo, le asiste razón a PANTALEÓN PRIETO cuando afirma, en relación con el derecho español (afirmación que es predicable también del derecho colombiano), que precaver la realización de conductas irrazonablemente peligrosas no es una función normativa de la responsabilidad civil extracontractual sino más bien del derecho penal y del derecho administrativo sancionador¹⁴, dado que la única y verdadera función normativa de la responsabilidad civil es la indemnizatoria. Y ello es así fundamentalmente porque la responsabilidad por riesgo prescinde precisamente del reproche inherente a los sistemas fundados en culpa, y en principio se aplica a actividades completamente lícitas. Piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad por accidentes de trabajo o en la responsabilidad en la navegación aérea, o en la circulación de automotores, que son actividades lícitas en las que atribuir responsabilidad por riesgo no cumple ninguna función preventiva. El mensaje de la ley a los ciudadanos es algo así como “serás responsable, aunque seas prudente”, construcción que permite entender claramente que actividad del agente y daño se encuentran ontológicamente separados, como lo están la causa y su efecto¹⁵. Incluso, si se fuera más lejos en el razonamiento, parecería que la

14 PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (y también la de las Administraciones Públicas)”. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.): Perfiles... , *Op. Cit.*, p. 444.

15 Es el caso de los artículos 1913 y 1914 del Código Civil Federal de México de 1928, que consagra el principio clásico de responsabilidad por riesgo en tratándose de actividades peligrosas o causas análogas, aunque el demandado no obre ilícitamente.

responsabilidad por riesgo el papel que cumple en relación con la prevención es el contrario. Dado que la consecuencia para el agente (la obligación de indemnizar) será igual con precaución o sin ella, lo que logra la responsabilidad por riesgo es, precisamente, desincentivar la prevención¹⁶.

Una segunda posibilidad (*b*) consistiría en decir, simplemente, que el papel que cumplen todas las responsabilidades objetivas consiste en reforzar la garantía a las víctimas a través de la limitación de los mecanismos de defensa del agente, con lo cual el asunto se resuelve en el tema de las cargas probatorias y las posibilidades de exoneración, con lo cual quedaría seriamente comprometido el derecho de contradicción.

Ninguna de las dos soluciones planteadas parece enteramente satisfactoria. Conviene tener en cuenta que la consagración de sistemas de responsabilidad objetiva implica cargas gravosas para los que ejercen las actividades cobijadas por ellos (que, recuérdese, son en principio lícitas), pues de lo contrario, el régimen de responsabilidad objetiva, como afirma PANTALEÓN PRIETO¹⁷, sólo logra “cambiar el daño de bolsillo”. Por ello, suelen acompañarse de dos mecanismos correctores del equilibrio: la exigencia de seguros obligatorios de responsabilidad civil derivados de actividades riesgosas y el establecimiento de límites indemnizatorios. En Colombia son obligatorios, por ejemplo, el seguro de accidentes de tránsito, el seguro en la aviación comercial, y el seguro en el transporte terrestre de pasajeros, y lo fue en su momento el ya inexistente seguro de accidentes de trabajo, reemplazado por el subsistema de riesgos profesionales de la seguridad social. Al mismo tiempo, se establecen límites o topes indemnizatorios, como el que se prevé en el Código de Comercio para el transporte aéreo de pasajeros. El mecanismo también ha sido utilizado en otras legislaciones en las que distintas actividades, consideradas peligrosas en el derecho comparado y que o no se practican en Colombia o no están reguladas en nuestro ordenamiento, llevan así mismo aparejados seguros obligatorios: la caza, las actividades nucleares, etcétera. Y otros sectores tienen topes indemnizatorios, como el caso de la responsabilidad en los casos de accidentes de circulación, en España.

16 Esta conclusión es la que podría justificar, como se verá a grandes rasgos, la institución del daño punitivo, que no existe en Colombia y que, en todo caso, no mencionaremos más que de paso.

17 PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Cómo repensar...*, *Op. Cit.*, p. 446.

Si la solución por la que se opta consiste en construir un sistema objetivo de responsabilidad con la finalidad de vincularlo a un seguro obligatorio (que normalmente tiene también topes indemnizatorios, no solamente contractuales y con efectos entre tomador y asegurador, sino también vinculantes para la víctima quien no podría reclamar más allá de lo indicado así su daño fuese mayor), se logra cumplir el objetivo de garantizar una indemnización a las víctimas, pero realmente no hay un sistema de responsabilidad civil sino un híbrido entre ésta y la seguridad social. En tales casos, la reparación no estaría a cargo del agente sino del asegurador que actuaría en la práctica como recaudador de los fondos con los cuales han de pagarse las prestaciones aseguradas que, a su vez, operarían como prestaciones automáticas en favor de las víctimas.

Como veremos más adelante, el sistema colombiano actualmente está compuesto de una regla general de responsabilidad con culpa probada, con seguros de responsabilidad civil voluntarios, y unos cuantos casos de responsabilidad con culpa (probada o presunta) a partir de varios artículos de discutido fundamento sobre la responsabilidad por actividades peligrosas y por el hecho ajeno, también sin seguros de responsabilidad civil obligatorios ni topes indemnizatorios. Sólo en algunos casos aislados se consagran inequívocos sistemas de responsabilidad por riesgo y, en los casos “evolucionados”, como el de los accidentes laborales, sistemas de seguridad social.

4. ¿Cuál es el contenido del concepto “riesgo”?

Hechas las anteriores anotaciones, conviene reparar en algo: un factor de atribución es el fundamento que la ley, la jurisprudencia o la doctrina, “toman en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde”¹⁸. Lo que sucede es que saber a quién “en justicia corresponde” es precisamente *el* problema de la responsabilidad civil.

El planteamiento tradicional al que nos hemos referido, por ejemplo, señala que, una vez establecido el nexo de causalidad física entre el hecho y el daño, se debe buscar una razón que justifique imponer al demandado la obligación de indemnizar

18 VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Responsabilidad por daños. Buenos Aires: Depalma, 1993.

a la víctima razón que en el modelo subjetivo corresponde con el juicio de reproche llamado, en sentido amplio, culpa. Parte de la doctrina, en un planteamiento un poco más refinado, señala que, establecido el nexo causal y establecido también un nexo de imputación objetiva en virtud del cual se seleccionan las consecuencias que pueden ser atribuidas al autor, entonces se procede a un tercer estadio: buscar una “razón suficiente” para atribuir responsabilidad¹⁹, es decir, para que el valor económico del daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otra²⁰.

Hay factores subjetivos que corresponden a las llamadas responsabilidades subjetivas o con culpa, que miran al comportamiento del agente (como la culpa y el dolo) y factores objetivos, que corresponden a las llamadas responsabilidades objetivas y que prescinden del comportamiento del agente y atienden únicamente al resultado dañoso (como el riesgo, la equidad, la garantía, el desequilibrio ante las cargas públicas, las relaciones familiares, la existencia de seguros²¹, entre otros). Uno de los factores objetivos más utilizados por los legisladores (y por los jueces cuando la posibilidad les es dada), es el del riesgo, entendido como la eventualidad posible de que un daño acaezca o, en términos mucho más sencillos, la contingencia de daño.

