

EL DERECHO DE DAÑOS COLOMBIANO EN PERSPECTIVA: INFLUENCIAS, EVOLUCIÓN, FUNDAMENTOS Y ACTUALIDAD

6

José Guillermo Castro Ayala*

Resumen

La responsabilidad ha sido uno de los pilares del derecho civil; desde sus comienzos, ha constituido la garantía para la evolución de las sociedades contrarrestando la inamovible peligrosidad que se despliega de su discurrir cotidiano. Siendo así, con el paso del tiempo y el avance de la tecnología, ha habido mayor necesidad de aumentar la protección que se prevé con la responsabilidad; es decir, con la tecnología ha debido avanzar de su mano el derecho. En el presente artículo se busca desarrollar los puntos clave que tanto la jurisprudencia como la ley han

* Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster Llegum (LI.M) y Doktor Juris (Dr. Jrs) de la Universidad de Konstanz, en el Estado de Baden-Württemberg, en la República Federal de Alemania. Rigurosum en: a) Derechos Fundamentales, b) Historia del Derecho y c) Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de magistrado en la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y abogado sustanciador de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Es conferencista internacional en temas de derecho de obligaciones, constitucionalización del derecho privado, derecho del consumo y derecho civil. Ha sido profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás. Es profesor por concurso de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPI) de la Universidad Católica de Colombia. Litigante, consultor y director de tesis de maestría y de doctorado. Ha sido profesor principal de la materia de Obligaciones por más de ocho años. castroayal@gmail.com jgcastroa@unal.edu.co

desarrollado en lo que se refiere a la indemnización que se desprende de la responsabilidad civil y la plausible patrimonialización de los derechos humanos en la materia, con el fin de visualizar su transformación y la nueva perspectiva que obliga a tener el presente.

Palabras clave: Responsabilidad civil, tecnología, daño, indemnización de perjuicios, patrimonialización de los derechos fundamentales

Abstract

Responsibility has been one of the pillars of civil law, since its inception has been the guarantee for the evolution of societies by counteracting the unchangeable danger that unfolds from their daily routine. This being the case with the passage of time and the advancement of technology, the need to increase such protection has increased, that is to say that with technology the right has had to advance, the present article seeks to develop the key points that both jurisprudence as the law has developed in regard to the compensation that is inferred from civil liability and the plausible patrimonialization of human rights in this matter in order to visualize its transformation and the new perspective that requires to have the present.

Keywords: Civil liability, Technology, Damage, Compensation for damages, Patrimonialization of fundamental rights

De las fuentes de las obligaciones. El derecho de daños: actualidad y perspectivas

Desde la época de la codificación napoleónica, en 1804, hasta la consolidación de la legislación germana en Europa en 1900, incluyendo en ese periodo la expedición de varios códigos civiles latinoamericanos —como el redactado por Andrés Bello, que sigue rigiendo, con mínimas variaciones, en Panamá, Chile y Colombia, entre otros países (Diez, 2016)—, las dos fuentes clásicas de las obligaciones han sido: en primer lugar, la declaración de voluntad (negocio jurídico, acto jurídico, contrato, entre otros) y, en segundo lugar, el daño, del cual surge la responsabilidad como consecuencia jurídica.

Bien sea con la perspectiva contractual francesa o con la del negocio jurídico germano, la declaración de voluntad derivada de la autonomía privada constituye

no solo la principal y primera fuente de las obligaciones, sino, también, la más frecuente y extendida. El acuerdo de voluntades —es decir, el contrato, que trasciende la vida del ser humano, desde tiempos inmemoriales y hasta hoy— se reconoce, de una manera mucho más pragmática, como la principal posibilidad de crear derecho por parte del ser humano (Hinestrosa, 2013). Recuérdese lo expresado por Betti en el primer capítulo de este libro, al resaltar la existencia y la vinculatoriedad de la declaración de voluntad y el acuerdo de voluntades (el contrato), desde las eras más primitivas, cuando aún no se concebían la existencia de un ordenamiento jurídico que regulara las diferentes formas de declaración de voluntad ni los efectos jurídicos de estos (*supra*, Capítulo 1).

Desde el diario discurrir del ser humano, casi toda intervención que se realiza en el mundo social y material se produce (directa o indirectamente) a través de un contrato, o está mediada por uno. La permutación o la compra y venta de bienes y servicios sigue constituyendo la esencia misma del trasegar jurídico-económico de la vida humana; de lo contrario, ¿cuál es la causa eficiente de su bienestar, sino el contrato mismo?

El suministro de agua a las casas, que a tantos les ha permitido hoy darse una ducha, o la adquisición de los insumos para el desayuno, la adquisición de la ropa que llevan puesta y la posibilidad de limpiarla, así como el transporte desde sus casas a su lugar de trabajo o de estudio, la compra de comida o de un libro de texto, no son, pues, nada más ni nada menos que relaciones humanas con implicaciones jurídicas mediadas, en última instancia, *por contratos*. La tranquilidad de que nadie entrará a sus casas a sustraerles sus bienes, ni al *hardware* de sus computadores a robar información, en la era del Gran Hermano, del ojo que todo lo ve, dentro de la sociedad globalizada, no se deriva del derecho penal, como, intuitivamente, nos podría parecer en un principio, sino del derecho contractual, que habilita todas las negociaciones con empresas de seguridad, con un oferente de cámaras de observación y de digitalización y encriptación de toda nuestra vida en la red (Ibler, Torres & Güechá, 2017).

El contrato, el negocio jurídico, la declaración de voluntad, parten de la estabilidad de la manifestación humana con sentido lógico, proferida autónomamente por un individuo. Por lo tanto, como lo afirman los romanistas, desde las codificaciones que se pierden en el umbral de los tiempos, como el *Código de Hammurabi* y la *Lex Poetelia Papiria* del derecho romano, hasta el nuevo

Código de Derecho Privado argentino de 2014, las variaciones que se observan en la concepción, el perfeccionamiento, las formalidades, la interpretación y la ejecución de la declaración de voluntad contractual son, entonces, mínimas, si no se desatiende el extenso periodo que han necesitado para, muy paulatina y lentamente, irse consolidando.

En efecto, el ser humano se ha servido de la declaración de voluntad, del empeño de su palabra (especialmente, en los contratos), para satisfacer todo orden de necesidades: desde las más básicas y apremiantes (como alimentación, vivienda, saneamiento básico, entre otras) hasta las más banales y superficiales, de una forma casi unívoca y generalizada. Desde los tiempos más remotos de la historia humana, el contrato parece haber tenido unos mismos y comunes contornos, como nos lo demuestran, entre otras, las evidencias arqueológicas sirias, que han evidenciado la precisa tasación de los intereses compuestos en las obligaciones dinerarias mercantiles que profusamente desarrolló esa civilización, hace más de tres mil años (Monateri, 2006). Así, la sustancia no solo de las declaraciones de voluntad, sino la de otras figuras jurídicas (como en el ejemplo anterior), se ha mantenido casi inalterada a lo largo de varios miles de años y ha tenido una figuración muy importante a lo largo de la historia de la humanidad hasta nuestros días.

