

Parámetros para la configuración del daño en la legislación colombiana

Paola Andrea Vivas Arcila

Diego Alejandro Aguirre Orozco

Unidad Central del Valle del Cauca

Programa de Derecho

Juan Carlos Ricardo Ladino

Noviembre de 2022

Tabla de contenido

	Pág.
1. Introducción.....	4
2. Justificación.....	8
3. Antecedentes.....	9
4. Planteamiento del problema	12
4.1. Formulación del problema	13
5. Objetivos.....	14
5.1. General	14
5.2. Específicos	14
6. Marco Referencial	15
6.1. Marco teórico	15
6.2.1. Sistemas objetivos y sistemas subjetivos.....	15
6.2.2. El daño en la responsabilidad civil	17
6.2.3. Bases de la responsabilidad sin culpa.....	19
6.2.4. Colombia y la responsabilidad objetiva.....	20
6.2.5 Imputación y responsabilidad civil.....	23
6.3. La tesis de la causalidad adecuada	25
6.3.1. Imputación objetiva	29

7. Marco conceptual	31
8. Marco legal	33
7.2 Código civil.....	34
7.3 Código de comercio – Decreto 410/1971.....	37
9. Metodología.....	38
9.1. Tipo de investigación	38
9.2. Universo	39
9.3. Herramientas	39
9.3.1 Observación	39
9.3.2. Archivista.....	39
9.4. Fuentes	40
9.4.1 Primarias.....	40
9.4.2. Secundarias	40
10. Resultados	41
11. Análisis y discusión de resultados	45
12. Conclusiones y recomendaciones	47
13. Referencias.....	49

Resumen

El artículo se enmarca en la categoría Ius filosófica. Tiene como objetivo analizar la configuración del daño en materia civil en la legislación colombiana, haciendo especial énfasis en la crisis de la culpa como factor céntrico en la determinación de la responsabilidad; además de enfatizar la importancia del paso necesario de la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad objetiva. Para lograr este fin se abandona la simplicidad de las teorías clásicas y se acude a concepciones más articuladas y modernas ubicadas en el post- positivismo, con la firme pretensión de lograr conceptualizar el daño y proponer acercamientos teóricos hacía una teoría omnímoda de determinación de la responsabilidad.

Palabras claves: Daño, Responsabilidad objetiva, indemnización, causalidad, imputación

Abstract

The article is framed in the philosophical Ius category. Its objective is to analyze the configuration of damage in civil matters in the Colombian legislation, with special emphasis on the crisis of fault as a central factor in the determination of liability; in addition to emphasizing the importance of the necessary transition to strict liability. In order to achieve this objective, the simplicity of classical theories is abandoned and more articulated and modern conceptions located in post-positivism are used, with the firm pretension of conceptualizing the damage and proposing theoretical approaches towards an all-encompassing theory of determination of liability.

Keywords: Damage, Strict liability, indemnity, causation, imputation

1. Introducción

La constitución política de 1991 inserto valores trascendentales en la dinámica jurídica colombiana en materia de responsabilidad civil. El dolo y la culpa como factores céntricos de la imputación subjetiva, cedieron su lugar a principios enmarcados en la dignidad, igualdad, convivencia pacífica, solidaridad, entre otros. Propios del cimiento teórico de la imputación objetiva.

Estos modelos ideales de imputación están determinados por su proximidad a las directrices políticas definidas por los avances societarios. En esta medida, la noción de riesgo introducida en la sociedad colombiana es producto de la humanización de las víctimas, entendiendo que la responsabilidad civil netamente subjetiva supone una garantía inminentemente indemnizatoria, dejando de lado el espíritu normativo de prevenir su ocurrencia. Por tal razón, el cambio sufrido por la responsabilidad civil es la adaptación del ordenamiento jurídico a las nuevas realidades, donde el actuar humano – sin ser necesariamente prohibido- resulta en la causación de un daño. Esto no significa, la generación de normas direccionadas a la coerción desde el “no actuar”, sino la premisa “actúa, pero si causas daño, indemnízalo”.

Esta diferenciación ostensible en el factor céntrico de la atribución de responsabilidad concentra el foco en el daño, haciendo necesaria una conceptualización que acompañe de manera adecuada ambos sistemas. Luego, esta claridad entraña una función preventiva de conductas irrazonablemente peligrosas (Calle M. A., 2008). Bajo esta perspectiva se amplía el espectro de la función de la responsabilidad civil como un elemento meramente indemnizatorio. Esto ocurre en la medida que se prescinde de la reprensión inmanente de los sistemas basados en la culpa y se acude a auscultar el daño en actividades lícitas. Ejemplo de ello son: los accidentes laborales o

transporte aéreo, actividades lícitas donde la responsabilidad no cumple con su función preventiva. Esta construcción permite pensar de manera clara en la separación ontológica entre la actividad del agente y el daño; tanto como están separados la causa y el efecto. Por tales motivos, se busca hacer un acercamiento teórico en la construcción de la teoría del daño aplicable dentro del contexto colombiano.

2. Justificación

La relevancia de esta investigación reside en su preocupación por la transición necesaria de la subjetividad como base central de responsabilidad civil hacia la objetivación del criterio responsabilizante. Esto supone una ampliación del espectro de reconocimiento de derechos a partir de luchas contra mayoritarias de los sectores subalternizados (mujeres, LGBT, afrodescendientes, indígenas) por lograr instaurar sistemas de mayor equitatividad, donde se replantee la culpa como elemento necesario, en busca de que las reclamaciones prosperen con mayor facilidad.

Por tal razón se busca realizar una aproximación teórica que contenga la multiplicidad conceptual que supone la modernidad, en busca de una teoría adaptable a realidad colombiana y se realce la función preventiva de la responsabilidad civil, además de su deber indemnizatorio. En este sentido, se estudia la responsabilidad objetiva, desde el resultado o efectos que tienen las acciones sobre los particulares. Esto es, las acciones calificables como incorrectas por sus efectos desfavorables sobre terceros. Sin embargo, la relevancia teórica de este postulado investigativo resulta de desligar el efecto del sujeto causante, entendiendo el daño como una categoría individual la cual surge independiente al grado de culpabilidad o dolo del autor. En consecuencia, se pretende realizar un primer avance hacia la construcción de una teoría omnímoda de la responsabilidad civil, donde se procure un avance en construcción de justicia.

3. Antecedentes

En el quehacer investigativo se denota que de manera habitual un consecuente dañino es signado a un autor a partir de un razonamiento de carácter meramente material. Para lo cual, se hace uso de las diferentes teorías de causalidad disponibles para el tribunal, por esta razón verificar la presencia del nexo de causalidad existente entre el daño y el acto, resulta variable según el criterio utilizado. Hasta el punto de generar resultados poco plausibles, en tanto se alejan de principios como la justicia o la equidad.

En tal sentido, el abordaje de dicha problemática concita al análisis jurisprudencial en busca de auscultar las diferentes formas resolutivas que han tenido lugar en la historia al igual que sus falencias, esto con el fin de determinar los criterios de causalidad que permitan hacer una revalidación teórica. En esta medida, se aborda a Sergio Rojas Quiñones en su ensayo sobre causalidad donde hace una caracterización del nexo de causalidad, definiéndolo como la conexión necesaria fáctica existente entre el accionar del sujeto y el consecuente dañino (Mojica-Restrepo, 2014). A la vez que se erige como un elemento preexistente y fundamental en la meta indemnizatoria en clave de la responsabilidad civil en todos los hábitos jurídicos. Luego, Esta tradición jurídica es retomada en Colombia en el Código Civil, donde se señala que: “El que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o delito” (CC. Ley 57 de 1887- Art 2341). Es decir que la obligación indemnizatoria solo es imputable en principio al sujeto responsable del consecuente.