Ninguno de los textos legales que se ocupan de la responsabilidad civil en Colombia, esto es, ni los generales ni los particulares de actividades específicas, incluyen definiciones del riesgo, pero tampoco de lo que debe entenderse por culpa. Quizás la ausencia de la primera definición sea explicable por el hecho de que el legislador colombiano aún no se anima a reconocer el riesgo como factor de imputación aplicable a un universo limitado o ilimitado de supuestos de hecho. Por el contrario, la ausencia de la segunda definición, esto es, la de culpa, sea explicable como mecanismo para garantizar la perdurabilidad de la vigencia de las normas en el tiempo, de manera que pueda utilizarse el concepto cualquiera sea el contenido

19 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Madrid: Dykinson, 2001. p. 217.

20 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos. Responsabilidad civil. Buenos Aires: Hammurabi, 1997. p. 141.

21 Sobre estos últimos, y en particular sobre el seguro como factor de atribución de responsabilidad, Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, *Op. Cit.*, p. 238 y ss.

“social” que tenga en un momento determinado. Podría afirmarse, en efecto, que la responsabilidad fundada en culpa sigue rigiendo, pese a que lo que hoy se entiende por culpa es diferente de lo que se entendía en el siglo XIX, cuando fue redactado el Código Civil y quizás se evalúa de manera más objetiva.

Sin embargo, la doctrina abunda en definiciones que no intentaremos reproducir ni rebatir. Baste recordar que, como lo pone de presente DE ÁNGEL YAGÜEZ²², la versión moderna de la responsabilidad subjetiva es heredera del liberalismo político, mientras que la vertiente objetiva de la responsabilidad (y dentro de ella, la responsabilidad por riesgo) proviene de la constatación de las limitaciones de la responsabilidad basada en culpa para reparar los daños que se producían en ciertos sectores, en forma no necesariamente fortuita pero respecto de los cuales no cabía ningún juicio de reproche culpable al comportamiento que los había ocasionado.

La legislación sobre riesgos profesionales, accidentes de tránsito automotor, productos defectuosos, entre otros, son prueba de la evolución constante de la responsabilidad sin culpa que ha ido modificando, poco a poco, el principio general de los sistemas de derecho continental y aún del *common law*²³, a merced del aumento en la potencialidad de daños que pueden sufrir los individuos en la correctamente denominada *sociedad de riesgo*. Sin embargo, no hay un sistema generalizado de responsabilidad objetiva o por riesgo, ni hay un entramado de responsabilidades estrictas, aunque, como se verá, cada vez más instituciones y más leyes consagran señas ineluctables de los avances de esta tendencia, razón por lo cual sería más adecuado hablar de “responsabilidades por riesgo”, en plural, pues así se define con mayor precisión que los sistemas que responden a la denominación son excepciones (aunque numerosas) al principio general de responsabilidad subjetiva consagrado entre nosotros desde 1886 en el artículo 2341 del Código Civil.

La institución, entonces, comprende la calificación como potencialmente dañina, aún sin culpa, de una actividad ejercida por seres humanos, y esa calificación deberá ser dada por el juez, como en el caso de la cláusula general del artículo

22 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La responsabilidad civil. Bilbao: Universidad de Deusto, 1988. p. 32.

23 “*Pas de responsabilité sans faute*” y “*no liability without fault*” son los axiomas clásicos del derecho de daños tradicional.

1913 del Código Civil Federal de México²⁴, ya citado, o del artículo 1970 del Código Civil peruano de 1984²⁵, que simplemente sientan criterios generales. La potencialidad de daño debe derivarse del ejercicio intrínseco de la actividad y no se relaciona con el *error de conducta* de quienes la ejercen, sino con la especial relación de fuerzas que se ponen en juego con su despliegue, superiores a las que, de ordinario, debe tolerar el hombre.

Este es, precisamente, el tipo de actividades que caracterizan a la sociedad de riesgo y por ello la noción de culpa, vinculada al reproche de la conducta del autor, resulta insuficiente para alcanzar el objetivo de restablecer patrimonialmente a la víctima. La adopción del criterio del riesgo como factor de atribución, se traduce en dos posibles escenarios, a saber: (i) en primer lugar, el tratamiento legislativo implica consagrar instituciones específicas de responsabilidad por riesgo, como ha ocurrido en Colombia con la legislación, por ejemplo, sobre accidentes de trabajo; y (ii) el tratamiento judicial de las instituciones clásicas de la culpa tiende a la objetividad y al endurecimiento de los criterios para identificar la negligencia, de forma tal que la culpa se entiende cada vez más en un sentido normativo y no representa un juicio de reproche²⁶. No puede excluirse, empero, una especie de tercera vía –que podríamos identificar como (iii) que consiste en consagrar un principio general de responsabilidad con culpa para definir, a renglón seguido, lo que por tal concepto debe entenderse, de manera que se incluyan en forma casi imperceptible criterios objetivos en su evaluación, como ocurre en el proyecto de “Principios del derecho de daños europeos” (*Principles of European Tort Law*)²⁷ –PDDE–.

24 “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

25 Dicha norma señala expresamente: “Responsabilidad por riesgo. Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”, norma que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1972 que limita las causas de exoneración en los supuestos de actividades riesgosas o peligrosas a la causa extraña.

26 Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La responsabilidad civil, *Op. Cit.*, p. 34.

27 Este documento es resultado del trabajo académico conjunto del *European Group on Tort Law*, grupo de profesores de distintas universidades europeas e incluso estadounidenses, que fue presentado en el año 2005 en Viena. Sobre él, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Culpa y riesgo..., *Op. Cit.*; MARTÍN CASALS, Miquel. “Una primera aproximación a los Principios del Derecho Europeo de la responsabilidad

Ahora, no es uno solo el concepto de riesgo. En cuanto a la *selección* del nivel de riesgo relevante para el derecho, desde las tempranas épocas en que la doctrina francesa comenzaba a discutirlo, ya había matizaciones y calificaciones que modificaban su contenido. Así, del riesgo que producía *provecho* o beneficio para su creador, se pasó a considerar el *riesgo creado*, a secas, que para generar responsabilidad sin culpa, no requería producir beneficio. De otro lado, hoy se habla del *riesgo profesional* para referirse al desempeño en forma profesional de actividades que entrañan riesgo para terceros²⁸, como fundamento de una responsabilidad objetiva sin atenuantes, como en el caso de la responsabilidad contractual bancaria por el pago de cheques adulterados, sobre lo cual hay abundante jurisprudencia en Colombia y, llevándose a extremo, en el caso de los daños causados en el caso del ejercicio de la medicina, que serían atribuidos a ese riesgo profesional.

Así mismo, en cuanto al escenario normativo en el que el riesgo puede ser discutido, es posible hablar del concepto de *riesgo general de la vida* (que coincide con el de *riesgo permitido*), y que corresponde a uno de los criterios de imputación objetiva, según el cual hay riesgos a los que todos estamos expuestos y que su no tolerancia haría inviable la vida cotidiana. También se encuentra el concepto de *riesgo excepcional* en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, denominación que se utiliza para referirse al que excede del riesgo general de la vida. Este es uno de los factores de imputación de responsabilidad más empleados para atribuir responsabilidad a la administración pública, aunque en ocasiones no es fácil desentrañar un conjunto de principios generales a los que deba obedecer.

5. EL PDDE

Líneas atrás nos referíamos al PDDE, que seguramente será un documento de referencia para la reforma de los ordenamientos de derecho continental y posiblemente podrá ser la base de la unificación legislativa en esta materia en la Unión

civil". En: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf (marzo de 2007). SWANN, Stephen. "Bases conceptuales del derecho delictual propuestos [sic] por el grupo de estudios para un código civil europeo". En: *Indret Revista para el análisis del derecho*, 2/2003. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/130_es.pdf (julio de 2007). El texto completo de los principios puede verse en inglés en <http://www.egtl.org/> (julio de 2007).