En contraste con lo anterior, el derecho de daños —esto es, las normas que regulan la adjudicación reivindicativa derivada de los perjuicios causados por un individuo a otro, y que constituía el segundo foco obligacional en el derecho continental europeo desde 1804 (y del que es filial el derecho latinoamericano) — fue un área jurídica que estuvo ciertamente olvidada durante algún tiempo, pero luego gravitó siempre alrededor de la permanente renovación jurisdiccional. Su actualización, su reinterpretación y su progreso permanentes están dados por una forma de obrar y de reflexionar del juez; una forma ciertamente distinta, pero, además, permanentemente cambiante. En efecto, llama poderosamente la atención la simple observación de que la responsabilidad civil haya tomado una importancia inusitada en los últimos dos siglos.

Así, en un inicio, la *Lex Poetelia Papiria*, que se refería al cumplimiento patrimonial (ya no con el propio cuerpo del deudor) de los contratos en Roma, fue una norma profusamente estudiada por todos los juristas medievales, desde 1088, con la fundación de la Universidad de Bolonia, hasta bien entrado el siglo XIX, en

el que los pandectistas y los romanistas, como Ihering y Savigny y la escuela de Tübingen buscaban la puridad de los textos latinos.

La *Lex Aquilia*, que regulaba, por el contrario, una primigenia y arcaica forma de responsabilidad, que a lo largo de la jurisprudencia de los pretores logró consolidar la idea de culpa y, posteriormente, permitió darle la suficiente fuerza al fundamento de la responsabilidad subjetiva (Castro & Calonje, 2015, p. 307), fue una ley que se redescubrió tardíamente por Planiol y Ripert en Francia, ya para el siglo XVII, y que desemboca en muy específicas regulaciones en la legislación civil francesa, alemana y europea en general. Nótese cómo, mientras el derecho de obligaciones y contratos en Alemania parte del parágrafo § 241 y va hasta el § 811 del Código Civil Alemán, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) —esto es, en total, 570 normas—, es muy curioso que el derecho de responsabilidad abarque unas dimensiones mucho más modestas y limitadas, ya que inicia en el parágrafo § 823 y va hasta el § 853, lo cual nos da escasas 30 normas que le sirven de fundamento.

Lo propio, casi de manera idéntica, se puede decir de casi todos los códigos civiles filiales a lo que se llama la familia del derecho continental europeo, o *Kontinentale Deutsches Romisches Rechtskreis*. En Colombia, por ejemplo, mientras nuestro Código Civil dedica desde el artículo 1494 hasta el artículo 2340 a las obligaciones y los contratos —esto es, casi 800 artículos—, le dedica, por el contrario, tan solo del artículo 2341 al 2360 al derecho de responsabilidad civil extracontractual —o sea, escasos 20 artículos—.

Pero la pregunta que nos estamos haciendo y que se torna interesante, es: ¿Qué ha pasado en los dos últimos siglos, para que esas escasas y casi olvidadas normas de los códigos se hayan vuelto tan importantes y cambie sustancialmente la jurisprudencia del derecho de daños de manera permanente y, sobre todo, para que haya aumentado tanto la frecuencia de la referenciación dogmática y jurisprudencial a ellas? La respuesta es, ciertamente, más obvia que lo que nos podría parecer en un principio.

Se han producido, una tras otra, casi con intervalos de cincuenta años, entre ellas, las que han sido denominadas por la historia, revoluciones industriales. En efecto, desde la invención de Inglaterra por la máquina de vapor, en 1825, desde la popularización del automóvil y la consecuente dependencia del petróleo como fuente energética unívoca de la sociedad en los siglos XIX y XX, y desde

la sistematización de la sociedad a través de las máquinas y la computación, el hombre no solo ha aumentado su capacidad de enriquecimiento patrimonial, así como su despliegue de fuerzas y velocidades, sino que también ha diseminado, a la par, la posibilidad de causar perjuicios (Josserand, 2009). La máquina, el aparato, las construcciones y el ingenio aplicado, entendidos como artefactos capaces de multiplicar las limitadas capacidades del hombre, conllevan también la posibilidad de multiplicar los riesgos y, consecuentemente, la ocurrencia de siniestros. Así, solo por mencionar algunos ejemplos, la puesta en marcha de ferrocarriles y trenes de alta velocidad, el transporte aéreo de millones de pasajeros, el desarrollo de robots con inteligencia artificial, y hasta los vehículos autónomos o autoconducidos, presentan desafíos constantes para el derecho de daños.

No podemos comparar los perjuicios que causaba una colisión a la velocidad media de los desplazamientos humanos a caballo del siglo XVII, que no superaban el promedio de los 18 kilómetros por hora, con los daños derivados de una colisión a la velocidad media del siglo XXI de los desplazamientos humanos con sus máquinas y vehículos y que oscilan, hasta ahora, en torno a los varios cientos de kilómetros por hora, entre autos, barcos, trenes y aviones. Así, “mientras que en 1700 los carros eran construidos principalmente por el esfuerzo muscular de carpinteros y herreros, en la actualidad las máquinas en las fábricas de Toyota y Boeing son accionadas mediante motores de combustión de petróleo y centrales de energía nuclear” (Harari, 2014, p. 368). En efecto, los vehículos de combustión interna casi cuadruplicaron la velocidad del ser humano, quien se desprendió de la energía muscular animal pura, para trasladar sus posibilidades de modificación del mundo a una máquina creada por él mismo, y que, además, dividía los esfuerzos y multiplicaba su velocidad y su fuerza; incluso, exponencialmente.

Asimismo, la arquitectura humana se transformó significativamente entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX. Hasta esos momentos, una construcción de más de tres pisos era, ciertamente, una rareza victoriana en Londres o París. Luego de esos periodos, las grandes edificaciones de treinta, cuarenta o más pisos se volvieron una cotidianidad, que, por supuesto, como podemos suponerlo, implicaba mayores peligros, lo que, a su turno, desataba muchos mayores siniestros.

