

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS: APLIQUE PRIMERO Y EXPLIQUE DESPUÉS*

LIABILITY FOR HAZARDOUS ACTIVITIES: APPLY FIRST AND EXPLAIN LATER

LA RESPONSABILITÉ CIVIL DU FAIT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES: IL FAUT
APPLIQUER D'ABORD ET EXPLIQUER APRÈS

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA**, CARLOS PIZARRO WILSON***

“Siento no poder explicárselo a usted con mayor claridad –dijo Alicia en un tono muy cortés– porque, para empezar, ni yo misma lo entiendo... ¡Comprenderá usted que cambiar tantas veces de tamaño en un solo día no es fácil de entender!” (Carroll (2006), p. 148).

RESUMEN

La interpretación del artículo 2329 del Código Civil ha padecido una historia tormentosa oscilando entre quienes entienden dicha regla como presunción de culpa, responsabilidad objetiva o una simple iteración del principio de responsabilidad por culpa. Su análisis desde la perspectiva del derecho comparado chileno y colombiano permite arrojar luces sobre lo inexacto de afirmar la existencia de un régimen por culpa presunta en el caso colombiano, el que debe confesarse como uno objetivo; mientras que en el caso chileno el dilema está en acoger la presunción de culpa o rechazarla. El criterio de actividad peligrosa aparece de manera compartida como guía para establecer la presunción. Escudriñar su significado, alejándolo de metáforas o ejercicios retóricos, sirve para la aplicación del artículo 2329 (artículo 2356 Código Civil colombiano), ya sea para presumir la culpa, en el caso chileno, o aplicar un régimen objetivo, en el derecho colombiano.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad objetiva – Presunción de culpa – Actividades peligrosas

ABSTRACT

The interpretation of Article 2329 of the Civil Code have had a stormy history, ranging from those who understand this rule as a presumption of guilt, strict liability or a simple iteration of the principle of fault. Analysis from the perspective of the Chilean and Colombian law

* Todas las citas de textos en francés son traducciones libres de los autores. Una primera versión de este artículo fue publicada en AA.VV. (2011). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*. T. I. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, Medellín: Diké, pp. 331-380. Este artículo forma parte de los proyectos Fondecyt regulares N°s. 1130171 y 1120708.

Artículo recibido el 30 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 30 de octubre de 2013.

** Profesor de derecho civil, Universidad del Rosario (Bogotá). Socio de la firma Mantilla & Ternera Abogados Consultores. Correo electrónico: fabricio_mantilla@yahoo.fr.

*** Profesor de derecho civil, Universidad Diego Portales y Universidad de Chile. Doctor en derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas. Correo electrónico: carlos.pizarro@udp.cl.

sheds light on how inaccurate is to assert the existence of a regime for alleged fault in the Colombian case, which must be confessed as one of strict liability; while in the Chilean case the dilemma is to accept the presumption of guilt or reject it. The criterion of dangerous activity appears on a shared basis as a guide to establish the presumption. To scrutinize its meaning, away from metaphors or rhetorical exercises, is useful for Article 2329 (Article 2356 of Colombian Civil Code) application, either to presume guilt in the Chilean case, or apply an objective regime in Colombian law.

KEY WORDS: *Strict liability – Presumption of guilt – Hazardous activities*

RÉSUMÉ

L'interprétation de l'article 2329 du Code civil a eu une histoire mouvementée allant de ceux qui comprennent la règle comme une présomption de culpabilité, responsabilité objectif ou une itération simple du principe de la responsabilité par faute. L'analyse du point de vue comparative de la loi chilienne et colombienne permet éclairer l'inexactitude d'affirmer l'existence d'un régime sous une présomption de faute dans le cas de la Colombie, qu'il faut avouer objectif, tandis que dans le cas du Chili le dilemme est de savoir s'il faut ou non accueillir la présomption de faute. Le critère sous le caractère dangereux de l'activité est partagé pour établir la présomption. Chercher sa portée, loin de métaphores ou des exercices rhétoriques, au moment de le mettre en place, va être utile, soit pour établir la présomption de faute dans le cas chilien, soit pour fonder un régime objectif dans le système colombien.

MOTS CLÉS: *Régime objectif – Présomption de faute – Activités dangereuses*

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas es, tal vez, una de las instituciones del derecho privado que más interacción ha generado entre el derecho chileno y colombiano. En efecto, no sólo su primera formulación parece haber sido el producto del intercambio doctrinal entre la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana¹ y los profesores chilenos Carlos Ducci Claro² y Arturo Alessandri Rodríguez³, sino que, además, hoy en día sigue siendo tema de debate álgido en la doctrina⁴.

¹“De todos modos, autores colombianos y chilenos, están de acuerdo en que el mérito del descubrimiento de esta fórmula es atribuible al doctor Eduardo Zuleta Ángel, quien mediante sus ponencias en la Corte Suprema de Justicia logró introducir el innovador criterio. Además, Ducci Claro, en su tesis publicada en 1936, y posteriormente en su obra de responsabilidad civil, invoca las enseñanzas de Zuleta Ángel, desarrollándolas y determinando su verdadero alcance; más tarde Alessandri Rodríguez, en su estudio en homenaje a Henri Capitant y retomado posteriormente en su obra de responsabilidad extracontractual, acepta y complementa la mayoría de las ideas propuestas por Zuleta Ángel y Ducci Claro”. TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. T. I, Bogotá: Legis, p. 863.

²DUCCI CLARO, Carlos (1971). *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas-hechos de las cosas-circulación de vehículos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971, pp. 97 a 110; DUCCI CLARO, Carlos (1936). *Responsabilidad civil (extracontractual)*. Santiago: Imprenta El Imparcial, pp. 133-136.

³ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1939). “Une nouvelle interprétation de l’art. 2329 du Code civil chilien”. En: *Études de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz, pp. 9 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Universitaria, pp. 292-295.

⁴BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, n. 91-93, pp. 147-151; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2009). “Contra una presunción general de

En Colombia, a partir de la célebre sentencia de 14 de marzo de 1938, que resolvió el caso del accidente automovilístico sufrido por el “joven Arnulfo”⁵, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el régimen de responsabilidad fundado en la norma interpretada a partir del texto del artículo 2356 del Código Civil sólo acepta como causal de exoneración el acaecimiento de una causa extraña –fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero y hecho exclusivo de la víctima–, excluyendo así la prueba de la ausencia de culpa por parte del agente. Posición que, desde entonces, ha asumido la jurisprudencia colombiana de forma reiterada y constante hasta nuestros días⁶.

En Chile, en cambio, la situación es distinta. El artículo 2329, cuyo texto es idéntico a aquel previsto en el artículo 2356 del ya citado Código civil colombiano, ha tenido una interpretación jurisprudencial oscilante y, sobre todo, no definitiva. Por una parte, se ha mantenido su interpretación tradicional, entendiendo que no difiere el precepto de la regla general de responsabilidad por el hecho propio, al mantener la carga de la prueba de la culpa en la víctima, sin admisión de presunción de este elemento subjetivo por la naturaleza de la actividad generadora del daño, ni menos, consagrar una hipótesis de responsabilidad objetiva, que excluya la prueba de diligencia como elemento liberador de responsabilidad. Esta ha sido la posición mayoritaria en los tribunales chilenos. Sin embargo, una posición ya clásica en la doctrina, liderada por el citado profesor Ducci Claro⁷, en forma temprana y seguida, al menos en sus trazos esenciales, por el Decano Alessandri Rodríguez⁸, sugirió la necesidad de interpretar la regla del artículo 2329 como una presunción de culpa, favoreciendo la indemnización de la víctima, en los casos en que el daño tuviere su origen en una actividad que por su naturaleza peligrosa explicara el daño, acercándose a la denominada teoría *res ipsa loquitur*.

El siglo XX fue marcado, al menos en la doctrina chilena, por esta posición, aunque con pocos ecos en la jurisprudencia, que siguió ligada a la posición exegética de la norma, entendiendo que sólo los casos allí descritos permitían una presunción de culpa específica. Pero el debate no se estancó y el libro más relevante del último tiempo en el derecho civil chileno dedicado a la responsabilidad civil extracontractual recogió la idea de presunción entregando nuevos argumentos con el fin de sustentar dicha propuesta. El profesor Enrique Barros Bourie así lo

culpa por el hecho propio”. En: *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008*, Santiago: LegalPublishing, pp. 689-705.

⁵ C.S.J. Cas. Civ. 14/03/1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G.J. XLVI, pp. 211-217. Véase también: C.S.J. Cas. Civ. 18/05/1938. M.P. Fulgencio Lequerica Vélez. G.J. XLVI, pp. 515-522; y C.S.J. Cas. Civ. 31/05/1938. M.P. Liborio Escallón. G.J. XLVI, pp. 560-565.

⁶ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 16/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 52835-3103-001-2000-00005-01; y C.S.J. Cas. Civ. 17/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 25290-3103-001-2005-00345-01.

⁷ DUCCI CLARO (1936), pp. 133-136.

⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1943), pp. 292-295.

manifestó en la ponencia realizada en 2005 con ocasión de la celebración del sesquicentenario del Código Civil chileno⁹, posición que más tarde desarrolló en su importante Tratado¹⁰. Coincide esa labor argumentativa con la participación del profesor Enrique Barros como miembro de la Corte Suprema, lo que significó una acogida transitoria, sin estabilidad, en ciertos fallos del máximo tribunal. Alguna resistencia se organizó a esta posibilidad de interpretar el precepto como presunción de culpa, cuya presentación se realizó en las Jornadas Chilenas de Derecho Civil por el profesor Mauricio Tapia Rodríguez¹¹. Por último, un texto con severos argumentos históricos vino a situar la explicación de la norma y del título XXXV del libro IV dedicado a los Delitos y Cuasidelitos, desechando la interpretación, aunque solo en perspectiva histórica, del precepto como presunción de culpa. El profesor Javier Barrientos Grandon explicó que en el título XXXV del libro IV se mantuvo en paralelo una responsabilidad civil derivada del ilícito penal –delito o cuasidelito– y otra, autónoma, cuya fuente es el principio de que nadie puede dañar a otro con culpa. Mientras el artículo 2314 consagra la acción civil accesoria al ilícito penal, el artículo 2329 refiere a la acción civil general que prescinde de la existencia de un delito o cuasidelito penal¹².

No es extraño que la jurisprudencia chilena se mantenga anclada en interpretaciones más apegadas al sentido literal de las normas, apartándose de una evolución más intensa de la jurisprudencia colombiana, más abierta a la influencia del derecho comparado¹³. En ningún caso la jurisprudencia chilena ha planteado, a partir de la regla en cuestión, una hipótesis de responsabilidad objetiva, pues para los tribunales chilenos la culpa sigue reinando. La responsabilidad objetiva requeriría, entonces, un texto legal que así lo dispusiera en forma expresa.

Si le damos una mirada al derecho colombiano, podemos resaltar que la jurisprudencia sobre el tema presenta una curiosa dicotomía: hay una gran homogeneidad entre las partes resolutivas de los distintos fallos y, al mismo tiempo, una importante heterogeneidad entre las partes motivas.

⁹ BARROS BOURIE, Enrique (2007). “Análisis histórico y comparado de la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil”. En: *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, GUZMÁN BRITO, Alejandro (Editor científico), Santiago: LexisNexis, pp. 619-632. Para un análisis de la jurisprudencia que opta por la tesis de la presunción véase SCHIELE, Carolina y TOCORNAL Josefina (2010). “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 1, pp. 123-139.

¹⁰ BARROS BOURIE (2006), pp. 147-158.

¹¹ TAPIA RODRÍGUEZ (2009), pp. 689-705.

¹² BARRIENTOS GRANDON, Javier. (2009). “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro ‘Código Civil imaginario’”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, pp. 9-94.

¹³ Una revisión exhaustiva de la jurisprudencia relativa al artículo 2329 en TAPIA RODRÍGUEZ (2009), pp. 689-705.

La Corte Suprema colombiana considera como *peligrosas*, en principio, las mismas actividades y no acepta la exoneración del demandado mediante la prueba de la ausencia de culpa. Sin embargo, hace alusión, indistintamente, a una serie de teorías doctrinales cuya formulación no siempre es clara, y cuya mezcla suele resultar completamente ininteligible. Con sólo hojear algunos fallos se pueden corroborar las múltiples referencias a *presunciones de responsabilidad*, *presunciones de causalidad*, *presunciones de culpa* y *obligaciones legales de resultado*, sin que esto parezca obedecer a lógica alguna¹⁴.

La jurisprudencia colombiana interpretó una norma jurídica general¹⁵ del texto del artículo 2356 del Código Civil, la cual utiliza como fundamento¹⁶ de las decisiones que resuelven casos de daños causados en el ejercicio de ciertas actividades que califica como *peligrosas*. Ahora bien, si las decisiones son muy similares y el fundamento es el mismo, ¿en dónde se encuentra la dicotomía? Si no está en la aplicación, está en la explicación.

En efecto, la jurisprudencia colombiana parece haberse dado a la tarea de formular una explicación teórica única que justifique todos los casos posibles¹⁷ y

¹⁴Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 04/06/ 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 09/1992, p. 623; C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992, p. 1157; C.S.J. Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001, pp. 2439-2440. Es más, la Corte Suprema de Justicia llega incluso a mezclarlas en una misma sentencia, por ejemplo: "...todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una obligación de resultado consistente en vigilar dicha actividad... Habría que puntualizar que gravita sobre quien realiza actividades de esta especie, la presunción de ser responsable del daño causado con ocasión de su ejercicio... cuando el daño alegado encuentra su vengero en la convergencia de sendas actividades peligrosas, pues, en tal supuesto, las respectivas presunciones de culpa que cobijan a los implicados, pueden aniquilarse mutuamente...". C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999, pp. 984-985. "...el artículo 2356 del Código Civil implica la existencia de una obligación legal de resultado que consiste en vigilar dicha actividad [...]. La ley presume la culpa de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumento, tiene sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control...". C.S.J. Cas. Civ. 22/02/ 1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995, p. 880.

¹⁵La doctrina más autorizada, suele designar "formulación normativa" a la expresión lingüística y reservar el vocablo "norma" para el significado que a aquélla se le atribuye. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la ambigüedad y vaguedad propias de los lenguajes naturales, bien podría afirmarse que de un mismo texto se pueden interpretar distintas normas. Véase: VON WRIGHT, G.-H. (1979). *Norma y acción. Una investigación lógica*. GARCÍA FERRERO, P. (Trad.). Madrid: Tecnos, pp. 109-121; y MENDONCA, Daniel (2000). *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa, pp. 62-63.

¹⁶"La decisión judicial no sólo debe ser fundada sino, además, debe ser fundada en normas jurídicas y en las circunstancias del caso. Esto significa que las normas generales que constituyen el fundamento normativo de la decisión deben ser –al menos en principio– normas jurídicas, y las proposiciones empíricas que integran los considerandos de la sentencia deben corresponder a circunstancias del caso debidamente probados en los autos". ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991). "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico". En: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 356.