En consecuencia, la estructura de la responsabilidad civil se funda en el supuesto de libertad humana de definir sus acciones u omisiones y a su vez, puntualiza la responsabilidad derivada de las consecuencias que devienen de las mismas. Desde esta perspectiva, se puede inferir la individualización de la responsabilidad, en tanto – por lo menos en principio- no es posible hacerse cargo del accionar de un tercero. En efecto, este presupuesto revalida el nexo de causalidad como elemento sine qua non de la responsabilidad, dicho de otro modo, la causalidad resulta ser la materialización jurídica del principio moral en el ámbito jurídico. Sin embargo, este presupuesto se hace difuso en la praxis, siendo que surgen numerosas dificultades para establecer el nexo de causalidad.

En este sentido, el doctor Obdulio referencia que el sentido común al igual que la lógica sacan de la esfera racional la responsabilización de un sujeto ajeno al hecho causado. En esta medida, la logicidad del proceso requiere una relación estrecha entre la causa ubicable en el hecho del sujeto y el efecto dañino. Para que de este modo se configure la responsabilidad civil (Posada, 2009).

No obstante, la identificación de las causas supone un escollo, en tanto están ubicadas en el universo físico y filosófico; razón por la cual, es de vital importancia dar claridad a las cuestiones relacionadas con el nexo de causalidad y sus dificultades conceptuales.

Juan Antonio García Amado

El artículo el daño en la responsabilidad civil del Dr. Juan Antonio es por demás relevante, siendo que ubica sus mayores esfuerzos en conceptualizar el daño. Para lo cual revalida su importancia en la definición de la responsabilidad en materia civil. En este ejercicio referencia algunos de los problemas teóricos más frecuentes a los que se ven abocados los operadores jurídicos al intentar la conceptualización del daño. Además, referencia de manera

magistral la teoría contra fáctica y expone sus principales falencias, cuando se enfrenta a situaciones fácticas de pérdida de oportunidad (Amado, 2019).

Belén Masci

Este artículo científico titulado: Evolución de la responsabilidad civil en el derecho argentino y español, aborda la responsabilidad civil como unos topos coligados a la evolución humana, el cual sufre diferentes metamorfosis a partir de los cambios humanos. Dicho abordaje lo realiza desde un enfoque comparativo entre el derecho argentino y el derecho español. En este ejercicio analiza los puntos de coincidencia, pero también referencia las disparidades. Ubicará gran parte de sus esfuerzos en recalcar la división contractual y extracontractual realizada en ambos países y su singular materialización en cada uno de ellos (MASCI, 2019).

4. Planteamiento del problema

Caracterizar el daño como un presupuesto de la responsabilidad civil, presume un reto teórico, siendo que, no se tiene claridad conceptual acerca del daño. En este sentido, según Juan Antonio García Amado, las afirmaciones ubicadas en el supuesto donde la responsabilidad civil se configura por los daños o perjuicios causados por un sujeto, a partir de su conducta omisiva, activa, dolosa o negligente; carecen de veracidad teórica (Amado, 2019).

De esta manera, en gran parte del siglo XX la dogmática intento dar coherencia a la conceptualización del derecho de daños, basándose en dos elementos, a saber, la culpa como presupuesto de la acción causante del daño y la regla universalísima que manda no dañar a nadie, denominada regla del *neminem laedere*. Esta regla ubica el deber de resarcimiento del daño causado de manera culpable, es decir con dolo o por conducta negligente. No obstante, la incursión, cada vez más relevante de la responsabilidad objetiva, sumada a la inversión probatoria en la demostración de la culpa o de la causación del hecho dañino, han creado breches en este sistema. Así las cosas, la culpa se excluye como elemento definidor de la responsabilidad; concentrando la atención en el daño como eje céntrico en la definición de la responsabilidad.

Ahora bien, este panorama indica la desaparición de los sistemas de responsabilidad netamente subjetivos (Corsaro, págs. 124-167), entendiendo el sin número de riesgos potencialmente dañinos, aun sin culpa, acarreados por la convivencia moderna. Sin embargo, el legislador tiene la obligación de responder a las víctimas. Por lo que es menester eliminar los límites construidos entre la responsabilidad con culpa y la responsabilidad objetiva, a partir de

crear métodos objetivos para la calificación de un acto como culposo o negligente (Honoré, 1999). Bajo esta perspectiva, en el mediano plazo los sistemas serán en su mayoría objetivos, tendientes a la responsabilidad sin culpa, siendo esta última la excepción.

Corolario, salta a la vista la necesidad de realizar un estudio profundo y riguroso del apartado del “daño” siendo éste un elemento olvidado en la definición de la responsabilidad, en tanto, con relación a los demás elementos existe ingente literatura.

4.1. Formulación del problema

¿Cómo se caracterizan los parámetros para la configuración del daño en la responsabilidad civil colombiana?

5. Objetivos

5.1.General

Caracterizar los parámetros para la configuración del daño en la responsabilidad civil colombiana

5.2. Específicos

- Examinar el contexto sociopolítico y jurídico en el cual se erige el daño en la responsabilidad civil colombiana
- Establecer los parámetros constitucionales y legales que determinan el daño como eje de la responsabilidad civil colombiana
- Realizar acercamientos teóricos hacia la adopción de una teoría del daño

6. Marco Referencial

6.1. Marco teórico

6.2.1. *Sistemas objetivos y sistemas subjetivos*

La falacia de falsa oposición bajo la cual se funda el dilema entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa, la explica y desmonta Luis Fernando Reglero Campos, quien hace énfasis en la gradualidad de los cambios en situaciones donde confluyen las condiciones necesarias para la implementación de la objetividad. En tal sentido, las crisis de los sistemas culpecéntricos y posterior introducción de la objetividad no hacen referencia a la desaparición total de la culpa como criterio definidor de responsabilidad, sino que apunta a una ampliación de la regla de reconocimiento, a partir de un cambio en el eje general de determinación (Campos, pág. 26).

Ahora bien, el debate entre los sistemas debe centrarse en dos elementos específicos: el dominio de implantación (actividades objetivables) y, la justificación de la implantación. Estas categorías exacerban su importancia en el contexto colombiano si se tienen presente los siguientes factores:

1. La precariedad jurídica en la tipificación de las responsabilidades objetivas
2. Un segundo elemento resulta de la jurisprudencia, la cual aplica el sistema objetivo, desde la interpretación del artículo 2356 del Código Civil como regla general.
3. Finalmente, los avances tecnológicos, industriales, económicos y sociales aumentan el crecimiento potencial de las actividades peligrosas.

La aseveración de PEIRANO, frente a la ineficiencia de la culpa como método de respuesta a las víctimas, para estos casos el legislador podría acoger soluciones de carácter procesal, como modificar el sistema de presunciones; o sustanciales, como transformar la responsabilidad extracontractual en contractual, o refinar la noción de culpa. 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 (Calle M. A., 2008).

6.2.2. El daño en la responsabilidad civil

La noción de daño tiene su primera conceptualización en la filosofía moral y analítica (Barbarosch, 2013) la cual toma sus bases de dos teorías, ellas son: contra fáctica y no comparativa. Según la teoría comparativas, el daño es identificable a partir de un proceso cognitivo mediante el cual se cotejan dos situaciones en diferentes temporalidades con relación a un bien o interés, y se logra determinar una situación peor del sujeto (Segura, 2012). Este proceso configurativo genera una subdivisión, donde surgen las teorías de comparación histórica y las teorías de comparación contra fáctica (Pabón, 2005).