•El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos...•

La responsabilidad civil es el paradigma social que jalona los desarrollos jurisprudenciales, como recién se acaba de ejemplificar. Dicho de otra forma: es debido al avance del intelecto humano, que conllevó la industrialización, como se produjo la permanente evolución del derecho de responsabilidad, por vía jurisprudencial. El avance tecnológico y el desarrollo de los riesgos les imponen a los juristas, los jueces y los académicos la tarea de interpretar sistemática, histórica y, sobre todo, teleológicamente la precaria y corta normatividad regulatoria de los daños en las codificaciones civiles. Pero dentro de esa labor, resulta necesario mencionar que es muy importante encontrar, también, un equilibrio entre la ponderación que se deriva del avance de la tecnología: la reducción de las cargas probatorias y procesales a favor de la víctima que sufrió los perjuicios, por ejemplo, y la permanencia de unas regulaciones que, a su vez, brinden un mínimo de seguridad jurídica estable en el tiempo para toda la sociedad. El emprendimiento empresarial, la osadía humana, el ánimo creativo y la innovación podrían verse seriamente afectados o disminuidos si las reglas del juego cambian permanentemente, y generan, con ello, incertidumbre y, sobre todo, inseguridad jurídica.

Parece también claro que en esa tarea aplicativa, juiciosa y dedicada del derecho de responsabilidad, luego de ciertos acontecimientos geopolíticos y, sobre todo, económicos, ocurridos desde 2001 y 2008, como el atentado a las Torres Gemelas en Manhattan o la crisis económica y financiera norteamericana, derivada del no pago de las llamadas hipotecas *subprime*¹⁷⁰ (Torres, 2010), es menester, por ahora, olvidar un poco las pretensiones de tener un derecho globalizado de responsabilidad, pues la diversidad tecnológica de los distintos países se ha agudizado profundamente. De hecho, estamos cada vez más separados por una brecha entre unos pocos muy ricos e inmensas masas de población que viven por debajo de los niveles de pobreza. La lucha contra el terrorismo de los países desarrollados ha marcado también una divergencia interpretativa del derecho de

¹⁷⁰ Las llamadas "hipotecas *subprime*" implicaban un mayor riesgo de impago, porque se concedían a personas con pocos recursos económicos. Estas se venían concediendo desde hacía muchos años, pero mientras que en las décadas anteriores no superaban el 9% del total de hipotecas suscritas, en 2006 alcanzaron el 20% del mercado, lo cual desembocó en una crisis inmobiliaria y financiera que tuvo un enorme impacto en el conjunto de la economía estadounidense e internacional, al inundar los balances empresariales del mundo con activos incobrables o de calidad completamente incierta. A partir del estallido de la burbuja hipotecaria, a comienzos de 2007, cayó el conjunto del mercado hipotecario; casi inmediatamente lo siguieron el bancario y la bolsa de valores, y tras ellos, el crédito interbancario y comercial que alimenta a corto plazo el funcionamiento cotidiano de la economía; además, se dieron las primeras manifestaciones de caída del consumo, la producción y el empleo (Torres, 2010).

responsabilidad que no se puede predicar de todo el globo terráqueo (Ibler et al., 2017).

Si bien hay cosas que se perfilan comunes a todo el mundo, como la tecnología de la comunicación celular, por ejemplo, existen renglones, como la industrialización integrada de producción de bienes manufacturados, que solo existen en muy pocos países industrializados del planeta, si se quiere, agrupados en el G7. En ese sentido, el desarrollo desigual en todo el mundo no permitiría —al menos, no por ahora— lograr una unificación de las reglas de la responsabilidad y el derecho de daños a escala global.

Estructura general de la responsabilidad civil en Colombia

En Colombia, los requisitos para que una pretensión (*Anspruch*) judicial de declaración de responsabilidad prospere, son ciertamente más restringidos que en la República Federal de Alemania. Esos elementos se encuentran tipificados en una cláusula general de responsabilidad, tanto en Colombia como en Alemania. Mientras que el parágrafo § 823 del BGB constituye la cláusula general de responsabilidad en Alemania, en Colombia, es el artículo 2341 del Código Civil la norma que preceptúa los elementos típicos que deben acreditarse en un juicio para que la acción sea exitosa. Esa norma, que también ha servido para delimitar los elementos típicos en materia de responsabilidad mercantil, laboral o administrativa, etc., establece que:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Código Civil Colombiano, art. 2341).

Los elementos que contiene la norma recién transcrita implican que nuestro legislador optó, con una clara influencia francesa, por una responsabilidad subjetiva; además, incorporó una clara regla del derecho romano que fue anotada como principio por los pandectistas y según la cual “*no hay responsabilidad sin culpa probada*”. Esa situación, sin embargo, como ya se mencionó específicamente en la parte introductoria, vino a ser modificada, poco a poco, por la jurisprudencia nacional, de manera permanente (Padilla, Rueda & Zafra, 2014), y a ello nos referiremos más adelante.

Entre tanto, trataremos de desglosar, en líneas generales, los elementos que estructuran la responsabilidad civil en Colombia, a partir del Título XXXIV del Código Civil, denominado “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”; en particular, del mencionado artículo 2341, sobre la cláusula general de responsabilidad abstracta. De esa típica norma del derecho civil, tanto la jurisprudencia como la dogmática nacional han extractado cuatro elementos típicos, así:

1. Hecho

El primero de los elementos es una conducta que sea la causa del daño, conducta entendida como un hecho humano; esto es, un despliegue positivo de una conducta o una omisión atribuibles a una persona, y que, además, implica cierta consecuencia jurídica. El hecho humano es, pues, un hecho jurídico, entendido como la conducta humana voluntaria o involuntaria, lícita o ilícita, dependiendo de si en su construcción intervino la manifestación de voluntad o si dicha conducta está permitida por el derecho (Valencia Zea, 1990, p. 140). En materia de responsabilidad el factor indispensable que se observa es que el hecho jurídico le sea atribuible a una persona capaz de causar un daño, sea esta una persona natural o jurídica (Castro & Calonje, 2015, p. 311).

En las clases típicas de introducción a la responsabilidad, siempre se dice que si un rayo cayera del cielo y electrocutase a una persona que juega al fútbol, ya no podría hablarse de responsabilidad, pues la ocurrencia de la caída del rayo no resulta susceptible de ser atribuida a un sujeto de derechos.

Sin embargo, otro es el caso, cuando una persona conduce a 50 kilómetros por hora en un auto dentro del *campus* universitario, donde la velocidad máxima es de 20 kilómetros por hora y choca a otro carro en su parte trasera y le daña su carrocería y su estructura. Esa acción culposa, consistente en el exceso de velocidad, podría ser atribuida a la persona que conducía el auto que chocó al otro, como un sujeto de derecho que, claramente, actuó de manera descuidada al desconocer los límites de velocidad ordenados por la ley y por las señales de tránsito dentro del *campus* universitario. Esta conducta es relevante para el derecho y, por lo tanto, está llamada a tener consecuencias jurídicas de diferente tipo (penal, civil, administrativo, etc.).