28 Cfr., por ejemplo, SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. *Estudios de responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 179-242.

Europea. Este documento consagra una estructura tripartita de la responsabilidad civil (derecho de daños o *tort law*), así: en primer lugar, se exige la existencia de un perjuicio o lesión constitutivos de un daño jurídicamente relevante; en segundo lugar, se requiere la constatación de un criterio de imputación del daño y en tercer lugar, de la causalidad. La verificación de los tres elementos, entendidos en los términos que el propio documento recoge inmediatamente después, hace nacer el derecho a la reparación.

Resulta interesante a los efectos de este estudio destacar dos aspectos importantes de la estructura consagrada por el PDDE. Por una parte, que los criterios de imputación que consagra son tres: dos de ellos subjetivos (el dolo y la negligencia) y uno de ellos de textura completamente abierta que “comprende una variedad no exhaustiva de casos concretos de responsabilidad objetiva [...] que culmina con una cláusula abierta que trata de facilitar el desarrollo judicial del derecho (art. 3:210)”²⁹.

También llama la atención que este documento que, como decimos, está llamado a ser la inspiración para un derecho común de daños en Europa y seguramente para las reformas que se sucedan en el resto del orbe, consagre en su artículo 4:101 la culpa como principio general de la responsabilidad civil³⁰ pero limite a criterios objetivos las posibilidades de interpretación de lo que debe entenderse por “conducta exigible”, que son casi todos normativos y que desdibujan el tradicional concepto de culpa, y que adicionalmente consagra supuestos de inversión de la carga de la prueba de la culpa. Y ello, claro, sin considerar que luego incluye el riesgo en forma expresa en el capítulo 5 (“actividades anormalmente peligrosas, artículo 5:101) y otras formas de responsabilidad objetiva (artículo 5:102), todo lo cual implica un amplísimo panorama de casos posibles de responsabilidad sin culpa y en concreto de responsabilidad por riesgo.

En efecto, al definirse el “estándar de conducta” del PDDE en el artículo 4:102, sólo en apariencia hay verdadera culpa, pues se define como aquél de “una perso-

29 SWANN, Stephen. Bases conceptuales..., *Op. Cit.*, p. 8. Debe anotarse que la referencia hecha por el autor al artículo 3:210 es errada y que para una cabal comprensión de sus afirmaciones debe remitirse el lector al texto de la declaración.

30 “Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”.

na razonable que se halle en las mismas circunstancias”, y que depende de varios factores que hacen pensar en criterios verdaderamente objetivos. Tales criterios son la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate (con lo que parece permitirse un sistema de múltiples niveles de objetividad o subjetividad, y aún la atribución de función preventiva de la responsabilidad civil³¹ y que incluso atiende a una clasificación realizada en el mismo documento); de la peligrosidad de la actividad (con lo cual se está incluyendo directamente la noción de riesgo); de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo (con lo que se deja abierta la puerta para cualquier objetivación posible), de la previsibilidad del daño (lo que haría muchas veces inviable la alegación de la causa extraña como forma de exoneración); la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas (que es un criterio más cercano al derecho penal) y la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos (criterio eminentemente objetivo y evidentemente vinculado con la noción de riesgo).

Si a lo anterior se añade que para establecer el estándar antedicho deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta (artículo 4:102, numeral 3), entonces no cabe duda de que se ha plasmado una concepción de la responsabilidad civil que sólo en apariencia es subjetiva y que los casos que serían regulados por los regímenes excepcionales son la mayoría.

6. Justificación de las responsabilidades sin culpa

Ahora, es necesario detenerse sobre las posibles justificaciones de las responsabilidades sin culpa. Cualquier sistema de responsabilidad por riesgo tiene que tener la capacidad de explicarle al ciudadano por qué debe a veces asumir la carga de indemnizar cuando, en el ejercicio de una actividad lícita, reglada, en la que cumple con los reglamentos, se produce un daño. Dicho en otras palabras, debe estar en capacidad de explicar satisfactoriamente por qué el agente debe ser obligado a asumir “el riesgo de la mala suerte”.

Debe recordarse que la inclusión de sistemas objetivos obedece en buena parte al cuestionamiento de los cimientos ideológicos del derecho privado. El paso de

31 En la cual, realmente, no creemos, tal como se indicó antes.

lo individual a lo colectivo, y lo que PÉREZ SALAS llama de la responsabilidad individual y subjetiva a la solidaria y objetiva son síntomas de dicho cuestionamiento³², que se explica a partir de los principios de igualdad y solidaridad ante la evidencia de innumerables daños que no se podían explicar por un comportamiento culposo del agente ni por un comportamiento culposo de la víctima, quien se veía cargada con una dificultad probatoria imposible de superar, incluso aplicando los sistemas de presunción.

Como señala REGLERO³³, los paradigmas según los cuales no puede haber responsabilidad si no hay culpa o dolo del agente, que la culpa es un concepto subjetivo (negligencia, imprudencia e impericia), y tiene una implicación moral en tanto que el acto culposo es considerado como un acto moralmente reprochable, devinieron obsoletos. Quedó en evidencia que las reglas de la responsabilidad civil, de hecho no cumplían ni una función sancionadora ni preventiva y que la función de reparar a las víctimas y restablecer su patrimonio la venía cumpliendo deficientemente pues quedaban una gran cantidad de supuestos por fuera de su marco general de actuación.

Como advierte el mismo autor, la dinámica de la revolución industrial, en conjunto con las profundas contradicciones de un sistema en el que la riqueza se concentraba en pocas manos, constituían a la vez el germen de la transformación social que, sumadas al aumento general del riesgo, generaron el cambio en la conciencia individual, en pleno proceso de transformación del Estado policial en Estado de bienestar, generaron la reclamación popular por un nuevo sistema más equitativo que rompiera con el sistema tradicional basado en la culpa, en el que difícilmente llegaban a prosperar las reclamaciones de daños³⁴.

Si ese entorno se reprodujese en el marco del actual Estado constitucional, y teniendo en cuenta que las condiciones sociales y políticas que entonces sirvieron de justificación a los primeros atisbos de la responsabilidad sin culpa se encuentran hoy mucho más acentuadas, entonces la inclusión de cláusulas legales de respon-

32 PÉREZ SALAS, Diego Omar. La responsabilidad civil por riesgo entre particulares. Bogotá: Doctrina y ley, 2006. p. 28 y ss.

33 REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Culpa y riesgo..., *Op. Cit.*

34 *Ibidem.*

sabilidad objetiva se ve justificada plenamente, y se facilita así el camino para el aumento de las actividades sometidas a ellas y la objetivación de la culpa mediante la introducción de criterios normativos en su evaluación.

7. Colombia y la responsabilidad por riesgo

No ha sido muy afortunada la recepción de la responsabilidad por riesgo en Colombia. La posición dominante de la jurisprudencia no se decide a hablar de frente sobre el riesgo como factor de imputación y prefiere reconducir los “casos difíciles” al artículo 2356 del Código Civil para insistir en que se debe aplicar una presunción de culpa o, en el mejor de los casos, de responsabilidad. En Colombia, el hecho de que la legislación civil consagre un sistema cuya regla general es la culpa, sin un régimen general para las actividades propias de la sociedad de riesgo³⁵, suele llevar a confusiones conceptuales cuando se trata de unificar el criterio de imputación en los supuestos que, sólo gracias a denodados esfuerzos mentales que es preciso realizar, caben en la descripción genérica del artículo 2356 del Código Civil³⁶.