En este sentido, la comparación histórica supone el tiempo de manera lineal, con el fin de comparar momentos presentes y pasados en busca de auscultar el hecho dañino que origino el empeoramiento en los intereses del sujeto (Henaó, 1998). Ejemplo de ello es: Pedro se dirige el 2 de agosto a su trabajo a la 7 am, gozando de un excelente estado de salud; pero al intentar cruzar la calle a las 7:05am, mientras el semáforo está en rojo es atropellado por Juan, sufriendo una fractura en ambas piernas. En consecuencia, Pedro ha sido dañado físicamente si se compara el momento A (7am) con el B (7:05am).

Por su parte, las teorías de comparación contra fáctica excluyen la temporalidad de la ecuación, centrandó sus mayores esfuerzos en determinar la situación de un sujeto con relación a un hecho presumiblemente dañador. Por tanto, su tarea es contrastar la situación actual o real con el escenario hipotético de no haber ocurrido el hecho. Por tal razón, no importa el estado anterior al accidente de Pedro, sino su condición actual (Montañez, 2016).

Al aparejar la subdivisión existente en las teorías comparativas, teniendo como base el ejemplo señalado, se puede caer en el error de considéralas símiles, sin embargo, Juan Antonio García Amado señala que:

Se trata de una impresión engañosa, ya que el enfrentamiento entre esas dos teorías obedece a que no responden igual en ciertos casos particularmente problemáticos.

Si el piloto del avión que yo voy a tomar no aparece y el avión no sale, yo sigo igual que estaba y sigo donde estaba, pero no sigo como estaría o habría estado si el piloto hubiera llegado y el avión hubiera hecho su vuelo con normalidad. Ahí, para imputar el daño la teoría hipotética me sirve, pero la histórica no. (2019, pág. 3).

Por su parte las teorías no comparativas hacen referencia a los grados de perturbación a los que puede estar expuesto un sujeto, señalando umbrales entre estar bien y estar mal. De tal suerte, que con esta teoría se consulta por el estado de bienestar del sujeto, teniendo como referencia algunos estándares (Borgogno, 2015).

Para su ejemplificación García Amado señala que:

Aquí, padecer daño ya no consiste esencialmente en estar peor de lo que se estaba (antes de la conducta dañosa) o de lo que se habría estado (si no hubiera acaecido la conducta dañosa), sino en hallarse por debajo de cierto nivel. Así, tener lesionada una pierna y no poder caminar con ella es en sí un daño, con independencia de cómo se estaba antes de la lesión o de cómo se estaría si no hubiera acaecido la lesión (2019, pág. 3).

En consecuencia, este postulado teórico se desliga de la conceptualización del daño del deber de responsabilizar y lo aborda – de mejor manera, por lo menos en mi opinión- como un concepto autónomo sugiriendo su existencia independiente de la conducta que lo ocasiona.

6.2.3. Bases de la responsabilidad sin culpa

La plausibilidad de la norma en el auditorio universal las dota de legitimidad jurídica, en razón a estar desligadas al principio democrático (Bobbio, 1991). En consecuencia, es menester detenerse en explicar las razones por la cuales un ciudadano en ejercicio de una actividad lícita debe asumir la carga indemnizatoria por la comisión de un daño. Para esto, se debe recordar la incursión de la objetividad como criterio de definición de la responsabilidad civil, sabiendo que surge en contra posición a los principios ideológicos del derecho privado. Lo que en palabras de Diego Omar Pérez Salas es un paso desde la responsabilidad subjetiva e individual hacia la responsabilidad objetiva y solidaria (Salas, 2006). Este postulado se encuentra fundado en principios como: la igualdad, solidaridad, justicia, entre otros. En respuesta al sin número de casos inexplicables bajo el criterio de la culpa del sujeto o en su defecto de la víctima. Corolario, se busca alivianar la dificultad probatoria enfrentada por la víctima.

En este sentido, las teorías paradigmáticas bajo las cuales se exime de responsabilidad sino existen culpa o dolo del sujeto, estableciendo la culpa como un concepto subjetivo con evidentes tientes morales de reprobación son obsoletas (Reglero, 2006). En tanto demostraban su carencia de función sancionadora y preventiva.

Bajo este mismo criterio, O'Donnell señala su origen en la revolución industrial acompañada de sus profundas contradicciones en materia de concentración de la riqueza en unos pocos; aunado a la metamorfosis social que suponía la modernización.

Elementos generadores de cambios en la conciencia colectiva de los sectores subalternos, quienes acompañados por el cambio de modelo estatal de Estado policial a Estado de bienestar, emprendieron luchas contra mayoritarias en busca de un sistema equitativo que rompiera las bases de la culpa, bajo la cual difícilmente prosperaban las reclamaciones (1982, págs. 9-63).

Finalmente, en la actualidad en presencia de un Estado social de derecho estos primeros atisbos de responsabilidad sin culpa se exacerban con el reconocimiento de derechos y garantías haciendo expedito el camino hacia la objetivación casi total de la responsabilidad.

6.2.4. Colombia y la responsabilidad objetiva

La incursión de la objetividad en el sistema jurídico colombiano no ha sido pacífica. La posición dominante deslegitima el riesgo como elemento de imputación, prefiriendo encasillar estas situaciones en los llamados casos difíciles a través del Código Civil en su artículo 2356; reiterando la presunción de culpa o responsabilidad. Este criterio legislativo trae consigo desarreglos conceptuales a la hora de instaurar conceptos unificados de imputación adaptables a la descripción del artículo 2356.

Del mismo modo, la jurisprudencia civil colombiana desconoce el factor preventivo de la responsabilidad objetiva, relegando la importancia del riesgo como factor esencial para la imputación. La excepción más reciente de este desconocimiento generalizado resulta de una sentencia emitida por el Tribunal Superior de Medellín, donde se acepta la aplicación de una incipiente y errada teoría del riesgo, en tanto su obiter dicta la mostraba como el desarrollo jurisprudencial del artículo 2356 del C.C. En más, la jurisprudencia instituye la presunción de responsabilidad como direccionador de las decisiones.

Bajo esta perspectiva, resulta necesario realizar una exploración superficial de la jurisprudencia y legislación colombiana, a fin de rastrear los avances más significativos presentados. Para tales efectos, se empezará en el periodo comprendido entre **1936 a 1943**. En este momento histórico el ordenamiento jurídico empezaba a realizar sus primeros esfuerzos por establecer los criterios aplicativos de la teoría del riesgo, a partir de la ley 57 de 1915, la cual

preveía los accidentes de carácter laboral; los cuales con el fluctuar histórico terminarían por convertirse en la base sobre la que se fundan los riesgos laborales como hoy los conocemos. Seguidamente, en 1936 tras un análisis comparativo de la legislación francesa con la colombiana se plantea por primera vez de manera expresa el daño en el artículo 191 de la ley 46 de 1923 (Calle M. A., 2008). Donde se aludía el riesgo asumido por los bancos al pagar un cheque falso, y, si bien el caso planteado refería la responsabilidad contractual es de suma importancia en el avance normativo.

Del mismo modo el Magistrado Juan Francisco Mújica en el año 1938 al referirse al citado artículo, brinda mayor claridad conceptual, al señalar el riesgo como una categoría inacabada en la responsabilidad civil. Entendiendo que para el desarrollo jurídico comprendía una mera aspiración del panorama moderno. La cual se erige como una revalidación del deber legal de reparación surgido del hecho causante del daño.