Ha de observarse desde ya, sin embargo, que la simple conducción de un vehículo, incluso cuando se observan y se cumplen de manera estricta las normas y las señales de tránsito, ha sido entendida por la jurisprudencia colombiana desde 1936 como una actividad peligrosa, lo que se traduce, procesalmente, en que el demandante, o víctima de los daños, no deberá probar la culpa del agente causante o presunto responsable de ellos, ni este podrá ser exonerado probando diligencia o cuidado. Sobre este punto volveremos más adelante.

Si, por el contrario, al pasar frente a un hospital, alguien sufre un atascamiento digestivo o respiratorio y por ello se asfixia y pierde la vida, podrían atribuirse a cualquier médico o paramédico que se encontrara en el lugar la falta o la ausencia de ayuda, en lo que ha sido llamado un momento médico decisivo. Es claro que un atascamiento puede ser, en la mayoría de los casos, manejado adecuadamente por quien tiene la experticia necesaria para ello y, en consecuencia, podría salvar una vida.

Así pues, a través estos casos prácticos, casi cotidianos, se puede indicar que, en general, el hecho tiene que consistir en una conducta humana positiva o negativa, y ella tiene que haber sido producida u omitida por el agente causante de los perjuicios respecto a la víctima, quien ha sufrido, entonces, los daños (Romero, 2000).

2. Daño

El daño es la ocurrencia cierta de un perjuicio. Esto es, la víctima que sufrió la verificabilidad del hecho también deberá reportar unos perjuicios para que la responsabilidad sea jurídicamente indemnizable (Romero, 2000). En palabras del profesor Pérez Vives, el daño es “toda lesión moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor, que una persona sufre en su patrimonio o en sí misma (en su integridad física, en sus derechos extramatrimoniales o la personalidad en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.)” (1968, p. 245).

Para continuar con los ejemplos propuestos arriba, supongamos, entonces, que el dueño del vehículo que otra persona chocó dentro del *campus* sufre la ruptura de su parachoques y de la carrocería. Entonces, deberá el dueño del auto ir a un taller automotor para reparar su vehículo, lo cual, ciertamente, lo hará

•El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos...•

incurrir en unos gastos, que no debería haber realizado si el choque no se hubiese producido.

O, tal vez, la vida de quien sufrió la asfixia no se habría perdido si el paramédico o la enfermera presente hubieran actuado con diligencia y presteza en el momento de la ocurrencia del atascamiento con comida. La muerte de una familiar es también un daño, pues provoca sentimiento de dolor y aflicción moral (aunque, a veces, puede ser considerado un daño con componentes de carácter patrimonial, como cuando la víctima es un padre cabeza de hogar y de quien depende económicamente todo su núcleo familiar, y dicho responsable fallece); en consecuencia, los familiares de quien falleció deberían ser indemnizados.

Es claro, entonces, que el daño es el pilar esencial sobre el que se estructura la responsabilidad civil; por eso, tradicionalmente se ha dicho que “sin daño causado no existe la responsabilidad” (León, 2010, p. 400).

En Colombia, las clasificaciones del daño suelen dividirse en dos grandes grupos: por un lado, el daño patrimonial o material, y, por otro, el daño extrapatrimonial, o moral. El primero se divide, a su vez, en daño emergente y lucro cesante (Código Civil colombiano, art. 1613).

A. Daño emergente

Legalmente, el daño emergente es definido por el artículo 1614 de nuestro Código Civil así: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. A pesar de que dicha definición legal está insertada, lógicamente, en nuestro Código Civil, dentro del capítulo que regula los efectos de las obligaciones, la distinción entre daño emergente y lucro cesante es aplicable tanto en responsabilidad concreta (o contractual) como en responsabilidad abstracta (o extracontractual).

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha sostenido que: “El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 7 de mayo de 1968).

Así, en el campo de la responsabilidad abstracta o extracontractual el daño emergente está representado en todos los gastos y las erogaciones adicionales en que ha debido incurrir la víctima: por ejemplo, pagando los repuestos del carro y las horas de trabajo del mecánico del taller que han sido necesarias para reparar el auto.

B. Lucro cesante

Siguiendo los lineamientos del artículo 1614, el lucro cesante es definido en el Código Civil como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho”, hecho del cual trata de deducirse responsabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 7 de mayo de 1968).

De esta forma, el lucro cesante está representado por todos los beneficios típicos que la víctima, quien sufrió los perjuicios, deja de reportar. Por ejemplo, supongamos que luego del choque, tras la discusión y la verificación de los daños entre el agente causante de los perjuicios y la víctima, no pudo esta última (la víctima) volver más en la tarde a su trabajo, y su empresa decidió descontar la mitad del valor de su salario de ese día; pero, además, ante la tardanza, decidió reemplazar al dueño del carro chocado por otro colega que ha asumido unas negociaciones que hasta ese momento tramitaba la víctima y, en consecuencia, las comisiones por ventas se le pagarán a ese nuevo reemplazo y no al dueño del vehículo chocado, quien ha sido apartado de las negociaciones. Piénsese típicamente en el agente o el corredor de seguros, que trabaja sobre comisiones por cada negocio que concluya o celebre.

C. Daños morales

El daño moral es el daño a un derecho por fuera del patrimonio económico, que se traduce en la aflicción, el sufrimiento, el dolor o la pena que experimenta una persona debido a la causación de dicho perjuicio (Castro & Calonje, 2015). La categoría de daño moral solo es aplicable para los perjuicios compuestos por los

•El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos...•

sentimientos íntimos de desesperación, congoja, desasosiego, etc., que invaden a la víctima (directa o indirecta) del daño (individual o colectivo). Igualmente, cabe aclarar que las lesiones de este tipo de daño son de carácter subjetivo, puesto que, en principio, no son valorables en dinero, debido a que el dolor no puede ser estandarizado ni, por lo tanto, tasado monetariamente, de una manera genérica, por más que, en últimas, la indemnización sí pueda traducirse de forma pecuniaria y jurisprudencialmente se adopten algunos referentes o topes monetarios para otorgar las indemnizaciones en tribunales nacionales e internacionales (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2014).

Así mismo, la legislación penal colombiana admite la necesidad de indemnizar los daños morales que por la ocurrencia del hecho punible se hayan ocasionado. Así, el artículo 97 del actual Código Penal (Ley 599 de 2000) preceptúa que el juez deberá tasar, dentro de su arbitrio jurisdiccional, los perjuicios morales que, según considere, se han derivado de la ocurrencia del hecho punible, con un tope máximo de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Analógicamente, esa norma se aplica a las indemnizaciones de derecho civil, en lo que al derecho de daños se refiere.