La jurisprudencia civil ha sido reacia a aceptar abiertamente el riesgo como factor de imputación, excepción hecha de una sentencia de instancia, proferida por el Tribunal Superior de Medellín³⁷ en la que, a pesar de aceptar expresamente que en el asunto bajo examen se aplicaba la teoría del riesgo, dejó entrever una contradicción conceptual en su motivación cuando afirmó que la teoría del riesgo-provecho se aplicaba en Colombia como desarrollo jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil. Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,

35 Y ello a pesar de la lectura del artículo 2356 del Código Civil que, se verá más adelante, insiste en hablar de presunción de culpa.

36 En el mismo sentido, REGLERO CAMPOS, F., quien “Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad” afirmó en relación con situación similar en la legislación española: “No debe sorprender por ello las profundas contradicciones que se presentan al respecto: el Tribunal Supremo soluciona cada caso con fórmulas estereotipadas en la que se mezclan elementos que son consustancialmente contradictorios entre sí, como la imputación objetiva y el reproche culpabilístico”. (Cfr. REGLERO CAMPOS, F. Culpa y riesgo..., *Op. Cit.*).

37 Citada por URIBE GARCÍA, Saúl. “La teoría del riesgo”, En: *Ratio Iuris*. No. 1. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana, (2003). p. 45.

salvo una serie de sentencias producidas por la llamada “corte de oro”³⁸ entre 1936 y 1942, se ha abstenido de referirse expresamente al riesgo y prefiere acoger la doctrina defendida por ALESSANDRI RODRÍGUEZ sobre la presunción de responsabilidad contenida en el artículo 2329 del Código Civil chileno, de idéntico tenor al citado 2356 colombiano. Haremos, entonces, un repaso somero por algunas decisiones judiciales importantes en los apartados A y B y en el apartado C miraremos las perspectivas legales que marcarán el derrotero de la discusión.

A. De 1936 a 1943

Mientras la ley poco a poco había consagrado casos de responsabilidad por riesgo, en la ley 57 de 1915 sobre accidentes laborales (que sería el punto de partida para el sistema de riesgos profesionales a cargo de la seguridad social, que en un síntoma de evolución social y protección de los trabajadores alejó tales hechos de la responsabilidad civil) y en la ley 46 de 1923 sobre títulos valores la jurisprudencia era reacia a reconocer su existencia. La Corte Suprema de Justicia en los años treinta, es verdad, tímidamente se asomó a las puertas de la teoría del riesgo francesa.

En 1936, se decidió en forma abierta tras un juicioso estudio de la doctrina francesa (PLANIOL, RIPERT, LALOU, MAZEAUD, entre otros) que el artículo 191 de la ley 46 de 1923 “por su contexto consagra el sistema del riesgo creado: es decir, el aludido principio de que la responsabilidad por el pago de un cheque falso es el riesgo normal del comercio de banco”³⁹. Aunque se trataba de responsabilidad contractual, era la primera vez que se reconocía en forma expresa en Colombia, pero no llegó a materializarse, porque encontró en el caso examinado había culpa exclusiva de la víctima.

En 1938, la misma corporación le atribuyó a la teoría del riesgo un rol “evolutivo” en la responsabilidad civil, y refiriéndose al mismo artículo 191 de la ley 46 de 1923, explicó la razón por la cual el legislador incluyó en dicha norma un caso especial de teoría del riesgo:

38 Que en su Sala Civil estaba integrada por ROCHA ALVIRA, Antonio; MORENO JARAMILLO, Miguel; ZULETA ÁNGEL, Eduardo; HINESTROSA DAZA, Ricardo; ESCALLÓN, Liborio y MUJICA, Juan Francisco.

39 CSJ, Cas. Civ. Bogotá. Sentencia de diciembre 9 de 1936. Magistrado Ponente: Antonio Rocha Alvira.

El riesgo es una de las modalidades de la responsabilidad civil, respecto del cual todavía no se ha elaborado una teoría general, porque apenas en la época contemporánea se está iniciando por la legislación, por la jurisprudencia y por la ciencia del derecho la clasificación de los casos de esa índole, buscando la fórmula que los resuma, fundamente y delimite. El riesgo se manifiesta; pues, como una aspiración de la evolución del derecho moderno. Y de ahí que sólo dentro de ciertos límites se admita hoy la responsabilidad por actos sin culpa.

La idea del riesgo se basa en la responsabilidad legal, objetiva, por la lesión causada por un acto ejecutado con la necesaria diligencia y prudencia, y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso, y sin que, por lo tanto, intervenga en este concepto la noción de culpa.

[...]

De ahí que los bancos presten no sólo su propio capital sino el que los demás les han confiado temporalmente. Este sistema de depósitos, los cuales constituyen, por decirlo así, la materia prima de la industria bancaria, viene a regular los beneficios de ella conforme a esta conocida ley de economía política: «Aun cuando la tasa del interés percibido sobre los préstamos sea inferior a la tasa media del beneficio, la tasa del beneficio del banco sobre su propio capital no es inferior a aquella tasa media. El banco pues, recibe este beneficio en la forma de intereses sobre préstamos». Con ello se justifica el texto del artículo 191, porque el legislador se limita a colocar el riesgo a cargo del patrimonio más susceptible de soportarlo ante la necesidad de resolver ciertas situaciones conflictivas entre aquel patrimonio y el del depositante.

Por otra parte, se basa también la mencionada responsabilidad por riesgo en el reconocimiento legal de la tendencia de la doctrina contemporánea a rehusar a los profesionales el beneficio de exoneración de la responsabilidad [sic]. [...] ⁴⁰.

En ese mismo año de 1938, la misma Corte pronunció otra sentencia referida a un caso particular de responsabilidad por riesgo consagrado entonces en la legislación colombiana. En el caso examinado, se preguntaba la Sala de Negocios Generales si debía indemnizarse o no a los deudos de un trabajador ferroviario fallecido

40 CSJ, Cas. Civ. Bogotá. Sentencia de julio 15 de 1938. Magistrado Ponente: Juan Francisco Mújica.

en accidente de trabajo, pese a haber recibido ya la suma proveniente del seguro obligatorio destinado a cubrir la responsabilidad por riesgo a cargo, en ese caso, de la Nación. La Corte reconoció que efectivamente había una responsabilidad por riesgos laborales que operaba en forma de auténtica responsabilidad por riesgo, y que por ello venía acompañada por el mecanismo corrector del seguro obligatorio, el cual ya hemos comentado y que fue reemplazado en casi la totalidad de las legislaciones, por el de seguridad social por riesgos profesionales, que pertenece a una edad “avanzada” en el cubrimiento de los peligros de la sociedad de riesgo. Luego de establecer que el pago recibido por los deudos correspondía a una prestación derivada de un seguro de responsabilidad civil patronal, obligatorio además, la Corte se preguntaba si podía condenar a la demandada por el saldo insoluto de lo que era la indemnización debida, no cubierta en su totalidad por el asegurador. Y en este punto, aplicó el artículo 2356 del Código Civil, que interpretó citándose a sí misma⁴¹, para afirmar que se trataba de una presunción de culpa, que aplicaba desde la ley misma, sin necesidad de acudir a arduas labores jurisprudenciales, la teoría del riesgo:

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

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

41 La cita que hace es de la sentencia de mayo 31 de 1938, en un proceso contra The Santa Marta Railway Co. Ltd.

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

Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, *onus probandi*, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia⁴².