Otro de los avances importantes surgido en 1938 es la sentencia emitida por la Corte, el cual es citado por Maximiliano, donde el problema jurídico a resolver es si existe el deber indemnizatorio de un empresa para con un trabajador ferroviario fallecido en un accidente laboral, siendo que ya había sido indemnizado por parte del seguro. Luego, el análisis debía estar centrado en decidir si la empresa debía ser condenada por el valor restante de lo que se supondría fuese la indemnización correcta, la cual no había sido cubierta en su totalidad por el seguro (Calle M. A., 2008, pág. 22). Para responder al interrogante la Corte aplico el artículo 2356 del Código Civil, del cual derivó la presunción de culpabilidad en consonancia con una insipiente teoría del riesgo, al señalar que el ejecutor del acto a su vez es el responsable del consecuente, entendiendo los peligros implicados en el desarrollo de la actividad.

Del mismo modo, es destacable la sentencia fechada el 14 de marzo de 1938, cuyo magistrado ponente fue el Dr. Ricardo Hinestrosa Daza, en la cual señala la culpa como el elemento céntrico de la responsabilidad civil y veda la posibilidad de acudir a la teoría del riesgo. Postura que cierra el espectro de reconocimiento.

Para los años siguientes se vivió un proceso de reafirmación jurisprudencial; fue solo a partir del año 1985 cuando la Corte hace un pronunciamiento en avanzada, el cual consistía en el reconocimiento del riesgo como base teórica sobre la cual se generan obligaciones. El pronunciamiento aludido es realizado por el Magistrado Dr. Humberto Murcia Ballén en sentencia de la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Civil (11 de octubre de 1985). En esta realiza una clasificación de las fuentes generadoras de obligaciones en la responsabilidad civil, señalando: **acto ilegal**, siendo este en su esencia una contraposición al ordenamiento jurídico, un segundo elemento resulta del **acto abusivo**, este pese a no ser de naturaleza ilegal en su esencia la finalidad para cual se ejecuta vierte un manto de ilicitud momentánea en el caso concreto, el tercer elemento son los **actos de carácter negativo**, esta categoría también es reconocida como de actos omisivos y se configura por la inacción en la ejecución de una obligación pretendidamente positiva. Para cerrar, la cuarta categoría refiere los **actos de carácter riesgoso**, es en esta categoría donde el Dr. Humberto hace un desarrollo de la culpa en términos objetivos, al señalar la obligación reparadora vertida sobre el sujeto que causa un daño en el desarrollo de una actividad riesgosa, lo que abstrae la culpa como elemento céntrico de la responsabilización.

No obstante, este avance en la teoría del riesgo se vio empañado, en tanto no era un componente principal en el hecho a decidir dentro de la sentencia, por lo que su relevancia fue minimizada, y terminó por darse continuidad a la presunción de culpa emanada del artículo 2356 del Código Civil en lo referente a toda actividad potencialmente riesgosa.

Sin embargo, vale la pena destacar lo señalado por Maximiliano al citar a Javier Tamayo Jaramillo, señalando que el análisis del artículo 2356 debe ser abordado no como una presunción de culpa sino como una culpa debidamente probada, siendo que a la actividad riesgosa le subyace la culpa (Calle M. A., 2008). A su vez en el mismo texto se señala la responsabilidad culpa como una “utopía jurídica” al entender los impedimentos económicos que minan su logicidad (Jaramillo, 2007, pág. 870).

Por otro lado, existen lecturas – que a nuestro parecer amplían el espectro – que revalidan la teoría del riesgo a partir de pensarla como una forma de protección de derechos, al punto de proponer se ampliación a las actividades de carácter profesional (Uribe, 2003, pág. 183).

6.2.5 Imputación y responsabilidad civil

El manejo de la crisis de la culpa como elemento céntrico de la responsabilidad pasó por la llegada de la responsabilidad objetiva con las “respuestas” necesarias para su superación. Sin embargo, gran parte de los escollos se debían a la falta de claridad conceptual en materia de culpa y causalidad. En esta medida, precisar la conceptualización de estas categorías prevendría el devenir de las responsabilidades objetivas.

En palabras de Hugo Alejandro la mayor dificultad se ubica en la verificación del nexo de causalidad, sin embargo, es enfático en señalar que este problema excede la esfera legislativa, debido a que según su criterio el legislador no tiene intervención – ni siquiera precaria- en el contexto factico (Villarreal, 2005). Desde esta óptica, la función de injerencia en la sociedad está vedada para los tribunales de instancia.

No obstante, bajo el supuesto que la rama civil pueda llegar a realizar esta diferenciación, el panorama seguiría siendo problemático, en tanto es imposible a través de la ley hacer un juicio

ex ante de las relaciones de causalidad. Esto sucede debido a que el proceso lógico de desarrollo al realizar un test del nexo de causalidad es el siguiente: se verifica y distingue entre la causalidad jurídica y física, en otras palabras, comporta profundas disquisiciones en lo referente a las disimiles posiciones jurisprudenciales – soportadas en las diferentes teorías – en lo referente a las diferentes formas de causalidad (próxima, adecuada, eficiente). Este proceso de discrecionalidad judicial – muy a nuestro modo de ver – desdibuja la esencia de los jueces, en tanto parecen ser legisladores en vez de constatadores y aplicadores de la norma (Tolsada, 2001).

Entendida la diferenciación existente entre imputación y causalidad es fácil inferir las razones que dieron lugar a los principios aplicativos de la imputación objetiva. Los cuales se ubican de manera principal en llenar los vacíos y delimitar las extra limitaciones del principio de causalidad.

Este postulado resulta de entender que en la sociedad contemporánea confluyen dinámicas sociales y actividades inminentemente riesgosas, las cuales pese a este marco posibilitan la vida social. El contexto de riesgo se potencializa en las grandes ciudades, sin embargo, pensar en implementar la responsabilidad sin culpa en estos ambientes podría ser riesgoso en la medida que se podría ver afectada la economía.

En consecuencia, la adopción de los principios propios de la imputación objetiva supone la relegación de la culpa a un papel antagónico en contextos de riesgo, razón por la cual, se abandonaría el lineamiento propio de la responsabilidad subjetiva bajo el cual la víctima adquiere cargas exorbitantes en lo atinente a la prueba. En esta medida, la responsabilización al igual que el deber de indemnización depende de demostrar la ocurrencia del hecho, el daño y por último el nexo de causalidad aunado a los principios de objetividad de la imputación. Esta práctica dotaría de logicidad e procesos de responsabilización.

Bajo este panorama, la causalidad adecuada se presenta como el juicio aplicativo de la imputación objetiva; consistente en definir la responsabilidad a partir de definir umbrales tolerables de riesgo y aquellos que, en definitiva, merecen una respuesta legal. En tal sentido se puede afirmar que las características esenciales de la imputación objetiva son: conducta de un tercero en el hecho generador, riesgo general o tolerable, incremento del riesgo, culpa de la víctima, entre otros.

Un sistema dotado de estas características, permitiría movilizar los casos difíciles a casos de menor conflicto, redimibles desde razonamientos subsuntivos, es decir que casos como los concernientes con conductas omisivas, causales concurrentes y demás posibles tendrían mayor facilidad de solución bajo el criterio de tolerabilidad de del riesgo. Una ejemplificación es la construcción, actividad inminentemente riesgosa, pero que es ampliamente aceptada en la sociedad por su nivel de beneficio, razón por la cual nadie se atrevería a proscribirla o concebir multas por su desarrollo. Sin embargo, este tipo de actividades deben ser desarrolladas en contextos profesionales, en los que se aseguren – o por lo menos se evite – la ocurrencia de un hecho dañino (crende, 2007).

6.3. La tesis de la causalidad adecuada

Este postulado teórico resulta del firme propósito de parametrizar la responsabilidad en el ámbito de la causalidad, procurando reducir las posibilidades resultantes de otras proposiciones teóricas. Para tales efectos, se hace un paralelismo entre el hecho causante y el perjuicio causado, a partir de una parametrización de características abstractas (previsibilidad, sentido común y la experiencia).