Supongamos que luego del ahogamiento de la persona que no fue atendida a tiempo por el médico o la enfermera que se encontraban en el lugar, la viuda del asfixiado cae en una terrible depresión, pues dicha muerte ha reportado un sufrimiento significativo para esa persona. En la generalidad de los casos, el abogado de la parte civil dentro del proceso penal —esto es, dentro de la parte que permite la indemnización de las víctimas de ese caso típico, que se denomina omisión del deber de socorro— podrá pedir que se indemnicen todos los sufrimientos y las angustias que la muerte del marido produjo a la esposa. Esa posibilidad de indemnización está limitada solo a las personas más cercanas del fallecido o herido, en grados de consanguinidad y afinidad, o, incluso, de vínculos meramente afectivos.

3. Nexo de causalidad

Por otro lado, entre ese hecho y el daño, los dos elementos que han sido analizados, ha señalado la jurisprudencia que, necesariamente, debe existir un nexo de causalidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2005). Esto

es, que el hecho humano atribuible a una persona determinada tiene que haber producido, definitiva y claramente, los perjuicios a la víctima. Esa relación de causalidad entre hecho y daño, generalmente, puede ponerse en cuestión a través de lo que se ha denominado teoría de la causa extraña. La teoría de la causa extraña se materializa en tres diversas posibilidades en las que se rompe el nexo causal; esto es, la relación de causalidad entre el hecho y del daño, y que son: i) la fuerza mayor, o caso fortuito, ii) la culpa exclusiva de la víctima y iii) el hecho de un tercero.

En el caso propuesto antes, si el choque de los dos carros dentro del *campus* se produce no por la imprudencia del conductor, sino por un temblor intempestivo de baja intensidad, en ese caso no habría lugar a responsabilidad, pues a pesar de que esa persona estaba conduciendo y se chocaron los vehículos, no hay un nexo de causalidad entre la conducta del conductor y los daños causados: estos se produjeron como resultado de la ocurrencia del movimiento telúrico descrito. O supongamos que el atascamiento y la posterior asfixia de la persona cerca de un hospital se producen durante una manifestación multitudinaria, que impidió la llegada a tiempo del paramédico hasta la víctima, a pesar de encontrarse a escasos metros. Las dos situaciones recién descritas materializarían una fuerza mayor o caso fortuito, descrita en el artículo 64 del Código Civil Colombiano, y el cual reza: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Existen, a su vez, dos elementos necesarios para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito como una causal excluyente de responsabilidad: a) la imprevisibilidad, la cual indica que el hecho extraño debe ser súbito e inesperado, de tal forma que no era cognoscible al momento de la realización del negocio jurídico o el despliegue de la conducta; y b) la irresistibilidad, que requiere la característica de que el hecho extraño sea fatal, incontrastable, al punto de no poder evitarse su acaecimiento ni sus consecuencias (Ospina, 2008, pp. 110-113).

Por su parte, la culpa exclusiva de la víctima se da cuando en el análisis causal, el actuar de quien sufrió el daño (la víctima) se considera la causa única y exclusiva del daño (Romero, 2000, p. 39). Si, por su parte, el presunto ofensor y la víctima comparten parte del vínculo causal desplegado con sus respectivas actuaciones y se llega a la producción de un daño, se trataría de la figura de la

•El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos...•

“compensación de culpas”. En el ejemplo, se materializaría cuando el conductor del vehículo chocado se encontraba conduciendo borracho y frenó de manera fuerte e intempestiva y produjo, por ello, los perjuicios al otro vehículo, lo cual, además, no pudo ser evitado, a pesar de que el conductor del primer vehículo respete los límites máximos de velocidad y las demás normas de tránsito.

Por último, se rompería también el nexo de causalidad cuando el vehículo chocado hubiese sido previamente chocado en la misma parte de la carrocería por otro vehículo. Allí se materializaría la tercera posibilidad de la teoría de la causa extraña, denominada hecho de un tercero, pues el conductor del primer vehículo no fue quien produjo los daños, sino que estos fueron causados directamente por la conducta de un tercer vehículo. Al decir de Romero, “es lógico y de elemental equidad que quien no ha causado el daño directamente ni a través de sus agentes o dependientes, como tampoco por las cosas que están bajo su cuidado, no tenga por qué repararlo” (2000, p. 38). Para que se excluya la responsabilidad, el tercero deberá haber sido el único que produjo el daño, mientras que si se concurre juntamente con un tercero, en la causación de un daño habrá lugar a responsabilidad solidaria, como lo indica el artículo 2344 de nuestro Código Civil.

4. Culpa (factor subjetivo de imputación)

El legislador colombiano quiso, así mismo, preceptuar que todos los hechos generadores de daño tenían que ocurrir siempre en presencia de un elemento subjetivo de imputación, en cabeza del agente causante de los mismos perjuicios. El factor de imputación hace referencia a la condición subjetiva del agente, necesaria para poder determinar si un hecho acarrea responsabilidad o no (Castro & Calonje, 2015). Es, justamente, el factor subjetivo de imputación el que permite distinguir la responsabilidad subjetiva de la objetiva: en la primera está presente, mientras que en la segunda, no.

Esos elementos subjetivos de imputación pueden ser: a) el dolo, entendido como la mala intención, o intención positiva de causar perjuicios; o lo que, al decir del Código Civil, “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (Artículo 63); o b) la culpa, entendida como un error de conducta que no habría cometido una persona prudente y diligente, pues en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, en ese sentido, resultaría

ser un error de conducta de carácter negativo, en la medida en que obedece a la no realización de un patrón exigido (de conocimiento, prudencia y diligencia) por una persona, dado por un error de comportamiento que le es imputable (Romero, 2000).

La culpa, a su turno, se puede cuantificar y cualificar. Reconoce el legislador una división tripartita de la culpa en grave, leve y levísima (en el artículo 63 del Código Civil), y las define comparativamente con el grado de cuidado que debe guardar un sujeto en sus propios negocios (Emiliani, 1980). El artículo 63 de nuestro Código Civil es el que hace dicha división de la culpa (o descuido) en tres grados, que aumentan progresivamente la rigurosidad de su observancia de menor a mayor definiendo cada una de ellas así:

1. La culpa grave, negligencia grave o culpa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. En materias civiles, esta culpa equivale al dolo.
2. La culpa leve, descuido leve o descuido ligero es la falta de la diligencia y el cuidado que las personas emplean ordinariamente en sus propios negocios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia, o cuidado ordinario o mediano. Quien debe administrar un negocio como un buen padre de familia (*pater familias*) es responsable de esta especie de culpa.
3. Culpa o descuido levísimo es la falta de la esmerada diligencia que una persona juiciosa emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Por otro lado, la culpa puede cualificarse en tres diversas formas de comportamiento, conocidas como negligencia, imprudencia e impericia, o falta de experticia. Por razones de brevedad en la exposición y por exceder el tema general aquí propuesto, no nos referiremos de manera detallada a estas clases y grados de culpa.