¹⁷"Al preguntarse por la 'naturaleza jurídica' de una institución cualquiera los juristas persiguen este imposible: una justificación *única* para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. Es decir, aspiran a hallar un último criterio de justificación que valga tanto para los casos típicos como para los que no lo son. Por supuesto que no hay tal cosa". CARRIO, Genaro (1994). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, pp. 101-102.

que, de cierta manera —naturalmente metafísica¹⁸— engendre las normas jurídicas particulares, formando así una especie de cuerpo articulado con una suerte de tronco teórico común del cual se desprenden unas ramas normativas que van de lo general a lo particular.

Esta construcción teórica busca, en principio, establecer una especie de jerarquía entre las distintas funciones que se le atribuyen a la responsabilidad civil: indemnizatoria y sancionatoria —con sus dimensiones retributiva, o de pena privada, y preventiva¹⁹— y, al mismo tiempo, satisfacer esa fascinación por la formulación de postulados generales con pretensiones científicas²⁰.

Dentro de esta perspectiva, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha oscilado entre las teorías denominadas de la *culpa* y del *riesgo*, lo cual ha dado lugar a un nuevo debate al interior de la corporación, discusión en la cual los magistrados han tomado partido a través del discurso adoptado, tanto en las partes motivas de los fallos cuyas ponencias realizan, como en las aclaraciones de voto²¹.

Esto ha generado dos facciones al interior del Tribunal Supremo colombiano. La facción de los tradicionalistas subjetivistas que defienden la *teoría de la culpa* y aquella de los progresistas objetivistas que sostienen la *teoría del riesgo*²². Lo más

¹⁸ “Llamaré metafísicas a todas aquellas proposiciones que afirman representar conocimientos acerca de algo que se encuentra sobre o más allá de toda experiencia, por ejemplo, acerca de la verdadera esencia de las cosas, acerca de las cosas en sí mismas, del Absoluto, y de otras parecidas”. CARNAP, Rudolf (1998). *Filosofía y sintaxis lógica*. MOLINA, César (Trad.), México: UNAM, p. 10.

¹⁹ COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabriel (2010). *Las teorías del derecho de daños. Responsabilidad civil y del Estado*. N° 27, pp. 31-81; MAITRE, Grégory (2005). *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*. Paris: LGDJ; CARVAL, Suzanne (1995). *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, pp. 1-17.

²⁰ “Nuestra ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas... En vez de ‘el ansia de generalidad’ podría haber dicho también ‘la actitud despectiva hacia el caso particular’”. WITTGENSTEIN, Ludwig (2001). *Los cuadernos azul y marrón*. GRACIAS GUILLÉN, Francisco (Trad.), Madrid: Tecnos, p. 46.

²¹ C.S.J. Cas. Civ. 24/08/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-038-2001-01054-01; C.S.J. Cas. Civ. 18/09/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 20001-3103-005-2005-00406-01; C.S.J. Cas. Civ. 13/05/2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Ref: 73319-31-03-002-2001-00161-01; C.S.J. Cas. Civ. 01/06/2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Ref: 05001-22-03-000-2010-00103-01; C.S.J. Cas. Civ. 09/07/2010. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-035-1999-02191-01; C.S.J. Cas. Civ. 26/08/2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: 4700131030032005-00611-01; C.S.J. Cas. Civ. 16/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 52835-3103-001-2000-00005-01; C.S.J. Cas. Civ. 17/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 25290-3103-001-2005-00345-01; C.S.J. Cas. Pen. 11/04/2012. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Ref: 33.920; C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref: 76001-31-03-009-2006-00094-01; y C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref: 05266-31-03-001-2004-00172-01.

²² ARIZA FORTICH, Alma (2010). “La responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas en la jurisprudencia civil colombiana”. En: *La responsabilidad una mirada desde lo público y lo privado*. Bogotá: Ibañez/Uninorte, pp. 61-90; ARAMBURO CALLE, Maximiliano (2008). “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de una teoría del riesgo en el siglo XXI”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, V. 38, fasc. 108, pp. 13-51. Sin embargo, el tomar partido por una de estas teorías no es, en lo

curioso de la situación es que las soluciones adoptadas en las partes resolutorias de los fallos son, prácticamente, las mismas, con independencia de la teoría que sostenga el magistrado ponente²³.

La situación se vuelve más compleja –al menos en teoría– por el lenguaje confuso que se suele utilizar en la materia, el cual termina por cubrir todo el discurso con un espeso velo de sinsentido.

Por ejemplo, cierto doctrinante colombiano pretende explicar la situación de la siguiente manera: “No obstante, el lenguaje de las sentencias en ocasiones da la idea de que la jurisprudencia se inclina por las formas de responsabilidad objetiva y en otras por la responsabilidad presunta. Lo cierto es que la expresión *responsabilidad objetiva* es de uso frecuente en el lenguaje jurídico y académico con significados ambiguos: unas veces significa presunción de responsabilidad que implica una culpa de fundamento, que solo admite como defensa la prueba de una *causa* extraña, lo que equivale a decir que en sentido estricto no es responsabilidad objetiva, pero tiene los mismos efectos prácticos. En otras ocasiones se utiliza para expresar que hay responsabilidad *sin culpa* y, en otras, responsabilidad presunta, con presunción de derecho”²⁴.

Para continuar con el análisis es indispensable precisar el significado de los adjetivos “subjetiva” y “objetiva” cuando se usan como calificativos del vocablo “responsabilidad”. Se dice que la responsabilidad es *subjetiva* cuando la norma que condena a indemnizar los daños (sanción) exige la culpa (supuesto de hecho) y *objetiva* cuando no la exige. Vemos, entonces, que estos adjetivos sirven para calificar las normas –como creaciones intelectuales– y no los hechos del mundo –como entidades que se perciben por los sentidos– y se refieren a sus condiciones de aplicación. Esto lo expresó con total claridad la Corte Suprema colombiana en el fallo de 24 de agosto de 2009²⁵, además, el magistrado William Namén Vargas en su salvamento de voto al fallo de 26 de agosto de 2010²⁶ abundó en este sentido.

absoluto, necesario para resolver un caso con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil. En un fallo clásico, la Corte Suprema Colombiana logró este cometido magistralmente: C.S.J. Cas. Civ. 09/06/1953. M.P. Gualberto Rodríguez Peña. G.J. LXXV, N° 2130, pp. 285-296.

²³ Es importante resaltar, sin embargo, el cambio introducido por el fallo de 24 de agosto de 2009 que modificó la jurisprudencia anterior en el sentido de aplicar el artículo 2356 del Código Civil como fundamento de las decisiones sobre daños mutuos causados en ejercicio de actividades peligrosas y no el artículo 2341, como venía sosteniendo la Corte Suprema mediante su curiosa teoría de la “compensación de culpas”. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 24/08/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-038-2001-01054-01.

²⁴ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad de la Sabana/Temis, p. 564.

²⁵ C.S.J. Cas. Civ. 24/08/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-038-2001-01054-01.

²⁶ C.S.J. Cas. Civ. 26/08/2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: 4700131030032005-00611-01.

Véase también: TAMAYO JARAMILLO, Javier (2010). “¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?”. En: *Derecho de las obligaciones*, CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (Coord.), T. II, Vol. I, Bogotá: Universidad de los Andes/Temis, pp. 295-314.

No sobra precisar que tanto “subjetivo” como “objetivo” califican la conducta del sujeto normativo –el agente– y no el vínculo causal ni el daño. Se utiliza “subjetivo” para expresar que la conducta debe ser objeto de un *juicio de valor*²⁷, mientras que “objetivo” hace referencia al hecho de que se exige la conducta sin valoración alguna por parte del juez²⁸, para calificarla como *culposa*.

Estos han sido los puntos neurálgicos que han dado lugar a las discusiones teóricas al interior de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana en los últimos años²⁹. Discusiones que, en principio, versan sobre la explicación y no sobre la aplicación de la norma interpretada del artículo 2356 del Código Civil colombiano y que son resumidas perfectamente en la parte motiva del fallo de 26 de agosto de 2010:

“...la doctrina tradicional de la Sala referente a que éstas [las actividades peligrosas] se examinan bajo la perspectiva de una responsabilidad ‘subjetiva’ y no ‘objetiva’... Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho³⁰”.

En Chile, en cambio, a propósito del artículo 2329, esta distinción entre la responsabilidad objetiva o subjetiva no ha tenido relevancia. La razón es fácil de advertir. En Chile, los tribunales nunca han discutido que la naturaleza de la responsabilidad prevista en el artículo 2329 del Código civil sea por culpa, lo discutido de manera ardua es si abriga o no una presunción a partir de calificar la actividad como peligrosa o que por su naturaleza explique el daño. No sería extraño que, en

²⁷ Sobre los juicios de valor, Consúltense: HARE, R.M. (1975). *El lenguaje de la moral*. CARRIÓ, Genaro y RABOSI, Eduardo (Trad.), México: UNAM.

²⁸ “A menudo hablamos de juicios que nos resultan ‘subjetivos’ cuando queremos decir que su verdad o falsedad no es una simple cuestión de hecho, sino que depende de ciertas actitudes, sentimientos y puntos de vista de los proferidores o de los oyentes del juicio en cuestión. Ejemplo de tal tipo de juicios podría ser: ‘Rembrandt es mejor artista que Rubens’. En este sentido de ‘subjetivo’, contrastamos esos juicios subjetivos con juicios objetivos tales como: ‘Rembrandt vivió en Ámsterdam en el transcurso del año 1632’”. SEARLE, John (1997). *La construcción de la realidad social*. DOMÉNECH, Antoni (Trad.), Barcelona: Paidós Básica, p. 27.

²⁹ Sin embargo, esta parece ser una constante histórica del máximo tribunal colombiano. Véase, a título de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 30/04/1947. M.P. Hernán Salamanca. G.J. LXII N° 2046 y 2047, pp. 335-340; C.S.J. Cas. Civ. 11/10/1962. M.P. Enrique Coral Velasco. G.J. C N° 2261, 2262, 2263 y 2264, pp. 101-103; C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1969. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. CXXX N° 2310, 2311 y 2312, pp. 96-108; C.S.J. Cas. Civ. 17/07/1970. M.P. César Gómez Estrada. G.J. CXXXV N° 2330, 2331 y 2332, pp. 54-59; y C.S.J. Cas. Civ. 26/04/1972. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G.J. CXLII N° 2352 a 2357, pp. 166-176.

³⁰ C.S.J. Cas. Civ. 26/08/2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: 4700131030032005-00611-01.

el futuro, se transitara desde una presunción de culpa hacia una responsabilidad estricta bajo el manto de las actividades peligrosas.

Así las cosas, antes de entrar a definir lo que se entiende por “actividad peligrosa” en el lenguaje de la responsabilidad civil (2), es indispensable analizar brevemente la estructura de la explicación propuesta por la Corte Suprema colombiana, en la cual se sirve de la culpa como una especie de coartada (1).

1. LA COARTADA DE LA CULPA

Explicar aquí la noción de culpa desbordaría completamente los objetivos que buscamos con este breve ensayo. Sin embargo, mal podríamos analizar el discurso teórico de la jurisprudencia colombiana sin hacer un par de precisiones al respecto. El sentido de la palabra “culpa” debe entenderse con relación a las expresiones “comportamiento de modo impropio”, “negligencia”, “imprudentemente”, “sin las precauciones necesarias”, “cuidado”, “prudencia”, “descuido”, “falta de diligencia”, utilizadas, tanto en Colombia como en Chile, por el legislador³¹ y la jurisprudencia³²⁻³³.

“Culpa” se utiliza para expresar un juicio de valor moral respecto de una conducta concreta que es desaprobada, censurada, por el juez, en aplicación de unos parámetros sociales específicos³⁴. Así, pues, el calificar un comportamiento como culposo, antes que describirlo³⁵, cumple una función prescriptiva³⁶: pretende disuadir al agente para que no actúe de esa manera³⁷. La culpa, como juicio de valor

³¹ Artículos 2343, 2344, 2346, 2348, 2349, 2353, 2355, 2356, 2357 y 63 del Código Civil colombiano y artículos 44, 2314, 2319, 2320, 2321, 2329 del Código Civil chileno.

³² Consúltese, a manera de ejemplo, en Colombia: C.S.J. Cas. Civ. 16/07/1985. M.P. Horacio Montoya Gil, G.J. CLXXX, número 2419 p. 139; y C.S.J. Cas. Civ. 13/05/2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Ref: 73319-31-03-002-2001-00161-01. En Chile: Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIX, sección 2ª, p. 132.

³³ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco (2006). “La ‘culpa’ en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano”. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, N° 12, pp. 125-137.

³⁴ “Los criterios y estándares de elogio varían de sociedad en sociedad y de siglo en siglo. Por eso, independientemente de que hablemos de elogios morales o elogios de otro tipo, sólo es posible garantizar el significado descriptivo de palabras como ‘bueno’, ‘correcto’, ‘malo’, o ‘debería’ en relación con un círculo de personas determinado; dentro de ese círculo el significado descriptivo está suficientemente garantizado”. HARE R.M. (1999). *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*. VERGÉS GIFRA, J. (Trad.), Barcelona: Ariel, p. 23.

³⁵ “Cuando nuestro propósito es transmitir información, el lenguaje sirve como instrumento de descripción. Es así que en función descriptiva formulamos aserciones verdaderas o falsas sobre determinada realidad”. MENDONCA (2000), p. 22.

³⁶ “El propósito de usar directivamente el lenguaje es, pues, en pocas palabras, ‘hacer hacer’, dirigir el obrar de otras personas”. MENDONCA (2000), p. 22.

³⁷ “Conocer el significado descriptivo es conocer qué pautas está usando quien emite el juicio. Tomemos un caso en el que la pauta es bien conocida. Si un sacerdote dice de una muchacha que es buena, nos podemos formar una idea acerca de cómo es ella: pensaremos, por ejemplo, que concurre a la iglesia. Por eso es fácil

moral, sirve para guiar las acciones, es decir, proporciona razones al agente para motivar la elección de un comportamiento específico entre las distintas posibilidades que tiene. Creemos que mediante la calificación de conductas como culposas, los jueces determinan modelos de comportamiento exigibles a las personas por el hecho de vivir en sociedad³⁸.

Sin embargo, es importante aclarar que el juicio de valor no lo emite el juez como particular que reprocha un comportamiento, sino como funcionario público que administra justicia en nombre de un Estado y que, por consiguiente, debe aplicar los criterios de la moral social imperante –aun en el caso hipotético de que el juez no considerara reprochable el conducir ebrio para seguir la fiesta en otro bar, tendría que, en principio, calificar el comportamiento específico de un sujeto que procede de tal forma como *culposo*, de acuerdo con los parámetros de las sociedades colombiana y chilena–.

No hay que olvidar, sin embargo, que en el caso de la conducción bajo la influencia del alcohol es la ley misma la que determina la culpa en la conducta, lo que en el derecho chileno se denomina “culpa infraccional”, generándose una presunción de culpa contra el agente cada vez que incurre en una conducta contraria a lo exigido por la ley, el reglamento u otra norma obligatoria³⁹.