La Corte, entonces, le dio a una misma norma dos diversos fundamentos en una misma sentencia: teoría del riesgo, primero y presunción de culpa, después. Prevalece hasta nuestros días, en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil la interpretación según la cual el artículo 2356 del Código Civil contempla una presunción de culpa, y se encuentra prácticamente desterrada aquella según la cual obedece a la teoría del riesgo, que prohijó la Sala de Negocios Generales. Pero pocos años después del citado fallo, ya había dicho la misma Corte:

Esta Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del art. 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta contraria a la del riesgo creado⁴³.

La misma doctrina se había plasmado en las sentencias de marzo 14 de 1938 (M.P. Ricardo HINESTROSA DAZA) y de noviembre 25 de 1938 (M.P. Ricardo HINESTROSA DAZA) en la que se afirmó que, salvo la ley 57 de 1915, en Colombia toda la responsabilidad civil estaba basada en el concepto de culpa y los sistemas de presunciones, y que no había necesidad de acudir a la teoría del riesgo. También la repitió en 1941, en una ilustrativa sentencia en la que se juzgaba la responsabilidad de una conductora de automotor en las lesiones infligidas a un

42 CSJ, Neg. Grles. Bogotá. Sentencia de junio 17 de 1938. Magistrado Ponente: Eleuterio Serna.

43 CSJ, Cas. Civ. Bogotá. Sentencia de noviembre 18 de 1940. Magistrado Ponente: Liborio Escallón.

motociclista, y en la que definió el alcance que, en su opinión, tenía el artículo 2356 del Código Civil⁴⁴. Así mismo, la repitió en 1942, cuando afirmó:

Ya se ha dicho y ahora se repite que el riesgo creado por una persona natural o jurídica, al poner en juego sus actividades, no da nacimiento por sí solo a la obligación de reparar los daños y perjuicios acaecidos por ese riesgo, teoría ésta expuesta por algunos expositores y que la Corte hasta ahora no ha prohijado y sí rechazado⁴⁵.

Con posterioridad a estos fallos, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en el rechazo de la teoría del riesgo como fundamento de responsabilidad civil.

B. De 1943 en adelante

Más de cuarenta años después, la Corte Suprema de Justicia profirió un fallo en el que, aparentemente reconoció el riesgo como fuente de las obligaciones, en una de las consideraciones (*obiter dicta*) que no constituyeron el objeto de la decisión allí adoptada. En esa oportunidad, dijo la corporación:

Es pertinente recordar que tanto la jurisprudencia como la doctrina citan como fuentes de la responsabilidad civil, las siguientes cuatro clases de actos generadores, a saber: a) el ilegal, que es “intrínsecamente incorrecto puesto que viola un mandato o una prohibición del derecho”; b) el abusivo, que no es ilícito en sí, “sino por la circunstancia del fin para el cual se realizó”, o sea que corresponde al ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad ontológica; c) el negativo, o por omisión, que resulta de la inexecución de obligaciones positivas impuestas a determinadas personas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; y d) el de riesgo o excesivo, desarrollo de la teoría de la culpa objetiva, en donde el deber de reparar el daño dimana de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa⁴⁶.

44 CSJ, Cas. Civ. Bogotá. Sentencia de mayo 30 de 1941. Magistrado Ponente: Fulgencio Lequerica Vélez.

45 CSJ, Cas. Civ. Bogotá. Sentencia de junio 19 de 1942. Magistrado Ponente: José Miguel Arango.

46 CSJ, Cas. Civ. Bogotá. Sentencia de octubre 11 de 1985. Magistrado Ponente: Humberto Murcia Ballén.

Sin embargo, como no se trataba del objeto que se decidía en la sentencia, el asunto no trascendió y la doctrina sobre la presunción de culpa en todas las actividades que entrañan riesgo, a partir del artículo 2356 del Código Civil, siguió vigente. Como se trata de la posición reiterada y unánime de la jurisprudencia, sólo una sentencia elegida al azar entre tantas, es suficiente para ilustrar el estado del arte en la alta corporación. En sentencia de octubre 23 de 2001⁴⁷, la Corte dijo:

En efecto, si peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que -de ordinario- despliega una persona respecto de otra, la presunción de culpa que, por su ejecución, ha entendido la jurisprudencia de la Corte que consagra el artículo 2356 del Código Civil, únicamente puede predicarse «en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor», es decir, de quien tenía el gobierno o control de la actividad [...].

Este entendimiento de la regla general sobre actividades peligrosas (esto es, del artículo 2356 del Código Civil), ha hecho carrera en Colombia. No nos detendremos acá en la discusión sobre la denominación de presunción *de culpa*, que según la jurisprudencia sólo se supera mediante la prueba de la causa extraña (y no mediante la prueba de la diligencia y cuidado), y que en rigor obedece a una presunción *de responsabilidad*, pues denominesele de una u otra forma, hay unanimidad en considerar que los efectos son los mismos.

Además de la anterior posición judicial, en la doctrina merece destacarse la opinión de TAMAYO JARAMILLO, quien considera que lo que encierra el artículo 2356 no es una presunción de culpa, sino una culpa probada, al estimar que el ejercicio de la actividad peligrosa es un acto en sí mismo culposo⁴⁸. El mismo autor sostiene que la responsabilidad sin culpa es “sólo un ideal legislativo”, y que limitaciones de tipo económico y de tipo lógico impiden la consagración de la responsabilidad sin culpa en

47 CSJ, Cas. Civ. Bogotá. Sentencia de octubre 23 de 2001 (exp. 6315). Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

48 Así, TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2ª ed. t. I. Bogotá: Legis, 2007. p. 870 (num. 867).

nuestro medio⁴⁹, opinión que, creemos, debe entenderse referida sólo a la consagración de la responsabilidad objetiva como un principio general del ordenamiento jurídico, pues no cabe duda de que hay sectores del ordenamiento que de hecho incluyen responsabilidades objetivas (como el de la navegación aérea, por ejemplo) y otros en los que ella viene ganando terreno (como el de la responsabilidad por productos).

En orilla opuesta se encuentran defensores de la teoría del riesgo no sólo como fundamentadora de la responsabilidad por actividades peligrosas (lo que obliga a una relectura del artículo 2356 del Código Civil) sino como propuesta legislativa para diferentes actividades profesionales. Entre ellos, Manuel Guillermo SARMIENTO GARCÍA⁵⁰ –quien defiende la extensión de la teoría del riesgo hasta la responsabilidad profesional, incluida la médica–, Saúl URIBE GARCÍA⁵¹ –quien cree en un verdadero avance en la jurisprudencia y la doctrina sobre la responsabilidad por riesgo– y Gilberto MARTÍNEZ RAVE y Catalina MARTÍNEZ TAMAYO⁵² –quienes, a partir de la teoría del riesgo, ven en el derecho de propiedad consagrado en el artículo 669 del Código Civil un factor de atribución de responsabilidad para todo daño ocasionado con cosas–.

8. Factores de imputación, nexo de causalidad e imputación objetiva

Anotábamos antes que ante el advenimiento de la así llamada crisis de la culpa como sistema de responsabilidad, las respuestas habían llegado de la mano de las responsabilidades objetivas, y al mismo tiempo, que buena parte de las dificultades pasaban por el solapamiento de los conceptos de culpa y causalidad, que no existe en el derecho penal. Deslindar cada uno de estas categorías dogmáticas podría evitar que los problemas de causalidad devengan en responsabilidades objetivas pero, también, hacer innecesario, eventualmente, el concepto de culpa.

49 *Ibid.*, t. I., num. 230 y ss.