Evolución de las clasificaciones de la responsabilidad

Dependiendo de la valoración que se le dé al elemento subjetivo (dolo o culpa), la responsabilidad civil se clasifica en objetiva y subjetiva. Existen también algunos autores que reconocen una tercera categoría de la responsabilidad; esto es, la responsabilidad intermedia, en la que, básicamente, el elemento subjetivo de la culpa se presume; sin embargo, a quien se le endilgue responsabilidad se podrá eximir de ella probando ausencia de culpa o probando alguna causal excluyente de responsabilidad. Para otros autores, la clasificación de la responsabilidad intermedia es equívoca e inútil, pues la consideran una manifestación de la responsabilidad objetiva, de la que el presunto responsable solo se podría liberar probando la ruptura del nexo causal a través de la causa entraña.

En lo sucesivo, haremos una reconstrucción de la evolución de los diferentes tipos de responsabilidad y, por lo tanto, no abordaremos separadamente el estudio de este tercer tipo de responsabilidad y nos enfocaremos más en las dos grandes y clásicas clasificaciones de la responsabilidad desde el punto de vista subjetivo de imputación.

1. Responsabilidad subjetiva

Como ya quedó descrito arriba, la regla general impuesta por el Código Civil es la responsabilidad subjetiva. Esto es, la responsabilidad en la que es necesario evidenciar dentro del proceso judicial la culpa en que ha incurrido el demandado —agente causante de los perjuicios—, para que sea posible declarar su responsabilidad y, por ende, su obligación indemnizatoria respecto a la víctima que ha sufrido los perjuicios. Si bien la responsabilidad objetiva no estaba proscrita por las leyes en materia civil —como sí ocurre en materia penal—, desde el comienzo de la vigencia del Código Civil, en 1887, la resolución práctica de los casos de responsabilidad por daños por parte de los tribunales estaba dominada por el paradigma de la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, un primer avance jurisprudencial ocurrió a través de sentencia del 14 de marzo de 1938 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se interpretó, de manera bastante vanguardista, el artículo 2356 del Código Civil copiando, con algún grado de complejidad, la creación —también jurisprudencial francesa— de la teoría del riesgo creado y la teoría

de las actividades peligrosas, que cambió intencionadamente la interpretación del texto anterior del artículo 1384 del Código Civil francés. El artículo 2356 del Código Civil colombiano, que fundamenta internamente la teoría del riesgo y la responsabilidad por actividades peligrosas, preceptúa que:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:

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

En general, la mencionada providencia de 1938 postula que, por el ejercicio de ciertas actividades que revisten cierta peligrosidad, deberá presumirse la culpa del agente causante de los perjuicios. Así, entonces, le bastará a la víctima con solo probar tres de los cuatro elementos de la responsabilidad que hemos descrito: el hecho dañoso, los perjuicios y el nexo de causalidad. No deberá acreditar ningún grado o clase de culpa en cabeza del agente causante de los perjuicios, y le corresponderá, entonces, al agente demandado, presunto autor de los daños, probar una causa extraña para poder exonerarse de la responsabilidad que se le endilga.

Así, en esa comprensión, la conducción de vehículos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1976; 1989; 2009), la construcción de edificios, los ferrocarriles, la aviación comercial y militar, el transporte de personas en vehículos de tracción mecánica, la producción de energía (hidroeléctrica, nuclear, etc.) y la actividad médica experimental fueron entendidos por la jurisprudencia, a partir de ese momento, como actividades peligrosas y, por ende, su régimen probatorio debería verse facilitado para el demandante, víctima de los perjuicios.

Muchas objeciones y críticas se hicieron en contra de esa nueva concepción jurisprudencial. Básicamente, dos de esas críticas merecen ser aquí mencionadas: 1) esa innovación, que se fundamentaba en los progresos de la jurisdicción francesa, no debería tener cabida en la jurisdicción colombiana; y 2) esa interpretación

•El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos...•

de la norma contenida en el artículo 2356 era abiertamente *contra legem*, pues mientras el legislador imputaba una culpa grave o dolo a la persona que efectuara alguna de las actividades descritas, los jueces de la Sala de Casación Civil querían, simplemente, ver una presunción de culpa, que difícilmente podría ser justificada desde la literalidad del texto.

En parte, esas críticas podrían tener razón, pero también es necesario anotar que acceder a sus observaciones implicaría mantener la jurisprudencia de la responsabilidad anquilosada o detenida en el siglo XIX, época de redacción del Código Civil, sin reconocer los avances tecnológicos que producían las revoluciones industriales en Colombia, ciertamente más tardías que en el mundo desarrollado, pero igualmente riesgosas. Y, por otro lado, lo cierto es que esa mención de actividades peligrosas para la comunidad descritas en la norma antes transcrita debería tener alguna clase de efecto jurídico, si se hacía una interpretación mínimamente sistemática del código. Así pues, si se enumeraban ciertas formas de responsabilidad por el hecho de las personas a cargo o de las cosas, que facilitaban la estructuración de las pruebas para la víctima demandante, no parecería lógico ni consecuente que una norma que, ciertamente, enlista situaciones más graves, tuviera que tratarse como una simple repetición de la cláusula general de responsabilidad, que ordenaba la prueba de los cuatro elementos que ya hemos analizado. ¿Cuál sería, entonces, el sentido sistemático de que nuestro legislador propusiera una cláusula general de interpretación, enumerara una serie de casos de facilitación probatoria a continuación y, posteriormente, repitiera una norma que reiteraba de manera más gravosa para la víctima la misma estructuración probatoria de la cláusula general?

2. Responsabilidad objetiva

De esa manera surgió, por vía jurisprudencial, la responsabilidad objetiva en Colombia. Numerosas sentencias reiteraron ese criterio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 2002; 2009), cada vez de manera más unívoca; esto es, con menos salvamentos o aclaraciones de voto, hasta el día de hoy.

Posteriormente, en 1970, se expidió en Colombia el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), en el que el profesor Álvaro Pérez Vives trabajó como presidente de la comisión redactora. Pérez Vives, conocedor profundo del derecho francés e italiano, se inclinó por copiar en una porción significativa el Código

de Derecho Privado italiano de 1942 y, por lo tanto, muchas de las actividades de los comerciantes, como la del transportador, el asegurador y el agente de seguros, tenían en muchas de sus actividades una responsabilidad puramente objetiva; esto es, que solo podrían exonerarse de la responsabilidad a través de la prueba de una fuerza mayor o caso fortuito. Por supuesto, esas regulaciones obedecían al ánimo de onerosidad y lucro que acompañaba la actividad mercantil, pero también, a la celeridad y la seguridad que deberían privilegiar toda la actividad mercantil.