Ahora bien, este juicio de valor se realiza mediante una comparación entre el comportamiento del agente, individualizado y circunstanciado, con el comportamiento de un sujeto hipotético⁴⁰, *el buen padre de familia*, en las mismas circunstancias⁴¹.

La comparación con los parámetros valorativos abstractos a través de este sujeto hipotético, y no mediante referencia a un simple listado de conductas, permite no sólo abarcar un número infinito de conductas –*el buen padre de familia* que hace tal y tal cosa– sino, además, adaptarlo a los cambios sociales y culturales –*el buen*

caer en el error de suponer que, al decir que es una muchacha buena, el sacerdote quiere simplemente decir que ella tiene estas características descriptivas... También se propone (*means*) encomiarla por tenerlas; y esta parte de lo que él quiere decir (*his meaning*) es la primaria”. HARE (1999), p. 142.

³⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991), pp. 303-328; FERRER BELTRÁN, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 53.

³⁹ “Los juicios de valor, cualquiera que sea su naturaleza, implican alguna clase de aprobación o desaprobación. Pero los términos valorativos pueden ser usados descriptivamente en enunciados que no expresan valoraciones (aprobación o desaprobación), sino proposiciones fácticas, es decir, proposiciones a los efectos de que la cosa en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social”. ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991), p. 315.

⁴⁰ Las abstracciones, como *el buen padre de familia*, son *hechos institucionales* creados por el hombre mediante el lenguaje y tienen una forma de existencia distinta de la que tienen los hechos de la naturaleza. Tanto los unicornios como los caballos existen, pero, los primeros existen como símbolos y mitos, mientras que los segundos lo hacen de forma sensible. Véase al respecto: RYLE, Gilbert (2005). *El concepto de lo mental*. RABOSI, Eduardo (Trad.), Buenos Aires: Paidós, pp. 29-37.

⁴¹ Consúltese: C.S.J. Cas. Civ. 02/06/1958. M.P. Arturo Valencia Zea. G.J. LXXXVIII N° 2198, pp. 135-140.

padre de familia en el lugar y el tiempo del juez— y a las circunstancias particulares del caso en cuestión —*el buen padre de familia* que actúa en las mismas condiciones que el agente—.

En este orden de ideas, la culpa, como juicio de valor moral, sirve para establecer un parámetro general de conducta —flexible y adaptable— por medio del cual se juzgan las actuaciones específicas de los sujetos con el fin de dirigir el comportamiento de los miembros de la comunidad en aras de alcanzar unos ideales de prudencia, previsión y diligencia⁴².

En palabras de Richard Hare: “Puesto que los juicios morales tienen que hacerse por unas razones determinadas, siendo estas razones los hechos de la situación en cuestión, es irracional emitir un juicio moral que no considere para nada los hechos”⁴³.

Ahora bien, la explicación que da la Corte Suprema de Justicia colombiana del régimen de responsabilidad por actividades peligrosas a través de la *teoría de la culpa* suele utilizar un argumento de autoridad histórico, atribuyéndole a la teoría un falso linaje (A), para luego calificar la norma que sirve de fundamento (artículo 2356 C.C. col.) como una simple regla probatoria (B).

A. Un falso linaje

La teoría explicativa de la culpa como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas se sirve de una verdadera metáfora histórico-botánica. En palabras de François Grua:

“Habría que ver el derecho como un árbol que se ramificaría progresivamente. Estaríamos, entonces, frente a simples visiones y separaciones. Esta imponente representación pretende aprehender el fenómeno jurídico, a la vez, en cuanto a su estructura y en cuanto a su evolución. En el espacio y en el tiempo. Ella nos lleva a creer que entre más nos adentremos en el pasado, más se irá revelando la unidad del derecho. Excavando muy profundamente terminaremos por encontrar la semilla germinada que fue el origen de todo. Aunque, con el tiempo, hayamos visto crecer ramas centrífugas, estas conservarían siempre con el tronco común su vínculo de origen. Imagen sugestiva, simple y armoniosa que nos invita a reemplazar aquella que nos muestra la evidencia de las cosas: un revoltijo de reglas gigantesco y sin forma alguna”⁴⁴.

De igual manera, la responsabilidad por las actividades peligrosas no sería nada distinto de una rama del tronco común de una *teoría general de la culpa*, cuyo

⁴² “...no sirve de nada pensar que los criterios por medio de los cuales juzgamos la verdad de los enunciados morales son moralmente neutrales. Éstos son los mismos criterios que aquellos por medio de los cuales hacemos los enunciados morales mismos y, por lo tanto, llevan incorporado un punto de vista moral sustancial”. HARE (1999), p. 61.

⁴³ HARE (1999), p. 13.

⁴⁴ GRUA, François (1993). “Les divisions du droit”. *RTD. Civ.* N° 1, pp. 59-71.

linaje, en el entender de la Corte Suprema colombiana, se remonta hasta el más noble de los orígenes, el derecho romano clásico:

“Repugna, en una concepción espiritualista, la pretensión de estructurar la institución de la responsabilidad en general, y cuyo efecto civil, consiste en trasladar el daño experimentado por la víctima a otra persona llamada a indemnizarlo, y esto a base de un criterio materialista que, al prescindir de la valoración ético-jurídica de la conducta humana, opera en forma mecánica e incurre en la injusticia de sancionar a quien está exento de toda falta. Esta es la filosofía que emana de la Ley Aquilia y que, combinada con el profundo sentimiento práctico de los jurisconsultos romanos, condujo a que se sustituyera la imputación física por la moral como fundamento de la responsabilidad civil... Y esta es la filosofía que al respecto ha inspirado desde entonces al derecho occidental, a los principales modelos de nuestro ordenamiento civil y a este mismo... No se ve, por lo tanto, razón alguna para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva... En suma: si nuestro C.C., siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han de interpretarse todos los preceptos de dicha obra que tocan con tal materia...”⁴⁵.

El discurso es, sin duda, atractivo –e, incluso, emotivo–, pero esto no implica que sea cierto. En efecto, los romanos nunca tuvieron una teoría general de la responsabilidad civil –al parecer, el latín de los romanos ni siquiera tenía un sustantivo equivalente a “responsabilidad”⁴⁶, ni mucho menos una construcción teórica argumentativa equiparable a aquello que los juristas modernos denominan “fundamento”⁴⁷.

⁴⁵ C.S.J. Cas. Civ. 08/05/1969. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. CXXX N° 2310, 2311 y 2312, pp. 105-106.

Argumentación que fue citada in extenso en: C.S.J. Cas. Civ. 17/07/1970. M.P. César Gómez Estrada. G.J. CXXXV N° 2330, 2331 y 2332, pp. 57-58.

⁴⁶ VILLEY, Michel (1977). “Esquisse historique sur le mot responsable”. En: *Archives de philosophie du droit*, N° 22, La responsabilité, pp. 45-58; HENRIOT, J. (1977). “Notes sur la date et le sens de l’apparition du mot ‘responsabilité’”. En: *Archives de philosophie du droit*. N° 22. *La responsabilité*, pp. 59- 62; RICOEUR, Paul (1995). *Le Juste*. Paris: Esprit, pp. 41-70.

⁴⁷ “...el derecho romano es todo lo contrario de un derecho lógicamente construido sobre principios *a priori*. En última instancia, éste se basa en una serie de *observaciones*, observaciones en diversos sentidos de la vida real, fuente de opiniones discordantes, que se confrontan *dialécticamente*. La obra de los juristas romanos es esencialmente realista... Los *principios* de la llamada Escuela Moderna del Derecho Natural y, más tarde, aquellos de los pandectistas son opuestos a los principios de los juristas romanos. Estos romanistas pretendieron hacer del derecho romano una ‘ciencia’, un sistema de reglas fijas, siendo que aquél constituía una búsqueda, un arte. Los romanistas construyeron esta ciencia a partir del individuo, de los ‘derechos subjetivos’ y de las libertades de las cuales, por hipótesis, gozaría el hombre en estado de naturaleza. Mientras que los romanos tomaron de entrada lo real de las relaciones sociales. Toda la doctrina jurídica fue aprisionada en una red de conceptos individualistas, los cuales fueron considerados como los únicos racionales, según las enseñanzas de Kant. Se quiso someter a esto al derecho romano mismo. Y es al interior de tales categorías que éste nos es transmitido por nuestros manuales”. VILLEY, Michel (1993). *Le droit romain*. Paris: PUF, Coll. Que sais-je?, pp. 43, 117-118.

El jurisconsulto romano mantiene siempre su mirada fija en el caso concreto, sobre el cual acostumbran a consultarlo... Nacido de la experiencia, siempre sometido al control de la experiencia, el derecho romano no se presenta como una construcción acabada; como un ordenamiento lógico de reglas implacables y fijas, una ‘ciencia’ en el sentido específico del término, un orden normativo. Aquél es una búsqueda, una vida... El principio del artículo 1382 [artículo 2341 C.C. col. y 2314 C.C. ch.] no es expresado, en ninguna parte, en el derecho romano. En la época de los orígenes, la falta de un principio abstracto no tiene nada de sorprendente. De la misma manera que Roma, en un principio, sólo sancionó mediante la reivindicación ciertas situaciones especiales de los ciudadanos romanos con respecto a las cosas, aquélla sólo consagró sanción para ciertos delitos⁴⁸.

La *culpa*⁴⁹ tampoco parecía estar presente en todas las soluciones adoptadas por los romanos para indemnizar daños. Viney afirma en su tratado que esa es “la razón por la cual los juristas romanos no tuvieron que hacerse realmente la pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad civil”⁵⁰. Y agrega “...la culpa nunca fue presentada por los jurisconsultos romanos como una condición general del derecho a reparación, ni *a fortiori* como el ‘fundamento’ de la responsabilidad civil. Por otro lado, el derecho romano siempre conoció casos de responsabilidad objetiva como, por ejemplo, aquel que sancionaba ‘la acción de *effusis et dejectis*’ o aquella que incumbía a los dueños de naves, a los alberguistas y dueños de ca-ballerizas por el robo cometido por los dependientes...”⁵¹.

La importancia de la culpa estaba, principalmente, circunscrita a asuntos criminales y contractuales⁵². La tan citada *Lex Aquilia –damnum injuria datum–*, se limitaba a establecer tres casos que daban lugar a una indemnización y no a la

⁴⁸VILLEY (1993), pp. 37 y 96.

⁴⁹“Su utilización técnica data del final de la República y, hasta esa fecha, la *culpa* designa un hecho que constituye un *malum* cuya imputación debe ser asumida por una persona en razón de su falta de control de su comportamiento respecto de un modelo. La diversidad de los casos contenidos en la *ley Aquilia* no permite deducir una noción unitaria de la *culpa*. El estudio casuístico nos muestra que los contornos de la noción se definen alrededor de tres tipos de comportamiento constitutivos de una *culpa*. El primero resulta de la negligencia. Es el caso de una persona que prende fuego a la hierba para quemarla y éste se extiende al predio de su vecino y consume la cosecha. El segundo comportamiento constitutivo de una culpa es la impericia, es decir, una falta de habilidad en el arte que una persona ejerce o, incluso, el desconocimiento de las reglas de la profesión que practica. El conductor de mulas que, por su falta de habilidad, no logra controlar las bestias que tiene bajo su guarda. Finalmente, la *infirmitas* es el último comportamiento constitutivo de una *culpa*. Así, una persona no debe intentar algo si sabe, o debería saber, que su debilidad puede generar daños. Esta noción nos reenvía al caso del mulero, antes citado, quien se sabe demasiado débil para llevar su carga y, aun así, llena su carreta con demasiadas cosas, cuando él mismo tenía la facultad de no cargarla excesivamente. En definitiva, la apreciación de la *culpa* supone la evaluación del comportamiento del autor en una situación precisa, la evaluación del comportamiento adecuado impuesto por las circunstancias y la estimación de las capacidades en la persona en cuestión”. DESCAMPS, Olivier (2005). *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*. Paris: LGDJ, pp. 66-68.

⁵⁰VINEY, Geneviève (2008). *Introduction à la Responsabilité*. 3ª Edición, Paris: LGDJ, p. 10.

⁵¹VINEY (2008), p. 11.

⁵²VILLEY (1977), pp. 50-52.

venganza privada o a una multa⁵³. La famosa expresión consagrada en el Digesto, *in lege aquilia culpa levissima venit*, al parecer, fue una simple anotación que se añadió para precisar que, para esta clase de indemnizaciones, no se hacían las diferencias propias a los daños contractuales (artículo 63 C.C. col. y 44 C.C. ch.), pero, esto no significa que hubieran desaparecido las disposiciones concernientes a la indemnización de los daños causados sin culpa –*actio de pauperie*, para los daños causados por un cuadrúpedo, *actio de positis ac suspensis*, para los daños causados por los objetos suspendidos al exterior de los inmuebles, o las acciones noxales para que el *pater familia* indemnizara los daños causados por sus *alieni iuris*, etc.⁵⁴–.

El famoso “principio general de responsabilidad por culpa” es una abstracción moderna inspirada, principalmente, en las teorías de Domat (siglo XVII)⁵⁵, estructuradas a partir de los textos de Hugo Grocio⁵⁶ y los trabajos realizados por la escuela de Salamanca sobre la *Lex Aquilia* del derecho romano que fueron consagradas en las principales codificaciones del siglo XIX⁵⁷⁻⁵⁸.

⁵³ 1) Quien mata el esclavo de otro o el animal de un rebaño deberá pagar el precio más elevado que haya tenido el esclavo o el animal el año precedente; 2) el *adstipulator*, es decir el *stipulant* accesorio que, desconociendo los derechos del acreedor principal, hubiera condonado la deuda deberá pagar la suma equivalente al monto de la obligación y 3) todo aquél que haya quemado, partido o deteriorado bien ajeno o causado daños a esclavo o animal, pagará el precio más elevado que haya tenido la cosa (*res*) en los últimos tres meses.

⁵⁴ VILLEY (1977), pp. 50-52; DESCAMPS, (2005), pp. 143-225.

Es más, en el derecho romano no encontramos ninguna categoría llamada “cuasidelito”, sino ciertas situaciones en las cuales las obligaciones nacen como si fueran un *delito* (*quasi ex delicto* o *quasi ex maleficio*) y que, al parecer, corresponden a situaciones dañosas no culposas (*casus*). Hasta el momento, se han identificado cuatro casos: “(a) el juez que hace suyo el proceso (*iudex qui litem suam facit*); (b) la acción *effusis vel deiectis*, según la cual el residente habitual de una casa (*habitor*) podía ser demandado si una cosa cualquiera era arrojada desde su casa a un lugar de tránsito y se infligía daño a otro; (c) la acción *positis ac suspensis*, en virtud de la cual el residente habitual de una casa debía responder por los daños causados por la caída de una cosa que se hallaba suspendida en la parte exterior de su casa; (d) finalmente, la acción *adversus nautas, caupones, stabularios* que hacía responder a los capitanes de navío, los dueños de albergues y de establos por los delitos de *furtum* o *damnum iniuria* cometidos por sus empleados en tales lugares”. DESCHEEMAER, Eric (2010). “La dualité des torts en droit français. Délits, quasi-délits et la notion de faute”. *RTD, civ.* 3, p. 437.