50 SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil, *Op. Cit.*, p. 184..

51 URIBE GARCÍA, Saúl. La responsabilidad por riesgo..., *Op. Cit.*, p. 43.

52 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. 11ª ed. Bogotá: Temis, 2003. En especial el capítulo sobre la responsabilidad civil por actividades peligrosas.

Como ha puesto de presente CÁRDENAS VILLARREAL, “el problema de si existe un nexo de causalidad entre la conducta del actor (acción humana), al igual que el de cualquier otro nexo de causalidad no es un problema jurídico; el legislador no tiene injerencia –ni puede tenerla– en el mundo eminentemente fáctico de la causa-efecto”⁵³ razón por la cual su determinación simplemente debe quedar reservada a la jurisdicción y en concreto a los tribunales de instancia. En consecuencia, no parece lógico que el legislador, al escoger un factor de imputación, se esté refiriendo propiamente a la causalidad. El problema se encuentra bien planteado por Stephen SWANN, quien refiriéndose al PDDE, afirma:

Uno de los problemas fundamentales del concepto de imputación en la propuesta del Grupo de Estudio es que se utiliza a lo largo del texto con diferentes significados. Del art. 1:101 (1) y (3) (b) se desprende que imputación es una combinación de dos elementos: por un lado, debe existir un criterio de imputación, ya sea dolo, negligencia u otro (esto es, la conexión entre el agente y el daño en los supuestos de responsabilidad objetiva); y por otro, debe concurrir la causalidad. Sin embargo, al leer el capítulo III, observamos un concepto de imputación *in toto*, mientras que en la sección 1 se utiliza imputación en sus disposiciones simplemente como un criterio (dolo, negligencia) y el elemento de la causalidad se trata por separado en el capítulo 4. El tercer criterio de imputación innominado, junto al dolo y a la negligencia, detallado en la sección 2 del capítulo 3, es un supuesto de responsabilidad legal (art. 3:201). Las disposiciones de esta sección, no obstante, se centran en determinar la imputación en el sentido amplio que engloba tanto la causalidad como el criterio de imputación (relación parental y laboral, custodia de una fuente de peligro u otra responsabilidad por el daño causado por un agente). No hubiera sido difícil conseguir una normativa más clara, si se hubiera optado por uno de los dos posibles significados de imputación –en otras palabras, incluir (en virtud de un tratamiento integral) o excluir (por tratarlo de forma separada) la causalidad⁵⁴.

Si el derecho civil llega a diferenciar las categorías dogmáticas que componen el juicio de responsabilidad, se encontraría con que para la ley es imposible decidir *ex*

53 CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo Alejandro. “Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños”. En: *Responsabilidad civil y del Estado*. No. 19. Medellín: IARCE-Librería Jurídica Sánchez, (2005). En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema... , *Op. Cit.*, p. 193.

54 SWANN, Stephen. Bases conceptuales... , *Op. Cit.*, p. 14.

ante las relaciones de causalidad. Normalmente, los tribunales proceden al examen del nexo causal, distinguiendo entre la causalidad jurídica y la física, y ello comporta, ordinariamente, agudas disquisiciones de las que la jurisprudencia no saldría normalmente bien librada, al esforzarse por defender unas u otras teorías sobre la existencia de nexos causales: equivalencia de las condiciones, causa próxima, causa adecuada, causa eficiente y demás, van y vuelven en las sentencias, como si fuese labor del juez crear la ley de la causalidad en lugar de constatarla. ¿Por qué no asumir que, una vez constatada la causalidad como una cuestión de hecho, el paso siguiente es el de la imputación objetiva, que implica lo que YZQUIERDO denomina “anudar jurídicamente los procesos causales a uno y otro de los intervinientes”⁵⁵?

Teniendo claro que hay diferencias entre causalidad e imputación, queda claro también por qué, ante las insuficiencias y excesos del principio causal, se llegó a construir criterios normativos de imputación (imputación objetiva) para ampliarlo o restringirlo⁵⁶, dado que la sociedad de riesgo implica reconocer que muchas de las actividades que hacen posible la vida en sociedad, sobre todo en las grandes metrópolis, son esencialmente riesgosas y no todas ellas podrían dar lugar a responsabilidades sin culpa, pues se paralizaría la economía o los costos de ello serían trasladados indefectiblemente a los consumidores.

Por lo anterior, adoptar criterios de imputación objetiva, permite despojar a la culpa de su papel protagónico en las actividades consideradas riesgosas, que gravaría injustamente a las víctimas –sobre todo en materia probatoria– si tuviere que aplicarse un sistema de responsabilidad subjetiva. Para ello, sería necesario convenir en que para indemnizar un daño en tales casos, es necesario únicamente probar la existencia de la actividad, el daño y el nexo causal, y aplicar los criterios de la imputación objetiva, para lograr una atribución racional de la responsabilidad, sin los reatos de conciencia que podría generar el hecho de prescindir del juicio de reproche.

Como afirma FERNÁNDEZ CRENDE, la causalidad adecuada obraría al mismo tiempo como cláusula de cierre y criterio de imputación objetiva⁵⁷ al mismo tiem-

55 YZQUIERDO TOLSADA, M. Sistema de responsabilidad. . . , *Op. Cit.*, p 196.

56 FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio y SALVADOR CODERCH, Pablo. “Causalidad y responsabilidad”. En: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf (febrero de 2007). p. 7.

po. El esquema consistiría en imputar el daño a los agentes cuyas conductas sean causas más adecuadas y exonerar de responsabilidad a aquéllos cuyas conductas sean más remotas. Dicho así, parece repetirse la doctrina clásica de la causalidad adecuada que, a decir verdad, parece desprovista de contenido. Y son los criterios normativos de la imputación objetiva los que limitan la extensión de la causalidad: “(i) riesgo permitido o riesgo general de la vida, que excluye la imputación de aquellos resultados dañosos que sean realización de riesgos ligados de manera muy general a la existencia humana y a la forma de socialización y civilización correspondiente; (ii) prohibición de regreso, que propone negar la imputación del evento dañoso, cuando en el proceso causal iniciado por el posible responsable se haya interpuesto una conducta dolosa o gravemente negligente de un tercero. Sólo procedería imputar la responsabilidad a aquél que hubiera iniciado el curso causal si éste estaba en una posición de garante respecto del bien jurídico lesionado; (iii) incremento del riesgo, que niega la imputación del daño a la conducta del posible responsable cuando ésta no haya incrementado de forma sustancial el riesgo para la víctima; (iv) fin de protección de la norma, que exonera de responsabilidad al posible responsable cuando el comportamiento ilícito de éste haya vulnerado una norma que no tenía como finalidad proteger el bien jurídico lesionado; (v) competencia de la víctima, que rechaza la imputación en caso de que el control sobre la acción que provocó el daño fuera competencia de la víctima; (vi) provocación, [...]”⁵⁸.

Un sistema así concebido, permitiría juzgar sin mayores dificultades la responsabilidad en los casos tradicionalmente complejos, como los de las conductas omisivas, los cursos causales concurrentes, los cursos causales no verificables y los cursos causales hipotéticos. Se puede, sin dificultades epistemológicas concebirlo como un subsistema objetivo de responsabilidad en el dominio de determinadas actividades, asumiendo que la sociedad estimula o por lo menos tolera su ejercicio, a pesar de los riesgos que entraña, por considerarla beneficiosa para la comunidad en su conjunto. Piénsese, por ejemplo, en la actividad constructora. Nadie se atrevería a prohibir la construcción ni a concebir multas para quienes

57 FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil *ex delicto*: criterio de la provocación”. En: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf (febrero de 2007), p. 5.