En épocas más recientes, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han incorporado interesantes innovaciones jurisprudenciales, como la posibilidad de indemnizar perjuicios por violación del *good will* de una persona jurídica, el reconocimiento de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995a), así como de la responsabilidad poscontractual o salvaguarda del secreto industrial o de la información privilegiada por parte del excontratante (p. ej.: la controversia judicial entre los secretos industriales Apple vs. Samsung y sus excolaboradores en la jurisdicción norteamericana o coreana), la responsabilidad contractual del arrendador y la consecuente imposibilidad de reclamar en un mismo proceso la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 1986), la postulación de la responsabilidad directa de las personas jurídicas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2015), cuando sus empleados o sus dependientes ejercen actividades peligrosas, o que el acto mismo de la construcción de edificios es *per se* una actividad peligrosa. Así mismo, se ha moderado un poco la idea de que la responsabilidad por actividades peligrosas o por el riesgo creado sea puramente objetiva. En efecto, en pronunciamientos relativamente recientes se ha manifestado que lo que existe es una presunción de culpa que, simplemente, implica una inversión de la carga de la prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995b).

Llegados a este punto, quisiéramos referirnos a una reciente sentencia que ha causado una gran conmoción durante el último año en nuestro país, y a la que, incluso, algunos han señalado de “explosiva y caótica”, aunque sin nada de revolucionario distinto de la enorme erudición (Tamayo, 2017). La sentencia ha sido llamada coloquialmente por la dogmática como la sentencia del *Big Bang*, para hacer alusión al hecho de que parece marcar un nuevo comienzo en la teoría nacional de la responsabilidad.

Actualidad: la sentencia del 30 de septiembre de 2016 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

En dicha sentencia, una familia demanda por la muerte de su esposa y madre, que se ha producido por un pésimo diagnóstico realizado en una clínica de la ciudad de Medellín, en el Departamento de Antioquia. Así, presentando un cuadro simple de apendicitis (que luego derivó en peritonitis), la señora, esposa y madre fue diagnosticada en tres oportunidades distintas, distanciadas más o menos en un periodo de un mes, como una paciente que sufría dolores menstruales o que había sufrido una intoxicación. Luego de que los médicos se percatan del pésimo diagnóstico, la señora es operada, pero ya fue demasiado tarde y, por lo mismo, fallece como consecuencia del tardío e inadecuado tratamiento médico.

La Sala Civil de la Corte Suprema encontró vicios graves, tanto probatorios como procesales y aplicativos, en el manejo realizado por el Tribunal Superior de Antioquia y, por lo mismo, decide casar (romper) la sentencia que inicialmente había negado las pretensiones de la demanda, y, constituida en tribunal de instancia, la Corte Suprema de Justicia profiere la, así llamada por la ley, sentencia sustitutiva.

En esa sentencia sustitutiva, la Corte hace un nuevo recorrido por los elementos constitutivos de la responsabilidad y hace énfasis en varios puntos específicos. Así, menciona, de manera un tanto ligera, que los derechos fundamentales (o bienes constitucionales, en el lenguaje de la Corte) deben ser indemnizados siempre que se violan, diciendo que “la inclusión de los bienes superiores como objeto de merecimiento indemnizatorio es una consecuencia de la constitucionalización del ordenamiento jurídico” (2016); también se afirma que no necesariamente los derechos fundamentales deben entenderse siempre como normas de optimización aplicativa del derecho. Al decir de la Corte, “los preceptos constitucionales que tutelan bienes jurídicos particulares no son [...] sólo principios que contienen mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible” (2016).

Por otro lado, en la sentencia se afirmó que, en vez de un nexo de causalidad fáctico, podría hablarse, al parecer, en el caso que se estudiaba, de una causalidad normativa, también llamada teoría normativa de imputación, dando a entender, por ello, una causa que debería ser confrontada con las normas éticas y jurídicas que regulan cierta actividad, como la médica. Algo así como lo que en el sistema

anglosajón se conoce como el *Scope of liability*, o en Alemania, como la *Haftungsumfang* en materia de responsabilidad por productos defectuosos o por daños derivados de actividades como la de producción de energía atómica. En palabras de la Corte:

[...] la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de ‘causa jurídica’ o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural.

La ‘causa jurídica’ o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche. (2016)

Por último, afirmó la Corte que el error o la culpa cometidos por un órgano de una persona jurídica —por ejemplo, un grupo de médicos de una clínica, que se organiza como persona jurídica— no necesariamente deben implicar la culpa de la entidad como tal. Para que se tipifique la responsabilidad de la persona jurídica, debería, entonces, evidenciarse la negligencia organizacional de la persona jurídica que ha redundado en la causación de los perjuicios.

Respecto al fallo mencionado, cabe anotar varias y diversas críticas. La sentencia en cuestión es ciertamente antitécnica, pues luego de mencionar una gran cantidad de temas dogmáticos, lo cierto es que nunca relaciona su parte considerativa con su parte resolutive, lo cual crea grandes inconvenientes e interrogantes: ¿Qué pretendía la Corte con esa sentencia? Las respuestas pueden ser muy variadas, pero todas, de alguna manera, nos llaman a la perplejidad.

Es cierto que, como lo han promovido distintos grupos de investigación académica en Colombia, debería, poco a poco, implementarse la tutela patrimonial de los derechos fundamentales (Grupo de Investigación para la Articulación del Derecho Civil [Giadesc], 2017, pp. 204-207). Sentencias de la jurisdicción alemana, tanto ordinaria (en su especialidad civil) como constitucional, han sido pioneras y han dado pasos importantes en ese sentido haciendo una correcta aplicación de lo que es la constitucionalización del Derecho Privado (Castro, 2012).

Para citar los ejemplos más conocidos de la jurisprudencia alemana, se tiene, en primer lugar, la paradigmática sentencia Lüth (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1958); también, los casos de la publicación de cartas (Tribunal Supremo

Federal Alemán, Sala Civil, 1954), la sentencia del jinete (Tribunal Supremo Federal Alemán, Sala Civil, 1958) o, incluso, la sentencia Mephisto (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1971), pronunciamientos judiciales que provienen, unos, del Tribunal Constitucional Federal y otros, de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, y que tienen gran relevancia y son reconocidos en el ámbito jurídico colombiano gracias al permanente análisis académico de esos pronunciamientos de la jurisprudencia comparada.

Es, ciertamente, un desatino que luego de 26 años de que en Colombia se haya expedido una nueva constitución (en 1991) que consagra unos vigorosos derechos fundamentales y una acción de tutela para hacerlos exigibles, no se haya producido un amparo patrimonial desde la jurisdicción civil a esos derechos que, como se reitera en el fallo mencionado, constituyen el vértice más alto de nuestro ordenamiento. Sin embargo, las apreciaciones considerativas que refieren la necesidad de hacerlo y luego no vinculan esas afirmaciones de manera alguna con la parte resolutive del mismo fallo, antes que promover esos desarrollos, los desgastan y provocan algún grado de resistencia en la academia y en los abogados litigantes.