⁵⁵ DOMAT, Jean (1835). *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre II titre VIII, section IV, article III*. Paris: Alex-Gobelet.

⁵⁶ GROTIUS, Hugo (2012). *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris: PUF, pp. 415-422.

⁵⁷ “Nuestra técnica jurídica es el producto de la filosofía moderna, aunque muchos se imaginan encontrar allí las ideas romanas. El gran arte de la Escuela del derecho natural consistió en expresar en el lenguaje antiguo, del cual se servían los juristas, estas ‘ideas nuevas’... Antes de esta metamorfosis, el derecho romano no era individualista. Estaba cimentado en el culto de una justicia desigual. En él no se podían hallar ni los ‘derechos del hombre’, ni el derecho ‘subjetivo’, ni el derecho ‘real’ o ‘personal’, ni definición alguna del ‘contenido’ de la propiedad, ni de la capacidad jurídica, ni de la teoría general del consensualismo contractual. Tanto como el hecho de que en Atenas no existían democracias comparables a la democracia moderna”. VILLEY (2002), pp. 65-66.

⁵⁸ GAZZANIGA, Jean-Louis (1992). *Introduction historique au droit des obligations*. Paris: PUF, pp. 211-252; DESCAMPS (2005), pp. 227-472; BARRIENTOS (2009), pp. 9-94.

De ahí que esta teoría general no permita explicar la gran variedad de soluciones adoptadas por los romanos, ni mucho menos las distintas normas de indemnización de perjuicios en los derechos chileno y colombiano contemporáneos⁵⁹. Nuestra responsabilidad civil está lejos de ser un cuerpo armonioso que brotó de la semilla germinada de la *Lex Aquilia*; se trata, más bien, de una amalgama de normas creadas en distintas etapas de la historia, con diferentes inspiraciones y objetivos⁶⁰.

Este “origen noble” de la *teoría general de la responsabilidad por culpa* no es nada distinto de un falso linaje que pretende revestirla de la autoridad y el respeto que se profesa por el derecho romano⁶¹.

En ese aspecto la jurisprudencia colombiana es muy criticable: se intenta darle una justificación a la responsabilidad por culpa en un supuesto origen romano, lo que es inexacto, puesto que la culpa, como elemento general y medular de la responsabilidad civil engarza más bien con la obra de Domat. Aun si uno considerara que la obra de Domat fuere idónea para otorgarle el linaje anhelado a la doctrina criticada, lo cierto es que la historia no basta para mantener una determinada solución. El genuino debate, más allá del linaje histórico de la doctrina, es discutir si es más apropiado una responsabilidad por culpa o aquella objetiva en el caso de accidentes generados por actividades denominadas “peligrosas”.

Pero, esta teoría no sólo se apoya en argumentos histórico-botánicos, sino que, también, suele recurrir a conceptos propios del derecho probatorio para tratar de justificar una coherencia general.

⁵⁹ “...el concepto de teoría jurídica nada tiene en común con el de teoría científica... Por empezar, se trata de un uso del lenguaje predominantemente prescriptivo, por oposición al uso descriptivo propio de la ciencia. Por otra parte, si se infieren determinados enunciados de la teoría, no es para contrastarlos con la regulación normativa de un sistema determinado, y ver si las hipótesis resultan corroboradas, sino para establecer normas que guíen al legislador o al intérprete. En este sentido, un autor puede sostener una teoría, aun cuando el ordenamiento jurídico al cual se aplique opte por normas basadas en la teoría contraria”. GUARINONI, Ricardo V. (2006). *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho*. Buenos Aires: LexisNexis, pp. 41-42.

⁶⁰ “Resulta en vano buscar en el derecho en general algo que, desde el principio, ordene sus partes de la misma manera que un árbol o cualquier otro organismo estructurado. El derecho crece en donde se necesita de él, por aquí y por allá, sin orden alguno, sin un programa preestablecido, sin la disciplina necesaria para conformar una figura armoniosa. Sus partes no nacieron de un mismo tronco; éstas ni siquiera son los satélites de un derecho dominante. Si se quiere someterlas al dominio de un derecho preexistente, que llamaríamos derecho común, sólo podríamos hacerlo *a posteriori*, después de que aparecieron. En sus orígenes, éstas se formaron en su propio sector, a veces mordiendo el ámbito de las partes vecinas. Esto aclara las relaciones que existen entre ellas”. GRUA (1993), p. 62.

⁶¹ “Roma es la proyección de un mito. La conciencia histórica y las genealogías asociadas con ella tienen una dimensión política que no puede ser subestimada...”. MONATERI, P.G. (2006). “Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica romana”. En: *La invención del derecho privado*, MORALES DE SETIÉN RAVIN, Carlos (Trad.), Bogotá: Siglo del hombre, p. 121.

B. Una mera norma probatoria

Como bien lo precisó la Corte Suprema colombiana en el fallo de 26 de agosto de 2010, esta corporación, en medio de sus *explicaciones*, suele hacer referencia a una *presunción de culpa*. Veamos un extracto de una sentencia clásica que expone el punto de forma clara y concisa:

“...La culpa, factor esencialmente humano puesto que constituye un error de conducta, es la condición vital de la responsabilidad. Suprimir la noción de culpa en el mecanismo de la responsabilidad equivale a adoptar inconsideradamente la teoría del riesgo, que fuera de casos concretos y excepcionales, no tiene cabida en nuestra legislación y ha sido rechazada por la jurisprudencia nacional. Otra cosa son las innovaciones jurisprudenciales sobre presunciones de culpa, para efectos exclusivamente probatorios: pero la ley exige siempre culpa original, probada o presunta”⁶².

El razonamiento parece bastante simple: (i) la responsabilidad civil –como teoría general– tiene que fundamentarse en la culpa –“condición vital”, la llama la Corte colombiana⁶³–; (ii) en Colombia no se aceptan regímenes de responsabilidad sin culpa –y la Corte excluye específicamente la teoría del riesgo–; (iii) por ende, todas las normas colombianas de responsabilidad civil exigen la culpa, ya sea probada o presunta.

Ahora bien, en un fallo de 16 de mayo de 2011, la Corte Suprema colombiana parece haber morigerado su posición al afirmar: *“...en el ordenamiento jurídico patrio se descarta el principio dogmático según el cual todo régimen normativo presupone la culpa, aún presunta, y sin ésta no puede surgir”⁶⁴*. Sin embargo, respecto del régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, específicamente, la jurisprudencia colombiana sigue fundamentando su discurso en la teoría de la culpa presunta⁶⁵. Nos limitaremos, entonces, a esta hipótesis.

Comencemos desde el principio: una norma jurídica de indemnización de perjuicios que incluye la culpa en su supuesto de hecho –como los artículos 2341 C.C. col. y 2314 C.C. ch.– establece que la aplicación de su sanción, la condena

⁶²C.S.J. Cas. Civ. 30/04/1947. M.P. Hernán Salamanca. G.J. LXII N° 2046 y 2047, p. 335.

⁶³Del contexto parece deducirse que la Corte Suprema utiliza “condición vital” con una fuerza valorativa, es decir, que todo régimen de responsabilidad civil *tendría que* exigir la culpa porque esto lo considera correcto, apropiado, moralmente conveniente. Otra acepción de “condición vital” –que no parece ser la acogida por la Corte– sería entenderla como condición necesaria de la definición de “responsabilidad civil”, de suerte tal que un régimen de indemnización de daños *tiene que* exigir la culpa para ser un régimen de responsabilidad civil (no hay que olvidar que la Corte Suprema no descarta la existencia de regímenes de responsabilidad fundados en el *riesgo*, sólo que, en su entender, no son viables en Colombia).

⁶⁴C.S.J. Cas. Civ. 16/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 52835-3103-001-2000-00005-01.

⁶⁵Aclaración de voto de los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Julio César Valencia Copete y Edgardo Villamil Portilla; C.S.J. Cas. Civ. 24/08/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-038-2001-01054-01; C.S.J. Cas. Civ. 13/05/2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Ref: 73319-31-03-002-2001-00161-01; y C.S.J. Cas. Civ. 26/08/2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: 4700131030032005-00611-01.

a indemnizar los daños, depende de la prueba de la culpa. Estas reglas exigen la constatación de un *hecho que presupone un juicio de valor*⁶⁶, es decir, "...se produce una definición del supuesto de hecho en dos partes: la primera identifica un hecho genérico y la segunda restringe la aplicación de la consecuencia jurídica a aquellos hechos subsumibles en el hecho genérico que merezcan una determinada valoración (definida mediante términos valorativos)"⁶⁷.

Así las cosas, para aplicar esta norma⁶⁸ el juez requiere (i) que se haya aportado al proceso prueba de los hechos específicos⁶⁹ y (ii) que éstos sean valorados de suerte tal que se establezca que el demandado actuó de forma distinta de cómo lo hubiera hecho *el buen padre de familia*, en las mismas circunstancias.

La regla general en materia probatoria en el derecho colombiano está establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁷⁰: "Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"⁷¹.

⁶⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, pp. 73-82; WRÓBLEWSKI, Jerzy (2003). Los hechos en el derecho. En: *Sentido y hecho en el derecho*. EZQUIAGA, Francisco y IGARTUA, Juan (Trad.), México: Fontamara, pp. 259-277.

⁶⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 50.

⁶⁸ "El carácter indeterminado del supuesto de hecho resulta máximo en las normas que enuncian o emplean los denominados 'conceptos jurídicos indeterminados'... Sin embargo, aquí resulta de mayor interés otro aspecto de las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados: la *indeterminación del hecho*... actuar con la 'diligencia normal' no identifica hechos específicos, del mismo modo que cualquier acto puede ser contrario a las buenas costumbres... el concepto jurídico indeterminado habitualmente está tan 'abierto' desde el punto de vista de la individualización del hecho como lo está desde el punto de vista de la individualización del criterio de valoración". TARUFFO, Michele (2005). *La prueba de los hechos*. FERRER BELTRÁN, Jordi (Trad.), Madrid: Trotta, pp. 135-136.

⁶⁹ "*Siempre y en cualquier caso* esas normas presuponen, para ser aplicadas, la existencia de hechos materiales que, por tanto, deben ser individualizados y probados como condición para la aplicación de la norma. Que ésta suponga una valoración no significa que excluya la determinación de la existencia de un hecho: es el hecho, en todo caso, lo que constituye el objeto de la valoración, de forma que sin aquél no puede siquiera darse el juicio de valor postulado por la norma". TARUFFO (2005), p. 137.

⁷⁰ En Chile la regulación de la carga de la prueba no se contempla en el Código procesal sino que sólo se aplica la regla general del artículo 1698 del Código Civil, en virtud de la cual corresponde probar la existencia o extinción de las obligaciones a quien la alega. De esta manera tratándose de la responsabilidad extracontractual corresponde a la víctima probar la culpa, salvo las hipótesis en que en forma expresa se altere la carga de la prueba. Dichas presunciones de culpa, para la doctrina chilena, se contemplan a propósito de la culpa del tercero civilmente responsable una vez acreditada la responsabilidad del agente directo del daño, en la hipótesis de daños causados por la ruina del edificio, perjuicios originados por animales y por las cosas que caen de la parte superior del edificio. Para todos estos casos se ha entendido que concurre una presunción de culpa. Sobre esto: CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 231 y ss. El autor plantea que más que presunciones de culpas debieran entenderse como presunciones de causalidad.

⁷¹ "La función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados... El criterio general para esta asignación es que cada parte cargará con los efectos negativos que se derivan de no haber probado los hechos sobre los que fundó sus pretensiones. Esto quiere decir que cada parte tiene la carga de probar esos hechos y demostrar la verdad de los enunciados sobre ellos; y sus pretensiones serán rechazadas si no ofrece al tribunal esa demostración".

Sin embargo, el legislador y la jurisprudencia pueden establecer excepciones a esta regla mediante *presunciones normativas*⁷². “Cuando el derecho ‘presume’ un hecho que debería ser probado por una de las partes, la consecuencia es que esa parte queda liberada de la carga y probar lo contrario se traslada a la otra parte. Si esta parte logra hacerlo, probar lo contrario, ganará el pleito; si no, ganará la parte favorecida por la presunción”⁷³.

En este orden de ideas, una norma de indemnización de daños puede acompañarse de una norma de presunción de culpa –con contenido meramente probatorio– que, como excepción a la regla general (artículo 177 C.P.C. col.; artículo 1698 del C.C. ch.), traslada la carga de la prueba del demandante al demandado. Pero, ¿a esto se refiere la Corte Suprema colombiana en su explicación?

El caso chileno, por regla general, tratándose de la responsabilidad civil, se ha aplicado la presunción de culpa sólo en las hipótesis previstas en forma clara en la ley. Así ocurre en materia ambiental, el hecho probado de una infracción a la normativa ambiental hace presumir la culpa del agente contaminante. Esta presunción de culpa constituye una aplicación de la denominada “culpa infraccional”. Desde antiguo, la jurisprudencia chilena ha entendido que si existe una infracción normativa debe entenderse que existe culpa, por lo que se traslada la carga de la prueba al infractor. Esto tiene gran importancia en el ámbito laboral, pues si el empleador ha infringido cualquier normativa relativa a la seguridad del trabajador, se entiende que incurrió en culpa. En el ámbito del derecho común hay diversas normas del Título XXXV del Libro IV dedicado a los delitos y cuasidelitos que han sido entendidas como presunciones de culpas. Así por ejemplo, en el caso de la responsabilidad del tercero civilmente responsable por el hecho de otro, si logra acreditarse la responsabilidad del que está bajo el cuidado de otro, se presume la culpa de este último, quien puede liberarse mediante la prueba de diligencia en la guarda o cuidado o por la vía de probar una causa extraña. Si bien eso tiene una importancia teórica innegable e, incluso, respecto del recurso de casación en el fondo, pues la alteración de la carga de la prueba constituye un vicio de nulidad de la sentencia al infringirse una ley reguladora de la prueba, lo cierto es que en el debate procesal y la estrategia en el litigio propiamente tal, ambas partes realizan sus mejores esfuerzos para acreditar sus dichos. También es cierto,

TARUFFO Michele (2008). *La prueba*. MANRÍQUEZ, Laura y FERRER BELTRÁN, Jordi (Trad.), Madrid: Marcial Pons, pp. 146-147.

⁷² Estas son distintas de las *presunciones simples*: “Las presunciones *hominis* o presunciones simples son un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos. Se fundan, por tanto, sobre pruebas (es decir, sobre hechos ya acreditados) y difieren poco de las presunciones del historiador o del detective, que también intentan establecer un hecho desconocido a partir de indicios... este tipo de argumentaciones no es una norma jurídica, sino la existencia de reglas o ‘máximas de experiencia’ que, reflejando regularidades empíricamente observadas, permiten conectar el hecho conocido con el hecho desconocido...” GASCÓN ABELLÁN (2004), pp. 151-152.