58 *Ibíd.* Sobre los mismos, de manera muy breve y concisa, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad..., *Op. Cit.*, p. 194.

la ejerzan por el solo hecho de hacerlo. Pero con las grandes obras de ingeniería y la potencialidad de daños que entraña, pocos estarían dispuestos a aceptar un sistema de responsabilidad fundado únicamente en culpa. Esto significa que como prestación a cambio de dicha tolerancia, se le somete a un régimen de responsabilidad objetiva en beneficio de quienes sufren los daños, y limitado según los criterios de imputación antes mencionados. Y, por supuesto, ese sistema puede ir acompañado de seguros obligatorios de responsabilidad civil que permitan, al menos en cierta medida, redistribuir el coste de tales accidentes.

Por otra parte, como señala CÁRDENAS VILLAREAL, es al hablar de responsabilidades sin culpa donde es ostensible la necesidad de formular teorías causales que vayan más allá de la constatación empírica de la causalidad física, dado que no hay, en puridad, un reproche al actuar del individuo. Dice el autor mencionado, con razón, que “quedando excluido el juicio de culpabilidad en este tipo de responsabilidad, la utilización de una teoría empirista como la *conditio sine qua non*, nos facturaría resultados sencillamente desastrosos”⁵⁹.

De allí que sea imprescindible la adopción de criterios normativos precisos y delimitados, para contener la posibilidad de que el sistema de responsabilidad civil se convierta en un sistema disfrazado de seguridad social a cargo de los particulares, con lo que se llegaría en forma abierta y sin sonrojos, a un sistema de simple rotación indiscriminada del daño entre los miembros de una sociedad determinada, esto es, a un sistema de circulación del dinero entre dañadores y dañados que no hallarán ninguna justificación a la obligación de indemnizar.

9. ¿Dónde consagrar la imputación objetiva?

Aunque tradicionalmente se ha afirmado que la responsabilidad objetiva debe aplicarse sólo cuando esté expresamente consagrada en la ley (lo cual ocurriría para hipótesis concretas, como el manido caso de la responsabilidad por accidentes de trabajo), lo cierto es que al análisis de los casos, resulta evidente que la jurisprudencia y la doctrina han logrado, poco a poco, “objetivar” el concepto de culpa a tal punto que en veces resulta difícil identificar el juicio de reproche que otrora

59 CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo Alejandro. “Reflexiones...”, *Op. Cit.*

significaba⁶⁰, incluso al punto de llegarse a solapar los juicios de causalidad y de culpa en beneficio de los intereses de la víctima, solapamiento que ha dado lugar, como veremos, a la introducción de criterios de imputación objetiva en el derecho de daños sin necesidad de reemplazar el principio de la responsabilidad fundada en culpa. Esto ha implicado la utilización de la expresión “culpa” como un concepto amplio que ha supuesto un cambio en la identificación de los criterios a partir de los cuales se definía la culpa. El caso colombiano tiene notas particulares, gracias a la particular lectura del artículo 2356 del Código Civil que ha hecho la Corte Suprema de Justicia⁶¹.

DE ÁNGEL YAGÜEZ distingue algunos rasgos de la responsabilidad civil en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español⁶², que no cuenta con una norma similar a nuestro artículo 2356 del Código Civil. Esos rasgos son los siguientes:

- Presumir que el autor del daño ha incurrido en culpa y a él corresponde desvirtuar la presunción mediante la prueba de la diligencia y cuidado.
- Cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su propia diligencia.
- No basta con el cumplimiento de reglamentos y disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no alcanzan a evitar el daño, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir.
- También una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables, cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos.
- Se exige al agente no una diligencia simple sino la que corresponda a las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

60 En el mismo sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La responsabilidad civil, *Op. Cit.*, p. 66.

61 Sobre una crítica a la lectura de la jurisprudencia, Cfr. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios..., *Op. Cit.*, p. 185; así mismo, RESTREPO RUIZ, Mónica. Responsabilidad civil por actividades peligrosas: Una mirada a partir de la teoría del riesgo. Medellín, 2006. 102 p. Trabajo de grado (abogada). Universidad Eafit. Escuela de Derecho.

62 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La responsabilidad civil, *Op. Cit.*, p. 61.

Más allá de lo anterior, un sistema de responsabilidad civil que integre criterios de imputación objetiva podría aplicarse por vía jurisprudencial en los casos tradicionalmente regidos por el artículo 2356 del Código Civil, y con mayor facilidad en las recientes incorporaciones legales de casos de responsabilidad por riesgo, como el incorporado en la ley 430 de 1998 sobre desechos peligrosos. En dicha norma. El artículo 6 establece que el generador (de los desechos peligrosos) será responsable de los residuos que él genere. La responsabilidad se extiende a sus afluentes, emisiones, productos y subproductos por todos los efectos ocasionados a la salud y al ambiente”, y el artículo siguiente, que dicha responsabilidad subsiste “hasta que el residuo peligroso sea aprovechado como insumo o dispuesto con carácter definitivo”, responsabilidad que incluye “el monitoreo, el diagnóstico y remediación del suelo, de las aguas superficiales y subterráneas en caso de que se presente contaminación por estos residuos”, según el parágrafo segundo del mismo artículo 7.

No cabe duda de que el legislador introdujo en esta ley un caso específico de responsabilidad por riesgo, que no podría ser interpretado con igual dureza si la única norma a aplicar fuese el artículo 2356 del Código Civil. Pero como no puede haber ausencia de defensa para el “generador” demandado en un caso de daños producidos con tales productos, a la determinación de lo que constituya causa extraña podría contribuir en forma decisiva la aplicación de los criterios de imputación objetiva a los que nos hemos referido. Piénsese, por ejemplo, en el productor de agroquímicos cuyos envases, después del uso por parte de los consumidores finales (campesinos, granjeros, etc.), no recoge para su incineración final, porque, por ejemplo, los mismos campesinos disponen del envase para convertirlos en bebederos artesanales para los animales, o los venden rellenos con leche en el mercado de su pueblo, generando así una intoxicación en personas o animales. Aunque los artículos 6 y 7 de la ley 430 consagran una responsabilidad por riesgo que haría responsable al productor, los criterios de imputación objetiva podrían determinar que la prohibición de regreso impide hacerlo responder por los daños causados al consumidor de la leche envasada en sus recipientes, o que el fin de protección de la norma, no es el de hacerle responsable por tales daños.

De esta forma, imputación objetiva y responsabilidad por riesgo se imbrican en forma casi necesaria, para limitar los efectos nocivos que muchos ven en los sistemas de responsabilidad objetiva, incluso llegando a opacar el papel protagónico de la culpa en muchos supuestos.

10. Carga de la prueba y teoría del riesgo

En una esclarecedora monografía, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ⁶³ pone el dedo en la llaga sobre el funcionamiento de la carga de la prueba en supuestos de responsabilidad civil objetiva. Es en España donde también DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN⁶⁴ consideran que la jurisprudencia ha reconocido que el de responsabilidad civil se asienta en la culpa, pero cuando no se puede aplicar el principio de la responsabilidad objetiva, invierte la carga de la prueba. Se produce así lo que YZQUIERDO TOLSADA denomina “dulcificación” de la prueba de la causalidad⁶⁵.

Al mismo tiempo, otros sostienen que la inversión de la carga de la prueba no limita su campo de aplicación a los sectores de “riesgo” o de “objetivación de la responsabilidad”, sino que opera con carácter más general como presunción (rebatible por prueba contraria) de culpa del causante de cualquier daño y como consecuencia, en principio, de cualquier clase de actividad. Así de una presunción judicial de hecho basada en indicios reveladores de probabilidad de culpa y pasando por *obiter dicta* al respecto en los años 60, se llega en los 70 a una verdadera presunción de culpa extracontractual con ámbito de aplicación potencialmente universal⁶⁶.