Para hacer un abordaje más asertivo es necesario analizar el origen de esta teoría, el cual tiene lugar con Luis von Bar en el año 1871, seguidamente perfeccionada por Johannes von Kries. Quien inserto el concepto de probabilidad en la ecuación, señalándolo como la periodicidad de coincidencia de dos eventos, precisión de suma importancia a la hora de establecer relaciones de causalidad. Del mismo modo el autor especifica la existencia de normas de carácter natural que rigen el apareamiento ineludible entre dos eventualidades diferentes, sin olvidar la existencia de aquellas que solo se preocupan por la frecuencia estadística.

Este razonamiento, permite observar la importancia que von Kries vierte sobre los test de probabilidad, siendo que a partir de esta aproximación se podría verificar la relevancia o el peligro en desarrollo de una acción (Gómez, 2010). De este modo, es posible referir que el derecho como ciencia social reguladora de las relaciones sociales esta direccionada no solo a castigar sino a evitar la producción de hechos dañinos, en esta medida resulta valido reglamentar situaciones que por su peligrosidad son idóneas para causarlo.

Ahora bien, es menester señalar que el test de probabilidad es un ejercicio objetivo resultante de analizar las condiciones sociales y naturales que le subyacen al caso concreto (León, 2007).

En igual sentido, la sala de Casación Civil de la Corte suprema de Justicia señala que todas las precondiciones subyacentes al consecuente, deben ser abordadas como causales, y, a su vez debe ser evaluada la idoneidad para producir el daño bajo los criterios dictados por la experiencia (Corte Suprema de Justicia 6878, 2012). Esta verificación debe ser transversalizada por el criterio de previsibilidad, esto a partir de entender la estrecha relación que esta tiene con la culpa.

Luego, dilucidar el ato causal, desde esta posición teórica es solo cuestión de preguntarse por la acción causante del daño en termino de si era o no la forma más racional, razonal y previsible para alcanzar el consecuente, todo en clave de los parámetros dictados por la experiencia; siempre y cuando no sea necesario conocimiento especializado.

En este punto se puede inferir que la causalidad adecuada no ocupa sus esfuerzos en estudiar las fuentes físicas y naturales que interfieran en la causación del hecho; por el contrario, pretende proporcionar las herramientas de delimitación sobre los cuales se funda el sistema de tolerabilidad del riesgo y se puede elegir de manera más ágil dentro de un grupo de causas.

Corolario, el propósito de este lineamiento teórico es definir si estos hechos deben tener algún tipo de incidencia en la esfera jurídica. En palabras de Ramón D. Pizarro la teoría de causalidad adecuada es una ramificación de la imputación objetiva, direccionada gran parte del tiempo por el sistema normativo y destinada a buscar atribuir un daño causado.

No obstante, la mayor dificultad que presenta esta teoría en el contexto colombiano es la lentitud en los procesos de aprehensión, este déficit académico propició un contexto de aplicación errado, siendo que es utilizada como causalidad fáctica o natural, y no como un criterio de responsabilización o ponderación de causas. Trastocando la finalidad original y generando deducciones contraintuitivas.

Sin embargo, algunos autores, como lo es el caso de Sergio Ramos Quiñones quien en aras de clarificar el panorama ejemplifica la tesis de la causalidad adecuada de la siguiente manera:

A le da a B un golpe en la cabeza, insuficiente para provocar una lesión en un ser normal. Pero ocurre que B está afectado de una debilidad congénita de los huesos del cráneo y ese golpe le basta para matarlo. El resultado se produjo

pues, pese a que el acto que ha sido la condición de ello, no debía normalmente tener semejante efecto. La teoría de la causalidad adecuada conducirá a considerar la debilidad particular de los huesos del cráneo de B como un evento excepcional, y a considerar desde luego que el acto de A no es la causa del daño porque esta consecuencia no era previsible (Restrepo, 2014, pág. 214).

En contra posición se encuentra los modelos teóricos antes referidos, bajo los cuales se llegaría a una solución exactamente opuesta, dado que el razonamiento desde estas ópticas no prevé la situación irregular presentada, sino el daño producido. Toda vez que se realiza un abordaje estrictamente causal, determinando que en efecto el golpe es el causante del daño. De ahí que los aditamentos propios de la causalidad adecuada permitan estudiar los antecedentes relevantes que determinan el resultado.

En palabra de Recasen Siches estos eventos deben ser analizados a partir de la lógica de lo razonable, esto es:

está regida por razones de congruencia o de adecuación: (i) entre la realidad social y los valores; (ii) entre los valores y los fines y propósitos; (iii) entre los propósitos y la realidad social concreta; (iv) entre los fines o propósitos y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para fines; (v) entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios; y (vi) entre los fines y los medios, en lo que se refiere a la eficacia de los medios (Apalategui, 2011).

En consecuencia, lo que se pretende es realizar una concatenación de la realidad sociocultural y las finalidades conseguidas a través del hecho. De ahí que la brecha cognoscitiva

en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de apropiación conceptual y posterior aplicación, permitan inferir que se está en una crisis en lo referente a la causalidad. Esta afirmación se funda en las carencias prácticas suscitadas por las demás teorías, situación que apertura nuevos ciclos problemáticos de responsabilidad civil.

Este panorama concita a un proceso de resignificación que permita una aplicación real de la tesis, permitiendo la ampliación del espectro de reconocimiento y reivindicación de derechos.

6.3.1. Imputación objetiva

El correcto abordaje de la imputación objetiva en el contexto colombiano exige realizar una serie de diferenciaciones estructurales que aún no han sido previstas en nuestro entorno. Estas se refieren a la separación necesaria entre la causalidad de hecho y la causalidad de derecho. Para tales efectos, es menester hacer una conceptualización que permita observar sus principales diferencias.

Cuando se hace referencia a la causalidad de hecho se avocan los procesos mediante los cuales se comprueban los hechos bajo los criterios de las ciencias y de la física. Por otro lado, la causalidad de derecho se ocupa del conjunto de hechos con relevancia jurídica.

Una vez se realizan estas verificaciones en busca de identificar un daño en clave de las ciencias naturales y del derecho, se procede a referenciar a quien se le puede indilgar el daño causado (en materia jurídica).

Desde este panorama, resulta fácil identificar el carácter dual de la imputación, en tanto se hace una verificación en clave de causa- efecto y posteriormente analiza cuales de estos daños perturban la esfera jurídica (derechos, intereses, valores, principios, bienes)

Ahora bien, esta división marca el derrotero que debe seguirse a la hora de realizar el análisis del daño en responsabilidad civil, evitando asimilaciones homogéneas que lleven a conclusiones erradas. Por estos motivos cuando se está ante la verificación de los resultados de la causalidad de hecho para verificar cuáles de ellos tienen relevancia jurídica, debe tenerse en cuenta los principios de normalidad y previsibilidad. De modo que en casos como el expuesto en líneas anteriores se llegue a una conclusión que represente de mejor manera el concepto de justicia.

Dicha distinción supone un avance sumamente importante para el ordenamiento jurídico colombiano, en tanto se erige como una subregla aplicativa de imputación en la responsabilidad civil. Sin embargo, la creencia jurídica supone que la responsabilidad objetiva solo debe ser aplicada en los casos en los que así lo expresa la ley, pese a esto el avance jurisprudencial y doctrinal han supuesto un proceso de objetivación continua en lo atinente al concepto de culpa. Permitiendo cada vez más la llegada de criterios de imputación objetiva que sin desplazar de manera total a la culpa como elemento céntrico enriquecen su conceptualización.