⁷³TARUFFO (2008), p. 151.

desde la óptica procesal, que resulta gravitante en el momento en que el juez fija los hechos controvertidos que deben acreditarse por las partes, pues su redacción determina quién debe probar, dejando en caso de inconformidad con la carga de la prueba los recursos idóneos para impugnar dicha resolución. En definitiva, en el caso chileno, en los casos que se ha aceptado la culpa presunta en los daños ocasionados a instancias de actividades peligrosas se ha recurrido al artículo 2329 del Código Civil.

Para ilustrar el caso colombiano, podemos servirnos de un ejemplo sencillo: imaginemos una *norma sustantiva* cuyo supuesto de hecho prohíbe [P] usar corbata [c] con chaqueta [ch] y con pantalón [p], y cuya sanción es una multa [S]. Es decir, S [P(c,ch,p)].

Y una *norma probatoria* que establece la carga de la prueba en cabeza de quien demanda la aplicación de la norma (artículo 177 C.P.C. col.).

Así, pues, si un demandante Fulano prueba en el proceso que Zutano llevaba corbata, chaqueta y pantalón, Zutano *tiene que* pagar la multa. Como el supuesto de hecho exige las tres condiciones, si Fulano no logra probar una de ellas (artículo 177 C.P.C. col.), la sanción no se le aplicará a Zutano.

Ahora bien, imaginemos que mediante una presunción se modifica la norma probatoria respecto de la condición corbata [c]. Fulano tendría, entonces, que entrar a probar que Zutano llevaba chaqueta y pantalón, pero no corbata, que se presume.

Como la norma sustantiva no ha sido modificada, S [P(c,ch,p)], Zutano puede evitar que se le aplique la sanción si logra probar en contra de cualquiera de las condiciones del supuesto de hecho: que no llevaba pantalón ni/o chaqueta ni/o corbata.

Pero imaginémonos ahora que el legislador determinó que la presunción era *iuris et de iure*, es decir, que no admite la prueba en contrario⁷⁴. En este supuesto, Fulano tendría que entrar a probar que Zutano llevaba chaqueta y pantalón, pero no corbata. Y Zutano podría evitar la sanción si logra probar que no llevaba pantalón ni/o chaqueta; sin embargo, de nada le serviría probar que no llevaba

⁷⁴“El sentido preciso de este tipo de normas es negar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas y, por ello, en términos conceptuales hay que oponerlas a (en lugar de confundirlas con) las normas de presunción. Las normas de presunción imponen una verdad procesal (en el proceso) vencible; por el contrario, estas normas sustraen la cuestión objeto de las mismas del ámbito de la verdad material y/o del ámbito del proceso. La categoría de normas de presunción *iuris et de iure* es perfectamente prescindible en términos teóricos. Todas las situaciones que los juristas califican como presunciones *iuris et de iure* son susceptibles de recibir una explicación teórica alternativa más potente y clara que la de tratarlas como normas de presunción”. AGUILÓ, Josep (2006). “Presunciones, verdad y normas procesales”. En: *Isegoría*, N° 35, pp. 30-31. Y cabe tener presente que “... las presunciones absolutas o irrefutables son mucho más que simples reglas de prueba de un derecho o de una situación jurídica, pues constituyen verdaderas reglas sustanciales imperativas, a la aplicación de las cuales no es posible escapar, especialmente aportando prueba contraria de lo que establecen”. LARROUMET, Christian (2006). *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*. DÍAZ PERILLA, Viviana (Trad.), Bogotá: Legis/Universidad del Rosario/ Ambassade de France, p. 388.

corbata. Si no se prueba el *hecho* corbata [c] ni en la acción, ni en la excepción, ¿en dónde queda, entonces, la corbata?

¿Cómo se puede aplicar la sanción a Zutano aun si él logra probar, con absoluta certeza, que no llevaba corbata? Si el supuesto de hecho exige tres condiciones para aplicar la sanción y en el proceso se demostró que una de ellas no se cumplía, ¿cómo es posible aplicar la sanción?

Algunos responderán que la corbata se queda en la ley, pero, no debemos olvidar que la ley no trae corbatas –por lo menos, nosotros nunca nos hemos topado ninguna dentro de ningún código–, sino prescripciones que obligan, prohíben o permiten conductas respecto de las corbatas –*deber ser*–.

Si el demandante no tiene que probar en el mundo del *ser* que Zutano llevaba corbata, y la prueba aportada por el demandado de que no llevaba corbata alguna no es tenida en cuenta por el juez para aplicar la sanción, la respuesta es obvia: el supuesto de hecho de la *norma sustantiva* se modificó, ahora sólo se exige chaqueta [ch] con pantalón [p]: S [P(ch,p)].

En palabras de Michele Taruffo: “...las presunciones absolutas son relativamente poco frecuentes y se consideran normalmente como una manera de regular la cuestión sustantiva involucrada, más que la asignación de cargas probatorias”⁷⁵.

Con la norma de responsabilidad sucede algo muy parecido: si el supuesto de hecho exige, para aplicar la sanción –indemnizar–: 1) la conducta calificada como culposa, 2) el vínculo causal y 3) el daño; y el demandante sólo tiene que probar 1) la conducta, 2) el vínculo causal y 3) el daño; y el demandado no puede probar hechos encaminados a desvirtuar la calificación como culposa –demostrando prudencia, diligencia y cuidado–, la respuesta es simple: la norma sustantiva ya no exige la calificación como culposa de la conducta para condenar al agente. Y un régimen de responsabilidad que no exige valoración subjetiva de la conducta del agente es un régimen objetivo de responsabilidad⁷⁶. Esto contrasta con la solución chilena, en que la presunción de culpa resulta ser simplemente legal, admitiendo prueba en contrario. Por ende, si el agente demandado logra acreditar la diligencia deberá ser liberado de pagar indemnización.

En el caso colombiano, como el juez nunca entra a valorar la conducta específica del demandado comparándola con la del *buen padre de familia*, la norma no exige, entonces, la culpa. Ahora bien, algunos podrían argumentar que la culpa está en la ley –porque la palabra está en el texto normativo–, pero, en la ley, así como no hay corbatas, tampoco hay culpas, sino disposiciones que exigen comportamientos calificados como culposos y, en este caso, la sanción, indemnizar,

⁷⁵TARUFFO (2008), p. 152.

⁷⁶“Una presunción de culpa, sostenía Henri Capitant, tiene que poderse desvirtuar mediante la prueba de la ausencia de culpa; si no ésta deja de ser una presunción de culpa”. RODIÈRE, René (1950). “La présomption de responsabilité du fait des choses inanimées”. En: *Études offertes à Georges Ripert. Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, T. II. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, p. 189.

se aplica sin que sea necesario entrar a calificar valorativamente comportamiento alguno, independientemente de los vocablos que componen el texto del artículo 2356 del Código Civil colombiano⁷⁷.

La jurisprudencia colombiana trata de explicar la situación argumentando que la presunción de culpa sí se puede desvirtuar, pero, sólo mediante la prueba de la causa extraña. Sin embargo, la culpa es una valoración subjetiva del comportamiento del agente –condición 1) del supuesto de hecho– y la causa extraña sólo sirve para probar en contra del vínculo causal –condición 2) del supuesto de hecho–. Cuando se dice que un comportamiento es culposo se está sosteniendo “Zutano, usted no actuó como *el buen padre de familia* lo hubiera hecho”, y si Zutano logra probar la causa extraña estará refutando “el que causó el daño fue Mengano o tal cosa, y no yo”. Vemos cómo la prueba de la causa extraña no está encaminada a demostrar que el agente actuó sin culpa, sino que su actuación, culposa o no culposa, no fue la causa del daño.

El razonamiento es simple. Tratándose de responsabilidad objetiva sólo puede exonerarse de responsabilidad el victimario acreditando alguna causa extraña: fuerza mayor, hecho de la víctima o hecho de un tercero. En cambio, en un sistema de responsabilidad por culpa no sólo puede liberarse acreditando alguna causa extraña, sino que si prueba diligencia es imposible la procedencia de la indemnización al haber actuado como era esperable y exigible.

Lo que muestra esta jurisprudencia colombiana es una confusión conceptual entre el tipo de responsabilidad, subjetiva u objetiva, y la forma en que el demandado puede liberarse. Es evidente que si la culpa se presume de derecho, es decir no admite prueba en contrario, se está estableciendo una responsabilidad objetiva que deja al demandado como única vía de escape la prueba de una causa extraña.

La jurisprudencia colombiana⁷⁸, tal vez para evitar este *impasse*, ha pretendido también *explicar* el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas como una

⁷⁷ “...las ‘ficciones en el derecho’ o dogmáticas..., son el fruto de una *renuncia consciente* de la doctrina y la jurisprudencia que, mediante su empleo, intentan explicar el régimen de un instituto con la cobertura de una *mentira aceptable*. ...Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, cuando se predica la necesidad de la culpa como factor de atribución, y se sostiene simultáneamente que la liberación exige la demostración de la incidencia de una causa ajena, se está ocultando bajo la apariencia de una imputación subjetiva una atribución objetiva del daño. De esta forma el intérprete *instala* dogmáticamente una *ficción en el derecho* que traduce al mismo tiempo una *renuncia* y una dejación. Una renuncia, más o menos consciente, a brindar una explicación científicamente rigurosa del fenómeno considerado; y una dejación por parte de la doctrina cuyo deber, se entiende, consiste precisamente en señalarle al legislador el desarreglo entre la norma y la realidad... Si un encanto ha tenido siempre la ficción es, precisamente, la posibilidad de *cambiar la norma sin mutar el texto*; si se quiere, una forma *conservadora* de innovar. Una manera de revestir la innovación con formas ya aceptadas para granjear la aceptación del cambio”. DE LORENZO, Miguel (2005). “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado”. En: *El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuvo Caldani*, ALTERINI, Atilio y NICOLAU, Noemí (Dirs.), HERNÁNDEZ, Carlos (Coord.), Buenos Aires: La Ley, pp. 65-67.

⁷⁸ La “presunción de responsabilidad” fue utilizada por la jurisprudencia colombiana como fundamento en el célebre fallo del “joven Arnulfo”. En algunas sentencias recientes la Corte Suprema colombiana la menciona

presunción de responsabilidad, que no implica un régimen objetivo. Empero, esta *explicación* no es más que un sinsentido. En efecto, una *norma de responsabilidad* tiene, en principio, dos elementos: (i) un supuesto de hecho con varias condiciones, una conducta –que en los regímenes subjetivos se califica como culposa–, un vínculo causal y un daño; y (ii) una sanción: indemnizar. Así, pues, si la conducta de Zutano corresponde al supuesto de hecho de la norma –cumple con todas sus condiciones de aplicación–, estará obligado a reparar el daño, será “responsable” del perjuicio.

Ahora bien, las *normas de presunción* se refieren a los supuestos de hecho de las *normas sustantivas*, invirtiendo la carga de la prueba. En este orden de ideas, respecto de las *normas de responsabilidad*, sólo se podrían presumir la valoración de la conducta como culposa, el daño o el vínculo causal. La presunción se refiere a las condiciones del supuesto de hecho y no a la sanción.

Si un comportamiento –el *ser*– corresponde al supuesto de hecho de una norma –el *deber ser*, se dice que la sanción “le es aplicable”, y no que ésta “se le presume”. “Presunción de responsabilidad” es una frase desprovista de sentido, ya que el verbo “presumir” no puede predicarse del vocablo “responsabilidad”. Esto equivaldría a que el sujeto sea responsable con independencia de que se haya acreditado alguno de los elementos de la responsabilidad⁷⁹.

Después de haber hecho estos breves comentarios, aún nos resta una pregunta capital: si el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, en la práctica, no exige ninguna valoración subjetiva del comportamiento del agente, ¿por qué continúa la jurisprudencia colombiana sosteniendo que su fundamento es la culpa⁸⁰? Para esta

para respaldar sus decisiones y ha sido defendida con ahínco por parte de la doctrina. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 14/03/1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G. J. XLVI, pp. 211-217; C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999, pp. 984-985.

⁷⁹MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2007). “El principio general de responsabilidad por culpa en el derecho colombiano”. En: *Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Association Henri Capitant, Santiago: Universidad del Desarrollo, pp. 31-33. “Lo que quiero enseñar es: cómo pasar de un sinsentido no evidente a uno evidente”. WITTGENSTEIN, Ludwig (1988). *Investigaciones filosóficas*. GARCÍA SUÁREZ, A. y MOULINES, U. (Trad.), Barcelona: Crítica, proposición 464, p. 321.

⁸⁰“Y aunque el práctico sea débil y se someta, el teórico se niega a hacer deshonor a su nombre y rehúsa la obediencia a la ley absurda, porque la verdad vale para él más que el temor a los hombres. Felizmente, hoy ya no ocurre que tenga que aplicar el derecho en la práctica y ese divorcio entre la teoría y la práctica es una de las más grandes conquistas del presente. Sólo con él, la ciencia ha ganado absoluta libertad de acción, indispensable para el descubrimiento de la verdad. Con los pies firmemente apoyados sobre esa roca que es la teoría, libre de toda consideración de la vida práctica, igual que el naturalista que investiga los misterios de la naturaleza, el investigador del campo del derecho no conoce otra meta que la de quitar el velo a los maravillosos misterios del mundo jurídico, de poner al descubierto el fino aparato del organismo lógico del derecho... Pero todo esto sólo ha sido posible desde que la teoría se emancipó por completo de la práctica y se ha basado exclusivamente en sí misma, porque la condición de esa actividad dialéctica creadora es que se evite todo contacto con la vida práctica, que ejerce, según el juicio de una autoridad en la materia, la misma influencia perniciosa sobre el teórico que la guerra sobre el soldado”. VON JHERING,

pregunta no tenemos respuesta⁸¹. Sólo podemos hacer algunas suposiciones: puede ser la fuerza de la costumbre de una doctrina que ha repetido lo mismo durante muchísimos años⁸², o el respeto por un argumento de autoridad que se dice romano, o el temor a aceptar que, desde hace mucho tiempo, se está fallando en contra de lo dispuesto en el texto de la ley o, simplemente, la satisfacción que confiere el sostener una posición que se dice moral frente a otra que no lo es –casi se podría afirmar que si no es moral, no le queda otra opción que ser inmoral...–. Razones puede haber muchas, personalmente, creemos que, en este caso, hay de todas un poco.

Si no podemos definir la responsabilidad civil por actividades peligrosas mediante la culpa, ¿cómo *explicarla*, entonces? Nuestra intención no es formular aquí ninguna teoría general explicativa, sino, simplemente, tratar de precisar la definición de “actividad peligrosa”⁸³ mediante el análisis del uso de la expresión en los regímenes de responsabilidad interpretados de los artículos 2356 del Código Civil colombiano y 2329 del Código Civil chileno.

2. EL SIGNIFICADO DE “ACTIVIDAD PELIGROSA”

A pesar de parecer evidente, no sobra recordar que el código de don Andrés Bello en su Título XXXIV, del Libro Cuarto, consagrado a la responsabilidad civil extracontractual, no incluyó tal expresión. En efecto, los artículos 2329 del Código Civil chileno y 2356 del Código Civil colombiano no sólo no hacen referencia a las actividades peligrosas, sino que, además, la terminología usada parece encontrarse en consonancia con el intitulado general: “De los delitos y cuasidelitos”, en

Rudolf (1987). “El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía”. En: *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, BANZHAF, T. (Trad.), Madrid: Civitas, pp. 243-244.