Creemos que, en simplificadas y apretadas líneas, lo que ocurre cuando se consagran sistemas de responsabilidad objetiva, y el de la responsabilidad por riesgo sería uno de ellos, es lo que ORMAZÁBAL SÁNCHEZ denomina la “reducción del estándar de certeza que debe suministrar la prueba”⁶⁷. El legislador se contenta con dar por establecido el nexo causal entre la actividad riesgosa del demandado y el daño sufrido por la víctima demandante, a partir de la doctrina de la causalidad adecuada, muchas veces insuficiente. El reparto del *onus probandi* se realiza teniendo en cuenta las líneas generales de la doctrina habitual, pero sustrayendo

63 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. Carga de la prueba y sociedad de riesgo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 160.

64 DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. 9ª ed. t. II. Madrid: Tecnos, 2005. p. 205.

65 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil..., *Op. Cit.*, p. 214.

66 GÓMEZ POMAR, Fernando. “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. En: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf (marzo de 2007).

67 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. Carga de la prueba..., *Op. Cit.*, p. 125.

del *thema probandum* no sólo la culpa, sino la posibilidad de demostrar, con la aplicación de otras teorías, la inexistencia del nexo causal.

Se dirá, no sin razón, que un sistema así parece irracional. Y es ello, precisamente, lo que justificaría la aplicación de los correctivos de la imputación objetiva que son cuestiones normativas que debe decidir el juez y que reducen, sin eliminar, la cuota de error que el sistema estaría dispuesto a tolerar.

Conclusiones

1. La tendencia a la desaparición de los sistemas de completamente subjetivos de responsabilidad civil, se explica por la multiplicación de las actividades potencialmente dañosas aún sin culpa en la sociedad del riesgo y por la necesidad legislativa de dar respuesta a las víctimas. Esta realidad impulsa el desarrollo de sistemas de responsabilidad mayoritariamente objetivos o de tendencia a la responsabilidad sin culpa, de manera que ésta será la regla general y la responsabilidad subjetiva apenas la excepción.
2. Precaver la realización de conductas peligrosas no es una función normativa de la responsabilidad civil extracontractual sino más bien del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. Por ello, la única y verdadera función de la responsabilidad civil en el sistema jurídico colombiano es la indemnizatoria. Lo que aparentemente logran las responsabilidades objetivas es reforzar la garantía a las víctimas, a través de la limitación de los mecanismos de defensa del agente, todo lo cual genera mengua en su derecho de defensa, que se corrige tradicionalmente con suelen acompañarse dos mecanismos correctores: la exigencia de seguros obligatorios de responsabilidad civil derivados de actividades riesgosas y el establecimiento de límites indemnizatorios. Los criterios de imputación objetiva se podrían sumar a esos mecanismos correctores.
3. La tendencia europea, marcada por el PDDE, consagra una estructura tripartita de la responsabilidad civil (derecho de daños o tort law), consagra la culpa como principio general de la responsabilidad civil pero limita a criterios objetivos las posibilidades de interpretación de lo que debe entenderse por “conducta exigible”, que son casi todos normativos e incluye el

riesgo en forma expresa y otras formas de responsabilidad objetiva, todo lo cual implica un amplísimo panorama de casos posibles de responsabilidad sin culpa y en concreto de responsabilidad por riesgo.

4. La jurisprudencia civil colombiana reciente ha sido reacia a aceptar abiertamente el riesgo como factor de imputación, excepción hecha de una sentencia de instancia, proferida por el Tribunal Superior de Medellín. Por su parte, un sector de la doctrina viene insistentemente reclamando su aplicación al menos en ciertos sectores.
5. La sociedad de riesgo implica reconocer que muchas de las actividades que hacen posible la vida en sociedad, sobre todo en las grandes metrópolis, son esencialmente riesgosas y no todas ellas podrían dar lugar a responsabilidades sin culpa, pues se paralizaría la economía o los costos de ello serían trasladados indefectiblemente a los consumidores. La adopción en esos casos de criterios imputación objetiva permitiría juzgar sin mayores dificultades la responsabilidad en los casos tradicionalmente complejos, como los de las conductas omisivas, los cursos causales concurrentes, los cursos causales no verificables y los cursos causales hipotéticos.

Bibliografía

- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes. Madrid: Mc. Graw Hill, 1995.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A. "Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños". En: *Responsabilidad civil y del Estado*. No. 19. Medellín: IARCE-Librería Jurídica Sánchez, (2005). pp. 43-69.
- CORSARO, Luigi. Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000. pp. 123-167.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La responsabilidad civil. Bilbao: Universidad de Deusto, 1988.
- ESTEVILL, Luis Pascual. *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil (t. I, Parte General)*. Barcelona: Bosch, 1989.
- FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. "Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil *ex delicto*: criterio de la provocación". En: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/313_es.pdf (febrero de 2007).
- FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio Y SALVADOR CODERCH, Pablo. "Causalidad y responsabilidad". En: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf (febrero de 2007).
- FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo. "El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil". En: *AA.VV. Temas de responsabilidad civil*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004. pp. 65-72.
- GÓMEZ POMAR, Fernando. "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva". En: *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf (marzo de 2007).
- HONORÉ, Tony. *Responsibility and fault*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos. *Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. "La interpretación contra legem del artículo 2356 del código civil colombiano". En: *AA.VV. Temas de responsabilidad civil*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004. pp. 211-249.
- MARTÍN CASALS, Miquel. "Una primera aproximación a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil". En: *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf (marzo de 2007).
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas). En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.). Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid: Dykinson, 2000. pp. 439-465.
- PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad civil extracontractual. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1981.
- PÉREZ SALAS, Diego Omar. La responsabilidad civil por riesgo entre particulares. Bogotá: Doctrina y ley, 2006.
- REGLERO CAMPOS, Luis. Fernando (Coord.). Tratado de responsabilidad civil. 3ª ed. Pamplona: Aranzadi-Civitas, 2006.
- Los sistemas de responsabilidad civil. En: REGLERO CAMPOS, Luis. Fernando (Coord.). Tratado de responsabilidad civil. 3ª ed. Pamplona: Aranzadi-Civitas, 2006. pp. 211-248.
- Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad civil. En: CONGRESO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA UNIVERSIDAD EAFIT. (1ª. 2005: Medellín). Memorias en CD. Medellín: Universidad Eafit, 2005.
- SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 179-242.
- SWANN, Stephen. "Bases conceptuales del derecho delictual propuestos [sic] por el grupo de estudios para un código civil europeo". En: *Indret Revista para el análisis del derecho*. Versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/130_es.pdf (julio de 2007).
- RESTREPO RUIZ, Mónica. Responsabilidad civil por actividades peligrosas: Una mirada a partir de la teoría del riesgo. Medellín, 2006. 102 p. Trabajo de grado (abogada). Universidad EAFIT. Escuela de Derecho.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2ª ed. t. I y II. Bogotá: Legis, 2007.
- URIBE GARCÍA, Saúl. "La responsabilidad por riesgo". En: *Ratio Iuris*. No. 1. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana, (2005). pp. 29-50.
- VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Responsabilidad por daños. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Madrid: Dykinson, 2001.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. El riesgo como factor de atribución de la responsabilidad: En: BUERES, Alberto J. (Dir.). Responsabilidad civil. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