7. Marco conceptual

Casos difíciles: Son aquellos supuestos en relación con los cuales no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral (NORMA, 2016).

Culpa: Es la omisión de la diligencia exigible a alguien, "que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal (RAE).

Indemnización: Compensación destinada a reparar, garantizando su indemnidad, al afectado por la privación de un bien o derecho, por un perjuicio provocado por un tercero

Responsabilidad: Es la obligación que tiene una persona que ha causado un daño a otra

Causalidad: Es relación que debe existir entre una acción u omisión y un resultado dañino

Perjuicio: Hace referencia a una ganancia lícita que se deja de percibir, el deterioro de un bien o el detrimento de una reputación que se debe a la acción u omisión (por dolo o culpa) de otra persona (Yáñez, s.f.).

Interpretación Teleológica: Indaga el ius fundamental o espíritu normativo en el cual debe ser aplicada la norma (Clerico, 2012, pág. 118).

Subsunción: Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora// Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general (RAE).

Deóntica: Aquella lógica específica que se encarga del estudio de las relaciones inferenciales que tienen lugar entre formulaciones normativas desde un punto de vista estrictamente formal.

Asimismo, puede situársela dentro de las *lógicas no clásicas*, es decir, dentro del grupo de aquellas lógicas que se apartan de los supuestos básicos de la lógica clásica: apofanticidad, asertoricidad, extensionalidad y bivalencia (Deaño, 2009).

8. Marco legal

Este acápite da cuenta de las normas constitucionales y legales que fundamentan la configuración del daño en el marco de la responsabilidad civil.

En este sentido, la constitucionalización del derecho, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 generó un avance significativo en materia de responsabilidad civil, en tanto a partir de esta se apertura el catálogo de derechos y se definen estructuras de reivindicatorias.

Artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”

Este apartado constitucional es de suma importancia en la medida que define una forma estatal incluyente, al denominarlo como Estado social de derecho y darle características pluralistas y de dignidad humana. Por lo que el fin último de esta forma estatal es la protección del ser humano, en consecuencia, es deber del Estado prever los medios necesarios para garantizar la que sus ciudadanos no se vean afectados o en su defecto sean reparados.

Artículo 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”

Una vez más este fragmento constitucional destaca el deber estatal de garantizar la protección de la honra, bienes, creencias y derechos en general, en aras de garantizar los mínimos de dignidad para un correcto desarrollo en sociedad.

Artículo 6. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” Este artículo es de suma importancia en tanto define los parámetros de responsabilidad en particulares y servidores públicos. Para el caso de estos últimos refiere tres formas de transgresión: omisión, extra limitación e infracción legal.

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta norma constitucional consagra la cláusula de responsabilización del Estado y su deber indemnizatorio.

7.2 Código civil

Artículo 63. Este artículo es de suma importancia en materia de responsabilidad civil, debido a que realiza una estandarización de la culpa a partir de un criterio de intensidad; organizándolas de la siguiente manera: Culpa grave (negligencia o poca prudencia) Culpa leve (descuido ligero) Culpa levísima (descuido levísimo). Esta parametrización es de vital importancia en la definición de la responsabilidad. (Código Civil colombiano, 1887, Art 63)

Artículo 1604. “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.” Este artículo se encuentra ubicado en los efectos de las

obligaciones, y define las obligaciones a cargo del deudor según la intensidad de la culpa y la modalidad contractual. (Código Civil colombiano, 1887, Art 1604).

Artículo 2341. “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.” A partir de esta norma se desliga el consecuente jurídico de la acción cometida con culpa del deber indemnizatorio surgido por el daño causado originado por la acción. (Código Civil colombiano, 1887, Art 2341)

Artículo 2344. “Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355.” Este artículo revalida el deber solidario de responsabilización y posterior indemnización que se tiene cuando se causa un daño con culpa o por la comisión de un delito. (Código Civil colombiano, 1887, Art 2344)

Artículo 2350. “El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.” Este artículo apertura el marco de responsabilización e indemnización por las omisiones cometidas por particulares en el marco de una construcción. (Código Civil colombiano, 1887, Art 2350)

Artículo 2355. “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción. (Código Civil colombiano, 1887, Art 2355)

Artículo 2356. “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.” (Código Civil colombiano, 1887, Art 2356)

Este resulta ser el artículo más importante en materia de responsabilidad civil, en tanto es el que define la culpa como eje central de la imputación, además de sentar las bases para definir los criterios de reparación.

7.3 Código de comercio – Decreto 410/1971

Esta codificación normativa es la herramienta legal fundamental en lo concerniente a seguros. Para el caso del seguro de responsabilidad el código de comercio en el artículo 1127 indica su parametrización, así:

El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055. (Código de Comercio, 1971, Art. 1127).

9. Metodología

La investigación los parámetros para la configuración del daño en la legislación colombiana, es de tipo cualitativo, en tanto estudia fenómenos, contextos y eventos atinentes a la determinación de la responsabilidad civil, con la intención de conceptualizar el daño y determinar las condiciones necesarias que lo originan.

Esta forma metodológica tiene lugar, siendo que permite la comprensión de los aspectos sociales, económicos, políticos y jurídicos generadores de los sistemas de imputación. Luego, para el abordaje se realiza revisión documental, destacando las subcategorías: hemerográfica, con la definición de la relevancia de los aspectos encontrados, bibliográfica, con la consulta de libros y artículos, archivista a partir del análisis de expedientes y circulares (Henríquez, 2020).

9.1. Tipo de investigación

El tipo metódico es socio jurídico en tanto, ubica sus esfuerzos en auscultar los riesgos suscitados en el marco de las relaciones intersubjetivas, de este modo se busca verificar las raíces fácticas que dan lugar a la endilgación de la responsabilidad y el deber indemnizatorio. A su vez, se pretende analizar las diferentes teorías a partir de sus impactos socio jurídico, culturales y económicos, procurando generar herramientas para la implementación de una teoría pretendidamente omnímoda de implementación de la responsabilidad civil.

9.2. Universo

El universo investigativo es la línea civil, siendo esencial la conceptualización del daño en la definición de la responsabilidad en esta materia

9.3. Herramientas

9.3.1 Observación

La observación como ejercicio sistemático, para percibir comportamientos desarrollados en sociedad se utilizó de manera semi estructurada con el fin de visualizar la situación inicial de la problemática abordada (Sampieri, 1997).

9.3.2. Archivista

El enfoque archivista se realizó con la revisión documental realizada de manera exhaustiva en libros, revistas, códigos, artículos científicos, entre otros. Para esta tarea se utilizó la hemerografía como herramienta metodológica, con la firme intención de priorizar la información.

9.4. Fuentes

9.4.1 Primarias

Libros, antologías, artículos de publicaciones periódicas, monografías, tesis y disertaciones, documentos oficiales, reportes de asociaciones, trabajos presentados en conferencias o seminarios

9.4.2. Secundarias

- Compilaciones, resúmenes
- Recurso humano: Docentes Asesores

10. Resultados

El contexto sociopolítico en el cual se desarrollan los cambios jurídicos se caracteriza por ser un régimen construido en un imaginario narrativo que lo describe como democrático. Esta caracterización se enraíza en preceptos políticos de características hegemónicas, transversalizado por una fuerte influencia ideológica por los sectores poblacionales privilegiados.

No obstante, la demarcación democrática del régimen resulta ser un yerro analítico y metodológico, puesto que omite el proceso histórico del territorio en la esfera socio-política, además de la variable exógena que da lugar a las conflictividades, a partir de manifestaciones de insurgencia y formas políticas no convencionales (Puello-Socarrás, 2020, págs. 29-62). Las características históricas presentes en el desarrollo social colombiano se caracterizan por la criminalización de los sectores subalternos y posterior encarcelamiento, características que funcionan como política social en los sectores étnicos y en los más bajos de la clase social (Wacquant, 2009).