⁸¹ Un camino similar ha seguido la jurisprudencia chilena a propósito de la responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente. Si bien deja bajo el manto de la culpa la responsabilidad del empresario, que se entiende presunta, una vez acreditada la responsabilidad del dependiente y el respectivo vínculo o dependencia entre ambos, lo cierto es que la exigencia de diligencia que se le requiere al empresario para desvirtuar su responsabilidad es tan alta que la culpa pasa a ser una palabra sin sentido que esconde una verdadera responsabilidad objetiva, siendo la única escapatoria a la indemnización la posibilidad de acreditar la fuerza mayor o caso fortuito. Véase: CORRAL (2003), p. 238.

⁸² “Que se deba pagar una indemnización por el daño causado a otro por su actuación culposa parece una exigencia fundamental de la justicia: *opera enim illorum sequuntur illos*. Esta idea está igualmente relacionada con la idea del castigo, la cual se halla anclada en lo más profundo de nuestras mentes. El recuerdo del fruto prohibido, escribió Bergson, es quizás lo más antiguo que se encuentra tanto en la memoria de cada uno de nosotros, como en la memoria de la humanidad misma”. TUNC, André (1989). *La responsabilité civile*. Paris: Economica, p. 98.

⁸³ “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”. “Todo signo parece *por sí solo* muerto. ¿Qué es lo que le da vida? – *Vive* en el uso. ¿Contiene ahí el hábito vital? – ¿O es el *uso* su hábito?”. WITTGENSTEIN (1988), p. 6, proposición 43, p. 309, posición 432.

la versión chilena, y “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”, en la versión colombiana⁸⁴.

La expresión “actividad peligrosa” ha sido acuñada por la jurisprudencia y la doctrina contemporáneas y, por ello, resultan completamente inútiles los intentos por encontrar su significado hurgando en los antecedentes históricos de la codificación de don Andrés Bello. “La peligrosidad desproporcionada de la acción”, conforme afirma Barros Bourie exige a quien actúa una mayor precaución y diligencia. El autor indica que “En nuestro derecho se responde sobre la base de una culpa presumida, porque la circunstancia de que el peligro excesivo se haya materializado en daño permite inferir que se ha actuado con negligencia, según el artículo 2329 I”⁸⁵.

El profesor chileno Javier Barrientos Grandon, en su excelente artículo antes citado, arrojó importantes luces sobre los orígenes del texto del artículo 2329 del Código Civil (2356 C.C. col.) y su relación con el artículo 2314 (2341 C.C. col.). Como ya lo mencionamos, esta última disposición parece haber tenido, originalmente, como campo de aplicación los hechos dañosos que constituían también una infracción penal –y por eso la expresión “...sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga...”–, mientras que la primera pretendía abarcar aquellos que no eran sancionados como delitos o cuasidelitos penales⁸⁶.

Además, la redacción de ambas disposiciones hace referencia expresa a la culpa. Esto es evidente y los fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia colombiana lo han resaltado suficientemente⁸⁷. Éste es un punto sobre el cual no vale la pena ahondar. Nuestro objetivo es, simplemente, tratar de precisar el sentido de la expresión “actividades peligrosas” que la jurisprudencia utiliza –regularmente en Colombia y en algunas ocasiones en Chile– en la aplicación de los artículos 2329 y 2356 de los Códigos chileno y colombiano⁸⁸.

Desde esta perspectiva, haremos algunos comentarios sobre la búsqueda de la *esencia* de la responsabilidad por actividades peligrosas, la cual siempre parece haberse mostrado escurridiza (A), para, luego, precisar la utilidad que cumple la definición (B).

⁸⁴ Sobre el reemplazo del vocablo “cuasidelito” por “culpa” que realizó el codificador colombiano, véase: TAMAYO JARAMILLO (2007), I, pp. 11-15; y sobre el origen histórico de los cuasidelitos: DESCAMPS (2005), pp. 273-288, y DESCHEEMAERKER (2010), pp. 435-457.

⁸⁵ BARROS BOURIE (2006), p. 152.

⁸⁶ BARRIENTOS GRANDON (2009), pp. 9-94.

⁸⁷ Aclaración de voto de los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Julio César Valencia Copete y Edgardo Villamil Portilla; C.S.J. Cas. Civ. 24/08/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-038-2001-01054-01; C.S.J. Cas. Civ. 13/05/2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Ref: 73319-31-03-002-2001-00161-01; y C.S.J. Cas. Civ. 26/08/2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: 4700131030032005-00611-01.

⁸⁸ MANTILLA y TERNERA (2004), pp. 211-249.

A. Una esencia escurridiza

¿Qué es una actividad peligrosa⁸⁹? Se trata de una pregunta ausente en la doctrina chilena⁹⁰. Quizá ahí se encuentre la razón de la morigeración del profesor Barros en su criterio, al afirmar que: “A la luz de los criterios generales en materia de presunciones, resulta evidente que la norma del artículo 2329 I establece una inferencia más bien indeterminada... y aunque se hagan avances en el intento de introducir criterios más precisos, resulta obvio que la nitidez del antecedente del cual se infiere la consecuencia, no es equiparable a otras presunciones legales”⁹¹. Hay una presunción en la literatura que aboga por la presunción de culpa en el artículo 2329, pero sin detenerse a descifrar cuáles serían dichas actividades que por ser peligrosas ameritarían entender culpable a quien las ejecuta en el evento que resulte un daño. La posición del citado profesor Barros es más tenue, pues termina sosteniendo que aquí habría tan solo “una prueba en principio” que consistiría en la “apariencia de culpa”, lo que permitiría evitar una presunción más radical⁹². Sin embargo, esta propuesta no permite diferenciar la presunción que admite prueba en contrario de lo que denomina una apariencia de culpa o prueba en principio. Pareciera que nos estamos refiriendo a lo mismo, pero con otras palabras, lo que aporta poco a dilucidar la aplicación de la regla.

Una primera respuesta a esta interrogante podría consistir en precisar qué es “actividad” y qué es “peligroso”. Así, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “actividad” es la facultad de obrar y “peligroso” implica que tiene riesgo o que puede ocasionar daño⁹³. Pero, esto no parece ayudarnos mucho en nuestra búsqueda del significado de “actividad peligrosa”: no sólo porque todo lo que causara daño sería, entonces, una actividad peligrosa, sino, además, porque esta definición comprendería también los daños que se causa el agente a sí mismo, como el dedo que me lastimo mientras me ocupo de las rosas de mi jardín.

⁸⁹ “En el análisis lógico deberían evitarse preguntas del tipo ‘¿qué es...?’ porque huelen a esencialismo. Uno puede preguntar qué es cierta sustancia, por ejemplo, el agua o la pólvora, cuando resulta claro qué es lo que uno significa (designa) al usar las palabras ‘agua’ o ‘pólvora’. La pregunta es inadecuada cuando el problema principal consiste en determinar el significado con el que la palabra efectivamente se usa, o el significado que lógicamente podría atribuírsele, pero que sólo se presenta en forma difusa en el uso común”. ROSS, Alf. “Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?”. En ROSS, Alf (2001). En: *El concepto de validez y otros ensayos*, CARRIÓ, Genaro; BULYGIN, Eugenio *et al.* (Trad.), México: Fontamara, pp. 33-34.

⁹⁰ Ducci Claro sostuvo refiriéndose a los ejemplos entregados por el artículo 2329 del Código Civil chileno que “Es decir, se trata de actividades o actuaciones cuya peligrosidad implica culpa por sí sola, sin necesidad de prueba al efecto, porque ella va implícita en el daño”, DUCCI (1971), p. 99.

⁹¹ BARROS BOURIE (2006), p. 157.

⁹² Ídem.

⁹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1998). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, T. I, p. 34, T. II, p. 1562.

Una segunda respuesta podría buscarse precisando qué actividades⁹⁴ son denominadas “peligrosas” por la jurisprudencia colombiana y chilena, para luego, encontrar el común denominador de todas ellas que nos permita establecer con precisión qué es lo que les confiere el carácter de peligrosas, es decir, cuál es la *esencia* de la peligrosidad⁹⁵.

En Colombia, el uso de la expresión por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia parece bastante claro⁹⁶. Citemos una sentencia a título de ejemplo:

“Tomando como punto de partida los ejemplos que trae el artículo 2356, los cuales se explican para la época de expedición del código, la jurisprudencia de la Corte y la doctrina particular, análogicamente y en consideración a casos concretos, ha venido calificando como actividades peligrosas, las labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energías. En este orden, han señalado como actividades peligrosas, entre otras, la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc.”⁹⁷.

En Chile, algunas sentencias han seguido esta tendencia doctrinal que erige el artículo 2329 como una presunción de culpa para cierto tipo de actividades. El

⁹⁴ “...una acción consiste en provocar el paso de un estado de cosas a otro estado de cosas. Por ello, la descripción completa de una acción debe dar cuenta (a) del estado de cosas inicial, (b) del estado de cosas final y (c) del estado de cosas en el que se encontraría el mundo si el agente no hubiera interferido... Junto al concepto de acción, von Wright introduce también la noción de actividad, que consiste en mantener en marcha un proceso (“correr” o “fumar” serían ejemplos de actividades). Mientras que las acciones tienen necesariamente un resultado, ..., no es necesario que la actividad lo tenga... hablamos de acciones si adoptamos una perspectiva estática (si nos fijamos en el estado de cosas inicial y final), y hablamos de actividad si nos fijamos en la dimensión de proceso extendido en el tiempo que tienen los cambios”. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2001). *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*. México: Fontamara, pp. 19-21.

⁹⁵ “La idea de que un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares está conectada con otras ideas primitivas y demasiado simples de la estructura del lenguaje. Es comparable con la idea de que las *propiedades* son *ingredientes* de las cosas que tienen las propiedades; por ejemplo, que la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas como el alcohol lo es de la cerveza y el vino, y que, por tanto, podríamos conseguir la pura belleza, no adulterada por ninguna cosa bella”. WITTGENSTEIN (2001), p. 45.

“El error fundamental consiste en creer que los conceptos jurídicos son *precisos* y *cerrados*, en el sentido de que es posible definirlos exhaustivamente en términos de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes; de manera que para todo caso real o ficticio es posible decir con certeza si cae bajo el concepto o no... Esto significa que todas las reglas jurídicas son ‘abiertas’ y cuando surge un caso no previsto tenemos que tomar una decisión nueva, y al hacerlo reelaboramos nuestros conceptos jurídicos, adaptándolos a fines socialmente deseables”. HART, H.L.A. (1994). “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”. En: *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, CASANOVAS, Pompeu y MORESO, Josep Joan (Coords.), Barcelona: Crítica, pp. 109-123, 113 y 114.

⁹⁶ MANTILLA ESPINOSA (2004), pp. 101-124.

⁹⁷ C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 12/1999, p. 2227.

profesor Mauricio Tapia⁹⁸ hace un listado de sentencias que han acogido la interpretación del precepto en el entendido que contempla una presunción de culpa⁹⁹. Fuera del exhaustivo catálogo aludido, la jurisprudencia ha mantenido la idea que el artículo 2329 no constituye una presunción de culpa. Sólo por excepción, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso se vuelve sobre dicha teoría, aunque con un severo error dogmático al aseverar: “...*debe indicarse como fuente primaria de responsabilidad en los daños producidos, el artículo 2329, el que establece una suerte de presunción de responsabilidad, el que en general reconoce dos grupos de casos: las actividades particularmente peligrosas y los casos en que el daño prima facie ha sido causado por negligencia*”¹⁰⁰. Se refiere al ya citado Tratado del profesor Barros Bourie¹⁰¹, afirmando que “*la inusual peligrosidad de la acción sigue siendo un elemento decisivo para aplicar la presunción de responsabilidad en caso de accidentes. Quien actúa en ámbitos particularmente riesgosos está obligado, según se ha visto, a adoptar extremos resguardos para evitar que ocurra un accidente que amenaza un daño intenso y probable*”. El equívoco a que se alude tiene que ver con referirse a una “presunción de responsabilidad” que liberaría a la víctima de toda prueba, pues cada elemento de la responsabilidad civil sería presumido. Sin embargo, la tesis que interpreta el artículo 2329 como una presunción sólo refiere a la “culpa” y no a la “responsabilidad”.

Por su parte, la jurisprudencia colombiana, con el fin de encontrar un común denominador a todas esas actividades calificadas como *peligrosas*, ha tratado de construir definiciones. Su análisis exhaustivo desbordaría completamente los fines que perseguimos con este ensayo. Citaremos solamente aquella esbozada en uno de los fallos más recientes sobre la materia, la cual ofrece una visión bastante completa de la jurisprudencia anterior:

“Planteado el reclamo de la censura, es pertinente memorar que, la conducción de automotores ha sido calificada por la jurisprudencia inalterada de esta Corte como actividad peligrosa, o sea, “*aquella que ‘...aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños...’* (G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504), considerada su ‘*aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario– despliega una persona respecto de otra*’ (sentencia de octubre 23 de 2001, Exp. 6315), su ‘*apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño*’ (cas. civ. 22 de febrero de 1995, exp. 4345), o la que ‘*...debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión*”

⁹⁸TAPIA RODRÍGUEZ (2009), pp. 689-705.

⁹⁹ El profesor Tapia identifica seis grupos de casos en que se acoge la presunción de culpa, relativos al mantenimiento de vías públicas por las municipalidades; operaciones de transporte de carga y descarga; almacenamiento de productos peligrosos; daños a predios colindantes derivados de la construcción; suministro de productos peligrosos y quema de pastizales. TAPIA RODRÍGUEZ (2009), pp. 697-701.

¹⁰⁰ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de enero de 2008, Cita WestLaw: CL/JUR/7094/2008.

¹⁰¹ BARROS BOURIE (2006), p. 151.

o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario– despliega una persona respecto de otra, como recientemente lo registró esta Corporación en sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 6315” (cas. civ. sentencia de 16 de junio de 2008 [SC-052-2008], exp. 47001-3103-003-2005-00611-01)¹⁰².

Pero, ¿en qué consiste esa *naturaleza* que hace que se causen daños? ¿Qué es *aptitud para provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que de ordinario despliega una persona respecto de otra*?

La definición propuesta por el profesor Tamayo Jaramillo parece abundar en el mismo sentido y está formulada con mayor claridad:

“...peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”¹⁰³.

Ahora bien, hay que precisar que la definición de Javier Tamayo es compleja, en el entendido de que comprende diferentes *explicaciones* y no sólo una, como parecería a primera vista.