En esta medida, se tiene que el régimen estatal es anocrático, siendo que pese a caracterizarse por elementos democráticos a su vez conserva algunos elementos dictatoriales¹ propios de sociedades transversalizadas por conflictos armados profundos y enormes diferencias de clases en materia económica. Estas relaciones intersubjetivas inminentemente desiguales y últimamente contradictorias (O'DONNELL, 1982) dan lugar a un ambiente de perpetuación de injusticia y desconocimiento de derechos.

¹ Para profundizar consultar Puello Socarras en el artículo ¡Anocracia! Colombia, ¿el paradigma por excelencia? Pág. 6 - 8

En este contexto sociopolítico de evidentes desigualdades el Estado se erige como un defensor coactivo del orden social. Funcionando como la esfera más englobante de la sociedad, en la cual se pretende generar procesos equitativos en las relaciones sociales a partir de la inserción de estipulaciones jurídicas, a fines a la responsabilidad objetiva. Con miras a regular las actividades de riesgo que determinan el desarrollo económico y social; pero en mayor medida, balancear las cargas probatorias de los sectores subalternizados en situaciones en las que se causa un daño que deba resarcirse.

En este sentido, los resultados investigativos muestran las costumbres en materia de responsabilidad objetiva en la praxis jurídica colombiana, exponiendo que para su aplicación se hace necesaria la definición legal de manera expresa. Sin embargo, asistimos a un proceso de continua objetivación de desarrollo jurisprudencial, a partir de la interpretación extensiva realizada por la Corte Suprema de Justicia del artículo 2356 del código civil. En el que el daño es identificado como una situación de evidente desmejora atemporal del sujeto. Esto conlleva a un abordaje amplio del concepto de culpa, a partir de métodos de socialización del riesgo. Para tales efectos, las actividades riesgosas deben entenderse como situaciones de beneficio general, situación fácil de ratificar a partir del test de proporcionalidad, cuyo primer paso es la verificación constitucional de la finalidad, de la cual se puede afirmar que resulta de desarrollar el principio de igualdad, sin olvidar el desarrollo general.

Un segundo aspecto resulta de verificar la racionalidad normativa, es decir si existe coherencia entre los medios y los fines perseguidos; lo cual para el caso concreto tiene perfecta compaginación, en tanto se conservan las actividades riesgosas de beneficio general, pero a su vez se protege la individualidad de los posibles daños causados. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto, fase en la que se verifica si la medida se adecua al problema que se pretende

solucionar. Lo que para el caso concreto es perfectamente verificable, siendo la igualdad y protección del individuo principios fundantes del Estado colombiano.

En esta medida, las actividades riesgosas de beneficio general no podrían ser prohibidas. Luego, es menester distribuir de manera equitativa el riesgo en todos los miembros de la sociedad. Bajo esta perspectiva todos los miembros de la sociedad están comprometidos con la posibilidad indemnizar con ocasión a causar eventuales daños. Esto apertura la posibilidad de beneficio a todos los miembros de la sociedad de ser resarcidos por los daños causados. Así las cosas, acudimos a una mistura en términos aplicativos de justicia, donde es menester hacer uso la justicia distributiva y correctiva a fin de alcanzar lo pretendido en clave indemnizatorio.

No obstante, la dificultad applicativa de la socialización de la indemnización, a partir de una perspectiva mutualista y de contratación de seguros acaece en que solo es posible para los sectores privilegiados de la sociedad, lo que per se implica una imposibilidad en generalización.

Siguiendo esta línea argumentativa es menester señalar que en lo referente a la responsabilidad objetiva el Consejo de Estado ha desarrollado una serie de rótulos de imputación, los cuales en el espectro extracontractual de manera tradicional se han señalado como: riesgo excepcional y daño especial, siendo estos desarrollados principalmente de manera jurisprudencial dada la ausencia de normatividad. Una ejemplificación de lo señalado es lo ocurrido en las actividades de riesgo, las cuales son evaluadas desde la óptica de la responsabilidad objetiva en conexidad con la falla del servicio.

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia fechada el 24 de agosto de 2009 del magistrado Dr. William Vargas señala que la responsabilidad objetiva se opone a la subjetiva en tanto, la objetividad supone la culpabilidad como irrelevante para definir la

responsabilidad, siendo que los factores de estructuración se ubican en el espectro del riesgo. Señalando de manera expresa la obligación de cuidado del individuo por no dañar otros sujetos. De esta manera es posible concluir que excluir la variable de la culpa crea un contexto de reivindicación de derechos, en la medida que evaluar el riesgo creado por la actividad como elemento fundamental de estructuración de la responsabilidad supone una ampliación del espectro de reparación y una mayor garantía de acceso a la justicia

11. Análisis y discusión de resultados

El abordaje teórico en materia de responsabilidad permitió indagar y conceptualizar las diferentes modalidades en la que esta se presenta, logrando evidenciar las actividades riesgosas como una tipología fundamental en miras de actualizar el sistema normativo actual. Para lo cual se realizó un exhaustivo análisis jurisprudencial y normativo del cual se obtuvo como resultado inequívoco la inclusión del riesgo como factor de imputación, además de una conceptualización de mayor amplitud del daño.

Asimismo, se logró evidenciar una tendencia doctrinal y jurisprudencial que excede la esfera de demarcación legal en lo atinente a la responsabilidad objetiva se refiere. No obstante, estos acercamientos carecen de uniformidad en lo referente a la limitación cualitativa de la responsabilidad. Del mismo modo, se denota la ausencia de criterios aplicativos, por lo que es posible identificar errores lógicos en los intentos de estructuración.

En este sentido, se pretende realizar el primer acercamiento hacia una teoría fundamentada en la objetividad, para tales efectos no basaremos en el siguiente postulado: “todo daño acaecido de una actividad peligrosa será objeto de reparación por parte del agente definidor del perjuicio”. Al anterior postulado solo será oponible la fuerza mayor.

Sin embargo, para que este postulado jurídico pueda ser validado como una subregla aplicativa, debe considerarse una definición de actividad peligrosa. A lo que se podría decir que es toda actividad maximizadora de las probabilidades de materialización de un daño.

De este modo, factor definitorio de responsabilidad deja de ser la culpa y pasa a ubicar el daño como elemento determinante. Proposición que per se minimiza el espectro de defensa, por

cuanto solo podría oponerse la causa exterior, esto es que la ocurrencia del hecho dañino tuvo lugar a partir de una actividad distinta a la señalada.

Luego, la responsabilidad objetiva solo es posible cuando se encuentra acompañada de una fuerte teoría del riesgo, en los términos antes señalados, olvidando la pretensión de convertirla en una teoría de culpa presunta.

Por otro lado, esta aproximación actualizante pretende llenar vacíos de conceptualización en lo relacionado con las actividades riesgosas o de la definición de presunciones de derecho (subreglas) no contempladas. Esto significaría restablecer el artículo 2356 del Código Civil, el cual dado el momento de su redacción desconoce la existencia de las actividades inminentemente riesgosas nacidas de las relaciones intersubjetivas.

De tal suerte, que desechar la culpa como elemento céntrico de la responsabilidad hace innecesaria su presunción, en la medida que deja de ser un elemento tenido en cuenta para su definición. Además, se debe reconocer la construcción mixta de la responsabilidad objetiva marcada por la teoría del riesgo; elemento delimitador de su aplicación.