La primera idea que presenta es la de *probabilidad*. Al parecer, el autor define actividad peligrosa como aquella que genera más probabilidades de causar daños. Hagamos, entonces, un par de comentarios sobre el sentido de “probable”:

“‘Probablemente’ implica ‘posiblemente’ y excluye ‘seguramente’, lo que es probable, ni es seguro ni imposible... ‘Probablemente’ admite adverbios de comparación –la probabilidad es ‘graduable’–. A la pregunta suplementaria ‘¿Cómo de probable?’, siempre a punto después de que se ha hecho la aserción ‘probablemente’, se puede contestar con ‘bastante probable’, ‘muy probable’, ‘casi seguro’ e incluso, ..., con una indicación de oportunidades o suertes numéricas”¹⁰⁴.

Para establecer la peligrosidad habría, entonces, que hacer una comparación entre la actividad considerada como *peligrosa* y otra cosa, pero, ¿con qué la vamos a comparar? Según el profesor Tamayo, habría que compararla con aquello que “un hombre común y corriente está en capacidad de soportar por sí solo”. Esta expresión no parece tener un referente claro en el mundo del ser: ¿qué es aquello que un hombre común y corriente está en capacidad de soportar? Para este interrogante, no tenemos respuesta alguna¹⁰⁵.

¹⁰² C.S.J. Cas. Civ. 17/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 25290-3103-001-2005-00345-01.

¹⁰³ TAMAYO JARAMILLO (2007), p. 935.

¹⁰⁴ BLACK, Max (1984). *Inducción y probabilidad*. BENEYTO, R. (Trad.), Madrid: Cátedra, pp. 89-92.

¹⁰⁵ “Si una respuesta no puede expresarse, la pregunta que le corresponde tampoco puede expresarse. [...] Si una pregunta puede llegar a plantearse, entonces también *se le puede dar una respuesta*”. WITTGENSTEIN,

Una de las acepciones que incluye el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española para el adjetivo “probable” es “dícese de aquello que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá”¹⁰⁶. Al parecer, este criterio *a priori*¹⁰⁷ es el mismo que utiliza la Corte Suprema colombiana¹⁰⁸ al afirmar que estas actividades “...implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños”.

Pero, ¿qué tanto? ¿Cómo de probable? La experiencia cotidiana nos enseña que los daños pueden generarse en el desarrollo de casi cualquier actividad y, sin embargo, la Corte sólo califica como *peligrosas* a algunas pocas. Adicionalmente, algunas actividades que tienen muy bajas probabilidades de causar daños son consideradas *peligrosas* por la jurisprudencia.

Por ejemplo, caminar por la calle no es una actividad que, en principio, parezca generar muchos riesgos para el prójimo, pero, ¿correr?, y ¿correr con un paraguas abierto?, ¿y andar en patines? ¿Y andar en patines con un paraguas abierto? Todas estas actividades parecen aumentar las probabilidades de causar daños, y aun así no son, afortunadamente, consideradas *actividades peligrosas*, regidas por la norma del artículo 2356 del Código Civil colombiano.

Además, existen algunas actividades que conllevan una muy baja probabilidad de causar daños, es decir que en su desarrollo se causan daños con muy poca frecuencia, y aun así son consideradas *peligrosas* por la jurisprudencia; por ejemplo, la aviación.

Esto nos reenvía a las otras ideas desarrolladas por el profesor Tamayo en su definición compleja: explica que sus efectos pueden resultar “imprevisibles” o “incontrolables” y que tienen una gran “capacidad de destrozo”. Aunque contrario a la presunción, Tapia Rodríguez analizando el concepto de actividades peligrosas refiere a la probabilidad del daño o a la magnitud que se puede generar en el evento que ocurra¹⁰⁹.

Ludwig (2002). *Tractatus logico-philosophicus*. VALDÉS VILLANUEVA, Luis (Trad.), Madrid: Tecnos, p. 274, proposición 6.5.

¹⁰⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1998), T. I, p. 34, T. II, p. 1670.

¹⁰⁷ “El criterio más influyente para el reconocimiento de sentidos radicalmente distintos de probabilidad ha sido establecido por Rudolf Carnap, que quería distinguir rígidamente entre probabilidad como ‘credibilidad racional’ y probabilidad como ‘frecuencia relativa límite de ocurrencias’. Pero, su argumentación, si se examina, resulta basarse exclusivamente en las diferentes vías de verificación de dos afirmaciones de probabilidad, considerada *a priori* la una y empírica la otra...”. BLACK (1984), pp. 103-104.

¹⁰⁸ “Si peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva insito 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 con respecto a otra... la presunción de culpa... 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 del autor”. C.S.J. Cas .Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001, pp. 2439-2440.

¹⁰⁹ TAPIA RODRÍGUEZ (2009), p. 701.

Vemos cómo no existe un común denominador para todas las actividades peligrosas, no hay una *esencia* de la peligrosidad. La jurisprudencia puede calificar como peligrosa una actividad tomando en consideración diferentes criterios como son la magnitud de los daños que pueden causar ciertas actividades, y al alto grado de sensibilidad que algunos daños despiertan en la sociedad –como los accidentes aéreos–, los costos que implican ciertos daños, y a las políticas para repartirlos de forma *eficiente* entre los distintos miembros de la comunidad, y el interés de inducir ciertos comportamientos de algunos de aquéllos, principalmente, en lo concerniente a la asunción y distribución de los costos de prevención. Ahora bien, las políticas institucionales respecto a dichos costos pueden, a su vez, depender de diversos factores, tales como la capacidad económica de los implicados, la posibilidad fáctica de tomar las medidas preventivas específicas, razones de orden político, entre muchos otros.

¿Pero es un concepto borroso en absoluto un concepto? ¿Es una fotografía difusa en absoluto una figura de una persona? Sí; ¿puede siempre reemplazarse con ventaja una figura difusa por una nítida? ¿No es a menudo la difusa lo que justamente necesitamos¹¹⁰?

En este punto, es válido interrogarnos sobre la utilidad que presta una definición de actividad peligrosa tan maleable y flexible como la que acabamos de analizar.

B. Una flexibilidad útil

Interpretar un régimen de responsabilidad diferente del establecido en los artículos 2314 del Código Civil chileno y 2341 del Código Civil colombiano, partiendo del texto de los artículos 2329 y 2356, respectivamente, tiene una función evidente: proveer a las víctimas de ciertas clases de daños de una norma que aumenta las posibilidades de obtener una indemnización.

Ahora bien, en el derecho chileno, parte de la doctrina y algunos fallos recientes se inclinan por la consagración de un régimen de presunción de culpa¹¹¹, mientras que la jurisprudencia colombiana, desde hace cerca de ochenta años,

¹¹⁰ WITTGENSTEIN (1988), p. 91, proposición 71.

¹¹¹ “Las presunciones legales son frecuentes en todos los sistemas jurídicos. En algunos casos se basan en consideraciones políticas, ya que, en general, trasladar las cargas probatorias por medio de presunciones jurídicas es un mecanismo cuyo objetivo es asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes. En otras ocasiones se usan porque para una de las partes resulta demasiado difícil probar un hecho o porque se presume que un hecho ha ocurrido de la manera normal, de modo que sólo necesitan ser probadas las excepciones al curso normal de los acontecimientos; a veces la carga se traslada a la parte que tiene un fácil acceso a las pruebas; otras se utiliza una presunción para liberar a la parte ‘débil’ (como sucede, por ejemplo, en las causas laborales y de discriminación) y asignar a la parte ‘fuerte’ la carga de probar lo contrario. En general, las presunciones legales se utilizan con el objetivo de facilitar la victoria de una de las partes, relevándola de las cargas probatorias y trasladando la carga a la otra parte, como suele suceder en los procesos por daños, en los de negligencia profesional, de contaminación industrial y de venta de productos inseguros o peligrosos”. TARUFFO (2008), pp. 151-152.

tomó partido por un régimen más estricto que excluye la valoración subjetiva del comportamiento del agente y sólo admite, como causal de exoneración, la prueba de la causa extraña.

Pero, ¿qué utilidad tiene crear la categoría jurídica¹¹² *actividades peligrosas*, con la imprecisión que la caracteriza?

Respondamos esta pregunta por partes: la creación de un régimen especial de responsabilidad por actividades peligrosas aumenta las probabilidades de condenar a la indemnización de daños –si el sistema de administración de justicia es eficiente y las víctimas se sirven de él para hacer sus reclamaciones– a los agentes que desarrollan ciertas actividades –y no otras–, lo cual tiene como ventaja el hecho de que es la jurisprudencia misma la que determina y delimita de forma más o menos precisa los daños que serán sometidos a este régimen más severo de responsabilidad.

Esto presenta una ventaja evidente frente a un sistema como el francés que consagra un régimen objetivo de responsabilidad por el hecho de las cosas, de *todas las cosas* en general. Es decir que su campo de aplicación se extiende a cualquier daño causado por *cualquier cosa*. Por esta razón, precisamente, la jurisprudencia francesa ha buscado expedientes para excluir ciertos daños que, en su entender, no merecen ser sometidos a un régimen tan estricto. Dentro de esta perspectiva se han excluidos ciertos daños causados por cosas que se encontraban estáticas –*rôle passif de la chose*– o que no tuvieron contacto físico con la persona o bien que sufrió el daño¹¹³.

Borghetti lo expresó con crudeza y precisión en un estudio reciente: “un régimen de responsabilidad sin culpa desprovisto de una *ratio legis* clara no ofrece mayores ventajas. Volvámoslo a decir: no es el principio de responsabilidad sin culpa el que presenta problemas. Por el contrario, un régimen de responsabilidad sin culpa puede resultar apropiado cuando se quiera facilitar la reparación de daños relacionados con un riesgo particularmente identificado. Una regla general de responsabilidad sin culpa, en el estado actual del derecho francés, parece servir solamente para crear desigualdades injustificadas entre las víctimas y para volver aún más complejo nuestro derecho de las obligaciones”¹¹⁴.

El régimen especial de responsabilidad por actividades peligrosas pondría en cabeza del demandado un riesgo mayor de asumir los costos de las posibles indem-

¹¹² Mediante la asignación de un nombre –“delito de homicidio”, “contrato de trabajo”, “práctica de competencia desleal”, “actividades peligrosas”– se sistematiza el derecho positivo. Esto es conocido como *categorías jurídicas*, y el procedimiento de someter un hecho al régimen jurídico de una categoría se denomina calificación. Véase al respecto: CARBONNIER, Jean (1995). *Droit civil. Introduction*. Paris: PUF, pp. 53-54.

¹¹³ BRUN, Philippe (2009). *Responsabilité civile extracontractuelle*. Paris: LexisNexis/Litec, pp. 243-252; BÉNAC-SCHMIDT, Françoise et LARROUMET, Chistian (1989). *Responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris: Dalloz Encyclopédique, pp. 30-36.

¹¹⁴ BORGHETTI, Jean-Sébastien (2010). “La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps”. *RTDciv.* janvier/mars, Paris, p. 40.

nizaciones, lo cual podría inducirlo a tomar medidas preventivas específicas¹¹⁵ y a trasladar y distribuir el riesgo a través de la contratación de seguros.

Parece claro, entonces, que la creación de un régimen especial de responsabilidad presenta cierta utilidad, pero, ¿qué seguridad ofrece el fundamentarlo en una noción tan imprecisa como la de *actividades peligrosas*?

“Actividad peligrosa” es una *categoría de contenido variable*¹¹⁶, que comprende diferentes actividades heterogéneas cuya clasificación en la categoría no obedece a un denominador común a todas ellas, una *esencia*, y cuya composición depende, en gran medida, de las decisiones discrecionales de la jurisprudencia.

De esta forma se podría superar, en buena parte, la dificultad que implica la generalidad y estabilidad de las normas frente a la particularidad y variabilidad de los hechos que regulan¹¹⁷. La jurisprudencia puede realizar, entonces, su labor interpretativa partiendo de las actividades reconocidas tradicionalmente como *peligrosas* y buscando en las nuevas situaciones similitudes concernientes tanto a los supuestos fácticos como a los objetivos que se persiguen con la aplicación de la norma. Por esta razón la jurisprudencia no se limita a presentar un listado taxativo de actividades reguladas por los artículos 2356 y 2329 de los Códigos Civiles colombiano y chileno, respectivamente, sino que enuncia un grupo de actividades, las califica como “peligrosas”, precisando que aquéllas no agotan la categoría, y las regula de acuerdo con lo dispuesto por un régimen especial de responsabilidad.

Así, pues, de esta manera se hace frente a los dos grandes escollos que se presentan en la aplicación de las normas jurídicas respecto de los cambios sociales: *la relativa ignorancia de los hechos nuevos y la relativa indeterminación de las finalidades que persigue la norma*¹¹⁸.

Una severa crítica a las afirmaciones de Borghetti en: BRUN, Philippe (2010). “De l’intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations”. *RTDciv.* juillet/septembre, Paris, pp. 487-497.

¹¹⁵ “La responsabilidad sin culpa presenta una ventaja respecto de la responsabilidad por culpa, puesto que aquélla no asigna la tarea de definir las medidas de precaución óptimas al juez, sino a las partes, particularmente, al autor del daño. Podemos suponer que, sobre todo cuando se trata de nuevos riesgos complejos, los costos de información son, normalmente, menos elevados para las partes (por ejemplo, para las grandes empresas) que explotan estas actividades que para el juez”. OGUS, Anthony et FAURE, Michael (2002). *Économie du droit: le cas français*. Paris: Panthéon-Assas, p. 73.

¹¹⁶ “...en la actualidad, en la legislación civil, se ha incrementado el uso de estas nociones de contenido variable, con el objetivo de atenuar la aplicación del derecho y aumentar el margen de acción del juez, quien se ve transformado en un experto que tiene por misión pronunciarse en función de los intereses en cuestión...”. OPPETIT, Bruno (1998). “Droit et économie”. En: *Droit et modernité*, Paris: PUF, p. 179.

¹¹⁷ “En definitiva, las palabras tienen la tendencia a ser generales, es decir, a designar múltiples objetos del mundo al mismo tiempo y la realidad, por su parte, es una increíble e inagotable diversidad de objetos particulares y concretos. Esta diferencia esencial entre la naturaleza de la realidad y aquélla del lenguaje es fuente de confusiones”. SILVA ROMERO, Eduardo (2002). *Wittgenstein et la philosophie du droit*. Paris: PUF. Coll. Droit, éthique et société, p. 53.

¹¹⁸ HART, H.L.A. (1998). *El concepto de derecho*. CARRIÓ, Genaro (Trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 155-183.

Sin embargo, esta flexibilidad implica, necesariamente, una falta de certeza. ¿Qué seguridad ofrece un régimen especial de responsabilidad tan maleable?

Sobre este punto, la experiencia del derecho colombiano puede resultar muy valiosa. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema considera, desde hace muchos años, como *peligrosas* las mismas actividades y sus decisiones se han vuelto previsibles. Así, pues, la inclusión –o eliminación– de una actividad en el listado sólo puede justificarse por una nueva finalidad genérica y determinada que persiga la jurisprudencia¹¹⁹.

Adicionalmente, hay que precisar que la categoría *actividad peligrosa* sirve para clasificar categorías de actividades –como conducir vehículos automotores, o emitir gases tóxicos– y no una acción específica –como Fulanito de Tal conduciendo su motoneta–. Esto permite una estabilidad en la aplicación de la calificación, con independencia absoluta de las circunstancias particulares. Conducir un automóvil siempre será una actividad peligrosa sin importar que el auto sea un Mercedes Benz o un Renault 4, que el conductor tenga los medios económicos suficientes para indemnizar a la víctima o sea un empleado con recursos muy precarios, o que cuente o no con un seguro de responsabilidad civil¹²⁰.

Finalmente, la calificación como *peligrosa* no implica un juicio de valor. En efecto, ésta se predica de categorías generales, como “transportar energía eléctrica”, y no está llamada a inhibir las conductas ni desincentivar actividades tales como la aviación ni la utilización de máquinas industriales.

Vemos cómo considerar una actividad como *peligrosa*, en últimas, es sólo decidir que los daños que se generen en su desarrollo estarán regulados por un régimen de responsabilidad más severo. Sobran las alambicadas definiciones teóricas para entender el uso de la expresión “actividad peligrosa” en el lenguaje de la responsabilidad civil. Así, pues, la explicación más sencilla es, probablemente, la correcta –*Pluritas non es ponenda sine necessitate*¹²¹–.

¹¹⁹ Es importante mencionar la situación que se ha presentado a raíz de los daños ambientales, los cuales han sido considerados como “actividades peligrosas”. Ahora bien, este razonamiento parece inapropiado ya que lo susceptible de calificar como peligroso no son los daños, sino las actividades que los causan, tales como los vertimientos de residuos en las fuentes hídricas, la deforestación, la emisión de ciertos gases, etc. Véase un excelente análisis de la regulación de los daños ambientales en el derecho colombiano en: C.S.J. Cas. Civ. 16/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 52835-3103-001-2000-00005-01.

¹²⁰ Existen interesantes estudios sobre las manipulaciones que hacen los jueces del significado de las palabras del lenguaje de la responsabilidad civil –“culpa”, “causa”, “daño” –, con el fin de condenar a un sujeto en un caso particular, por razones principalmente de orden económico: porque tiene mejor capacidad para asumir los costos de la reparación (*big pocket*), porque tiene un seguro de responsabilidad civil (lo cual, a la larga, es lo mismo) o porque, como una política más general, se quiere presionar a una categoría de sujetos (los conductores, las compañías petroleras, los fabricantes de prótesis médicas, etc.) para que asuman los costos de unas medidas de prevención adicionales. Véase, por ejemplo: MARKESINIS, Basil (1983). “La perversion des notions de responsabilité civile par la pratique de l’assurance”. *RIDC*, N° 2, pp. 301-317.

¹²¹ “La divisa de Occam no es, desde luego, una regla arbitraria o una regla que alcance justificación por su éxito práctico: su intención es decir que las unidades de un sistema de signos que son *innecesarias* no significan nada... Los signos que cumplen *una y la misma* finalidad son lógicamente equivalentes, y los

En el caso chileno, las discusiones entre la jurisprudencia y la doctrina han durado cerca de ochenta años y, hoy en día, todavía no se ha decantado un régimen especial de responsabilidad por culpa presunta fundamentado en el artículo 2329 del Código Civil. Tampoco es que dicha incertidumbre haya ocasionado alguna catástrofe o que las víctimas se vean agobiadas por la carga de probar la culpa. Con todo, fijar un criterio para la interpretación del artículo 2329 es deseable.

En el caso colombiano, la jurisprudencia, desde hace cerca de ochenta años, ha interpretado un régimen objetivo de responsabilidad, yendo mucho más allá del lenguaje utilizado en el artículo 2356 del Código Civil. Este régimen especial se ha aplicado de forma regular y previsible; sin embargo, la jurisprudencia, hoy en día, sigue enfrascada en discusiones doctrinales estériles que han implicado constantes cambios de discurso que afectan notablemente la inteligencia de la institución.

Tantos vaivenes teóricos y explicativos han tornado la responsabilidad por actividades peligrosas terriblemente confusa y, como diría la pequeña Alicia, con tantos cambios de tamaño en solo un día no resulta nada fácil de entender.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991). “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”. En: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1939). “Une nouvelle interprétation de l’art. 2329 du Code civil chilien”. En: *Études de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Universitaria.
- AGUILÓ, Josep (2006). “Presunciones, verdad y normas procesales”. En: *Isegoría*, Nº 35, pp. 9-31.
- ARAMBURO CALLE, Maximiliano (2008). “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de una teoría del riesgo en el siglo XXI”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, V. 38, fasc. 108, pp. 13-51.
- ARIZA FORTICH, Alma (2010). “La responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas en la jurisprudencia civil colombiana”. En: *La responsabilidad una mirada desde lo público y lo privado*. Bogotá: Ibañez/Uninorte.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier. (2009). “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro ‘Código Civil imaginario’”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 13, pp. 9-94.

que no cumplen finalidad alguna carecen lógicamente de significado”. WITTGENSTEIN (2002), p. 211, proposición 5.47321.

- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007). “Análisis histórico y comparado de la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil”. En: *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, GUZMÁN BRITO, Alejandro (Editor científico), Santiago: LexisNexis, pp. 619-632.
- BÉNAC-SCHMIDT, Françoise et LARROUMET, Chistian (1989). *Responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris: Dalloz Encyclopédique.
- BLACK, Max (1984). *Inducción y probabilidad*. BENEYTO, R. (Trad.), Madrid: Cátedra.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2010). “La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps”. *RTDciv.* janvier/mars, Paris.
- BRUN, Philippe (2009). *Responsabilité civile extracontractuelle*. Paris: LexisNexis/Litec.
- BRUN, Philippe (2010). “De l’intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations”. *RTDciv.* juillet/septembre, Paris.
- CARNAP, Rudolf (1998). *Filosofía y sintaxis lógica*. MOLINA, César (Trad.), México: UNAM.
- CARBONNIER, Jean (1995). *Droit civil. Introduction*. Paris: PUF.
- CARRIÓ, Genaro (1994). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CARVAL, Suzanne (1995). *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ.
- COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabriel (2010). *Las teorías del derecho de daños. Responsabilidad civil y del Estado*. N° 27, pp. 31-81.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DE LORENZO, Miguel (2005). “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado”. En: *El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, ALTERINI, Atilio y NICOLAU, Noemí (Dirs.), HERNÁNDEZ, Carlos (Coord.), Buenos Aires: La Ley.
- DESCAMPS, Olivier (2005). *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*. Paris: LGDJ.
- DESCHEEMAEKER, Eric (2010). “La dualité des torts en droit français. Délits, quasi-délits et la notion de faute”. *RTD, civ.* 3.
- DOMAT, Jean (1835). *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre II titre VIII, section IV, article III*. Paris: Alex-Gobelet.
- DUCCI CLARO, Carlos (1936). *Responsabilidad civil (extracontractual)*. Santiago: Imprenta El Imparcial.

- DUCCI CLARO, Carlos (1971). *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas-hechos de las cosas-circulación de vehículos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GAZZANIGA, Jean-Louis (1992). *Introduction historique au droit des obligations*. Paris: PUF.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2001). *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*. México: Fontamara.
- GROUÏS, Hugo (2012). *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris: PUF.
- GRUA, François (1993). “Les divisions du droit”. *RTD. Civ.* N° 1, pp. 59-71.
- GUARINONI, Ricardo V. (2006). *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho*. Buenos Aires: LexisNexis.
- HARE, R.M. (1975). *El lenguaje de la moral*. CARRIÓ, Genaro y RABOSI, Eduardo (Trad.), México: UNAM.
- HARE R.M. (1999). *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*. VERGÉS GIFRA, J. (Trad.), Barcelona: Ariel.
- HART, H.L.A. (1994). “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”. En: *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, CASANOVAS, Pompeu y MORESO, Josep Joan (Coords.), Barcelona: Crítica.
- HART, H.L.A. (1998). *El concepto de derecho*. CARRIÓ, Genaro (Trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HENRIOT, J. (1977). “Notes sur la date et le sens de l’apparition du mot ‘responsabilité’”. En: *Archives de philosophie du droit*. N° 22. *La responsabilité*.
- LARROUMET, Christian (2006). *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*. DÍAZ PERILLA, Viviana (Trad.), Bogotá: Legis/Universidad del Rosario/Ambassade de France.
- MAITRE, Grégory (2005). *La responsabilité civile à l’épreuve de l’analyse économique du droit*. Paris: LGDJ.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2004). La norma de indemnización de perjuicios por las actividades peligrosas (art. 2356 C.C.). *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 3, N° 6, pp. 101-124.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco (2006). “La ‘culpa’ en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano”. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, N° 12, pp. 125-137.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2007). “El principio general de responsabilidad por culpa en el derecho colombiano”. En: *Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Association Henri Capitant, Santiago: Universidad del Desarrollo.

- MARKESINIS, Basil (1983). “La perversion des notions de responsabilité civile par la pratique de l’assurance”. *RIDC*, N° 2.
- MENDONCA, Daniel (2000). *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- MONATERI, P.G. (2006). “Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica romana”. En: *La invención del derecho privado*, MORALES DE SETIÉN RAVIN, Carlos (Trad.), Bogotá: Siglo del hombre.
- OGUS, Anthony et FAURE, Michael (2002). *Économie du droit: le cas français*. Paris: Panthéon-Assas.
- OPPETIT, Bruno (1998). “Droit et économie”. En: *Droit et modernité*, Paris: PUF.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1998). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, T. I y T. II.
- RICOEUR, Paul (1995). *Le Juste*. Paris: Esprit.
- RODIÈRE, René (1950). “La présomption de responsabilité du fait des choses inanimées”. En: *Études offertes à Georges Ripert. Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, T. II. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias.
- ROSS, Alf (2001). “Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?”. En: *El concepto de validez y otros ensayos*, CARRIÓ, Genaro; BULYGIN, Eugenio et al. (Trad.), México: Fontamara.
- RYLE, Gilbert (2005). *El concepto de lo mental*. RABOSI, Eduardo (Trad.), Buenos Aires: Paidós.
- SCHIELE, Carolina y TOCORNAL Josefina (2010). “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 1, pp. 123-139.
- SEARLE, John (1997). *La construcción de la realidad social*. DOMÉNECH, Antoni (Trad.), Barcelona: Paidós Básica.
- SILVA ROMERO, Eduardo (2002). *Wittgenstein et la philosophie du droit*. Paris: PUF. Coll. Droit, éthique et société.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. T. I, Bogotá: Legis.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2010). “¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?”. En: *Derecho de las obligaciones*, CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (Coord.), T. II, Vol. I, Bogotá: Universidad de los Andes/Temis.
- TARUFFO, Michele (2005). *La prueba de los hechos*. FERRER BELTRÁN, Jordi (Trad.), Madrid: Trotta.
- TARUFFO Michele (2008). *La prueba*. MANRÍQUEZ, Laura y FERRER BELTRÁN, Jordi (Trad.), Madrid: Marcial Pons.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2009). “Contra una presunción general de culpa por el hecho propio”. En: *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008*, Santiago: LegalPublishing, pp. 689-705.

- TUNC, André (1989). *La responsabilité civile*. París: Económica.
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad de la Sabana/Temis.
- VILLEY, Michel (1977). “Esquisse historique sur le mot responsable”. En: *Archives de philosophie du droit*, N° 22, La responsabilité, pp. 45-58.
- VILLEY, Michel (1993). *Le droit romain*. París: PUF, Coll. Que sais-je?
- VILLEY, Michel (2002). “La pensée moderne et le système juridique actuel”. En: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, París: Dalloz.
- VINEY, Geneviève (2008). *Introduction à la Responsabilité*. 3ª Edición, París: LGDJ.
- VON JHERING, Rudolf (1987). “El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía”. En: *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, BANZHAF, T. (Trad.), Madrid: Civitas.
- VON WRIGHT, G.-H. (1979). *Norma y acción. Una investigación lógica*. GARCÍA FERRERO, P. (Trad.). Madrid: Tecnos.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988). *Investigaciones filosóficas*. GARCÍA SUÁREZ, A. y MOULINES, U. (Trad.), Barcelona: Crítica.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2001). *Los cuadernos azul y marrón*. GRACIAS GUILLÉN, Francisco (Trad.), Madrid: Tecnos.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2002). *Tractatus logico-philosophicus*. VALDÉS VILLANUEVA, Luis (Trad.), Madrid: Tecnos.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (2003). *Los hechos en el derecho*. En: *Sentido y hecho en el derecho*. EZQUIAGA, Francisco e IGARTUA, Juan (Trad.), México: Fontamara.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA CITADA

- C.S.J. Cas. Civ. 14/03/1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G.J. XLVI.
- C.S.J. Cas. Civ. 18/05/1938. M.P. Fulgencio Lequerica Vélez. G.J. XLVI.
- C.S.J. Cas. Civ. 31/05/1938. M.P. Liborio Escallón. G. J. XLVI.
- C.S.J. Cas. Civ. 30/04/1947. M.P. Hernán Salamanca. G.J. LXII N° 2046 y 2047.
- C.S.J. Cas. Civ. 09/06/1953. M.P. Gualberto Rodríguez Peña. G.J. LXXV, N° 2130.
- C.S.J. Cas. Civ. 02/06/1958. M.P. Arturo Valencia Zea. G.J. LXXXVIII N° 2198.
- C.S.J. Cas. Civ. 11/10/1962. M.P. Enrique Coral Velasco. G.J. C N° 2261, 2262, 2263 y 2264.
- C.S.J. Cas. Civ. 08/05/1969. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. CXXX N° 2310, 2311 y 2312.

- C.S.J. Cas. Civ. 17/07/1970. M.P. César Gómez Estrada. G.J. CXXXV N° 2330, 2331 y 2332.
- C.S.J. Cas. Civ. 26/04/1972. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G.J. CXLII N° 2352 a 2357.
- C.S.J. Cas. Civ. 16/07/1985. M.P. Horacio Montoya Gil, G.J. CLXXX, número 2419.
- C.S.J. Cas. Civ. 04/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 09/1992.
- C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992.
- C.S.J. Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995.
- C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999.
- C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 12/1999.
- C.S.J. Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001.
- C.S.J. Cas. Civ. 24/08/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-038-2001-01054-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 18/09/2009. M.P. William Namén Vargas. Ref: 20001-3103-005-2005-00406-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 13/05/2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Ref: 73319-31-03-002-2001-00161-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 01/06/2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Ref: 05001-22-03-000-2010-00103-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 09/07/2010. M.P. William Namén Vargas. Ref: 11001-3103-035-1999-02191-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 26/08/2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: 4700131030032005-00611-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 16/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 52835-3103-001-2000-00005-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 17/05/2011. M.P. William Namén Vargas. Ref: 25290-3103-001-2005-00345-01.
- C.S.J. Cas. Pen. 11/04/2012. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Ref: 33.920.
- C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref: 76001-31-03-009-2006-00094-01.
- C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref: 05266-31-03-001-2004-00172-01.

JURISPRUDENCIA CHILENA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIX, sección 2ª, p. 132.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de enero de 2008, Cita WestLaw: CL/JUR/7094/2008.