Bajo esta perspectiva, el quid jurídico se ubicaría en resolver si la actividad que dio lugar al daño es producto de una actividad riesgosa o una actividad de origen común. Lo que definiría en últimas las determinaciones judiciales frente a qué régimen debe ser aplicado. Este supuesto daría origen a dos posibilidades, la primera, se verificaría el riesgo de la actividad y posteriormente la ocurrencia del daño. En el segundo supuesto, se aplicaría los elementos clásicos de responsabilidad. Es por estas razones – por lo menos en nuestra perspectiva - es considerable la responsabilidad objetiva como un criterio aplicativo que provee mayor justicia para el tratamiento de estas situaciones.

12. Conclusiones y recomendaciones

- El proceso de objetivación de los sistemas de culpabilidad en materia de responsabilidad civil resulta como una respuesta a la fluctuación de la realidad, en donde como se pudo ver, se multiplican a diario las actividades de carácter riesgoso; pero que son necesarias para el desarrollo de la vida en sociedad. Esta situación apertura un panorama en el cual se desarrollan una serie de actividades con potencial dañino pero carentes de culpa, por tal razón es válido afirmar que la objetivación de la responsabilidad va camino a convertirse en la regla general, para así responder a una nueva realidad.
- Al entender la esencia indemnizatoria inmanente de los procesos de responsabilidad civil, adquiere mayor relevancia el camino hacia la objetivación que transita la sociedad colombiana, debido a que los criterios objetivos garantizan el valor reivindicatorio de derechos hacia las víctimas. En la medida, que se derrumban los muros probatorios imposibles de escalar por las víctimas y se brindan garantías tendientes al restablecimiento de derechos.
- Pese a los grandes escollos que pasa la teoría del riesgo para posicionarse como factor de imputación, la realidad social, cultural y económica están realizando un llamado a la evolución jurídica, en tanto es necesaria su adaptación a las nuevas realidades. En este sentido, se podría afirmar que la teoría del riesgo ocupará un lugar importante en responsabilidad civil, aunque deberá ingresar de manera paulatina a partir de pronunciamientos jurisprudenciales similares al realizado por el tribunal de Medellín.

Finalmente, esto implicara asimilar que las mayorías de las actividades de interacción humana están mediadas por un riesgo, el cual debe ser previsto de manera legal.

- Los errores conceptuales en el abordaje del test de causalidad, junto a los presentados en la aplicación de la teoría de la causa adecuada, concitan a realizar estudios como el desarrollado, en el que se analice y conceptualicen la causa de hecho y las de derecho, en busca de brindar claridad conceptual a los operadores jurídicos, y a su vez propiciar las herramientas necesarias para ayudar en los razonamientos abstractos a los que se ven abocados al tratar estos temas. Luego, este desarrollo teórico en materia de objetivación supone sacar el tema de la responsabilidad civil del espectro de los casos difíciles, para pasar a formar parte de los ejercicios de subsunción propios del derecho.

13. Referencias

- Amado, J. A. (2019). El daño en la responsabilidad civil. *Universidad de León*, 20-38.
- Apalategui, J. M. (2011). Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable. *Universidad de Málaga*, 37-61. Obtenido de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2011-10003700062#:~:text=La%20l%C3%B3gica%20de%20lo%20razonable,un%20planteamiento%20contextualista%20y%20consecuencialista.
- Barbarosch, E. (2013). La filosofía analítica y el derecho penal. *Discusiones Filosóficas*, 195-204. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-61272013000200010
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema .
- Borgogno, S. T. (2015). Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto de daño. *Doxa*, 473-499. Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60025/1/Doxa_38_18.pdf
- Calle, M. A. (2008). Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. *Facultad de derecho y ciencias políticas*, 15-51.
- Campos, L. F. (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil (3ªed)*. ARANZADI.
- Clerico, L. (2012). *Sobre Casos y Ponderación. Los Modelos de Alexy y Moreso, ¿Más Similitudes que diferencias? Isonomía*.

Corsaro, L. (2000). *Culpa y responsabilidad civil*. Madrid: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio - Dykinson. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=572503>

Corte Suprema de Justicia 6878, 6878 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 26 de Septiembre de 2012).

crende, A. F. (2007). Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación. *Revista para el análisis del derecho*, 7. Obtenido de <https://indret.com/imputacion-objetiva-en-un-caso-de-responsabilidad-civil-ex-delicto-criterio-de-la-provocacion/>

Deaño, A. (2009). *Introducción a la logica formal*. Madrid : Alianza editorial .

Gómez, G. O. (2010). *El nexa causal en la responsabilidad civil, en Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Uniandes.

Henao, J. C. (1998). *El daño: análisis comparativo de la resposabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Henríquez, J. L. (2020). *Los enfoques de la investigación a partir de la Teoría del conocimiento. Ciencia, cultura y sociedad*.

Honoré, T. (1999). *Responsability and fault*. Oxford: Publishing.

Jaramillo, J. T. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogota: Legis.

León, L. D.-P. (2007). *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Madrid: Thomson.

MASCI, B. (2019). Evolución de la responsabilidad civil en el derecho argentino y español. *Universidad Nacional de La Plata*, 99-114. Obtenido de [file:///C:/Users/personal/Downloads/lucianaali,+5Bel%C3%A9n+Masci+\(Anales+49\).pdf](file:///C:/Users/personal/Downloads/lucianaali,+5Bel%C3%A9n+Masci+(Anales+49).pdf)

- Mojica-Restrepo, S. R.-J. (2014). *DE LA CAUSALIDAD ADECUADA A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COLOMBIANA*. Bogotá: Vniversitas.
- Montañez, D. A. (2016). *El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad*. Bogotá: UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO.
- NORMA, D. L. (2016). María Andrea Figueroa Alfonzo. *Temas Socio Jurídicos*, 133-155.
- O'DONNELL, G. (1982). *El Estado Burocrático Autoritario. Triunfos, derrotas y crisis*. Buenos Aires: Belgrano.
- Pabón, J. E. (2005). Hacia una nueva teoría de la responsabilidad. *Estudios Socio-Jurídicos*, 156-193. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000100006
- Posada, O. V. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual* . Bogotá: Temis.
- Puello-Socarrás, J. F. (2020). *Nuevo neoliberalismo. Arquitectónica estatal del capitalismo en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia .
- Reglero, L. F. (2006). *Tratado de responsabilidad civil 3ª edición*. Pamplona: Arazandi-Civitas.
- Restrepo, S. R.-J. (2014). *DE LA CAUSALIDAD ADECUADA A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COLOMBIANA*. *Vniversitas*, 187-235. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>.
- Salas, D. O. (2006). *La responsabilidad civil por riesgo entre particulares* . Bogotá: Doctrina y ley .
- Sampieri, R. H. (1997). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. Ciudad de Mexico: HILL INTERAMERICANA. Obtenido de https://www.uv.mx/personal/cbustamante/files/2011/06/Metodologia-de-la-Investigaci%C3%83%C2%B3n_Sampieri.pdf

Segura, S. (2012). Razonamiento contrafáctico, responsabilidad y culpa de la violencia contra las mujeres en la pareja: educación y medios de comunicación como factores preventivos. *Escritos de Psicología*, 43-51. Obtenido de https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1989-38092012000300006

Tolsada, M. Y. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6272818>

Uribe, M. G. (2003). *Estudios de responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Villarreal, H. A. (2005). *Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños*. Medellín: Responsabilidad civil y del Estado. Obtenido de https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144226/Reflexiones_sobre_la_teor%3ada_de_la_imputaci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

Yáñez, C. F.-C. (s.f.). *Scielo*. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-32622017000100062

Constitución Política

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. ss. abril 15 de 1887 (Colombia)

Código de Comercio [CC]. Decreto 410 de 1971