En últimas, la sentencia analizada, además de desordenada, parece que pretende reordenar la comprensión de la responsabilidad en Colombia, pero con bastante poca agudeza y poco tino. La solidaridad de las personas jurídicas cuyos dependientes generan daño parece desprenderse —incluso, claramente— del artículo 2344 del Código Civil, pero, además, por una razón de justicia social, parece inadecuado que se predique su ausencia de responsabilidad cuando, en realidad, los médicos mismos no disponen, generalmente, de una fortaleza patrimonial suficiente, que permita la indemnización de los daños.

Así las cosas, tras la expedición de la mal llamada sentencia del *Big Bang* por parte del despacho del magistrado Ariel Salazar Ramírez en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena hacer una lectura crítica de la misma decisión y contrastarla no solo con la rigurosa e inveterada jurisprudencia clásica de nuestra Corte, sino, también, con todas las sentencias relevantes del derecho comparado y, por supuesto, las que en Alemania han hablado de la patrimonialización de los derechos fundamentales. El contraste es deprimente. Al respecto, si bien la idea es ser supremamente abiertos a la concepción (comparada o constructiva en el plano dogmático) que haya hecho el fallo, por otro lado es necesario concluir que el pronunciamiento no permite una discusión dogmática

sería, pues no pone mientes sobre los requisitos que parecen indiscutibles a la hora de ordenar indemnizaciones sobre derechos fundamentales, no solo para hacer más perfectible la dogmática al respecto, sino para promover por vía del nuevo artículo 333 del Código General del Proceso, la novedosa propuesta de que los jueces civiles protejan patrimonialmente los derechos fundamentales. La evolución dogmática de la jurisprudencia debería destacarse por su precisión en términos dogmáticos y su sistematicidad aplicativa, pero, lamentablemente, el fallo es un pronunciamiento que abre una serie de preguntas que llevan en todas sus respuestas a un retroceso de la evolución jurisprudencial nacional.

Conclusiones

Una primera conclusión, propuesta de manera prospectiva, es que, como la responsabilidad es la que jalona los cambios jurisprudenciales de relevancia social más importantes, la forma actual (y futura) de concebir la responsabilidad o el derecho de daños debería variar en la revolución tecnológica 4.0, donde se produce la digitalización de las sociedades y donde, claramente, se van a perder muchos empleos de seres humanos, que estamos siendo reemplazados por robots y máquinas inteligentes; pero, además, las máquinas, al desplegar sus fuerzas, generarán, sea como sea, perjuicios. Ya en California se ha producido el primer muerto víctima de un vehículo de conducción autónoma. En esa medida, la dignidad de la persona va a cobrar un mayor y más amplio significado, pero también tendrá que redefinirse no solo en cuanto a los derechos fundamentales indemnizables a través de la jurisprudencia en todo el mundo, sino que, adicionalmente, habrán de redefinirse sus contenidos.

Una segunda conclusión sería que, a través de la vía interpretativa que tiene la jurisprudencia, la responsabilidad y sus distintos elementos han ido evolucionando a lo largo del tiempo conforme al avance de la técnica y la tecnología, hasta llegar a escenarios que puedan significar la patrimonialización de los derechos fundamentales, a través, por ejemplo, de la posibilidad que abre el artículo 333 del Código General del Proceso. Sin embargo, para ello requerimos una jurisprudencia mucho más juiciosa y rigurosa y menos díscola y desfachatada.

Referencias

- Castro, J. G. (2012). La consolidación discursiva en el derecho. La constitucionalización como fenómeno histórico. Un intento metodológico de renovación de la argumentación jurisdiccional civil. *Revista de Derecho Privado* (48), 2-31.
- Castro, J. G. & Calonje, N. (2015). *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014). *Documento final aprobado mediante Acta del 28 de Agosto de 2014: Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/contenido/politica/ARCHIVO/ARCHIVO-14485135-0.pdf>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1968). *Sentencia del 7 de mayo de 1968*. M. P. Guillermo Ospina Fernández.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1976). *Sentencia del 9 de febrero de 1976*. M. P. Germán Giraldo Zuluaga.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1989). *Sentencia del 26 de mayo de 1989*. M. P. Eduardo García Sarmiento.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1938). *Sentencia del 14 de marzo de 1938*. M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.
- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. (1995a). *Sentencia del 8 de marzo de 1995*. Exp. 4473. M. P. Pedro Lafont Pianetta.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1995b). *Sentencia del 22 de febrero de 1995*. Exp. 4345. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. (2002). *Sentencia del 30 de septiembre de 2002*. Exp. 7069. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2005). *Sentencia del 23 de junio de 2005*. Exp. 058-95. M. P. Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2009). *Sentencia del 24 de agosto de 2009*. Exp. 038-2001. M.P. William Namén Vargas
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2015). *Sentencia del 7 de octubre de 2015*. Exp. SC13630-2015. M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016). *Sentencia del 30 de septiembre de 2016*. Exp. SC13925-2016. M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Decreto 410 de 1971 (marzo 27), por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá: Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971

- Diez, J. L. (2016). La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días. *Revista de Derecho Privado* (30), 257-286.
- Emiliani, R. (1980). *Conferencias de obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Grupo de Investigación para la Articulación del Derecho Civil y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Giadesc). (2017). Hacia la optimización de la jurisdicción constitucional: la acción de tutela y la constitucionalización del Derecho Privado. En Guillermo Castro y David Rodríguez, *Hacia un nuevo derecho privado: Una propuesta en clave constitucional, histórica y comparada* (pp. 173-207). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Harari, Y. N. (2014). *Sapiens: de animales a dioses*. Barcelona: Debate.
- Hinestrosa, F. (2013). Autonomía privada y tipicidad contractual. *Revista de Derecho Privado* (24), 3-13.
- Ibler, M., Torres, M. & Güechá, C. (editores). (2017). *Las tensiones entre seguridad y libertad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Josserand, L. (2009). *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá: Temis.
- León, W. (2010). *Derecho de obligaciones*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Ley 84 de 1873, por la cual se expide el Código Civil Colombiano*. Bogotá: Congreso de la República, Diario Oficial 2.867 del 31 de mayo de 1873.
- Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá: Congreso de la República, Diario Oficial 44.097 de 24 de julio del 2000.
- Monateri, P. G. (2006). Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En Geoffrey Samuel y Pier Giuseppe Monateri, *La invención del derecho privado* (pp. 95-216). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ospina, G. (2008). *Régimen General de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Padilla, J., Rueda, N. & Zafra Sierra, M. (2014). Labor creadora de la jurisprudencia de la “Corte de Oro”: Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas. *Revista de Derecho Privado* (26), 105-156.
- Pérez, Á. (1968). *Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Romero, H. (2000). *Responsabilidad civil general y del notario*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Tamayo, J. (2017). El caso del ‘big bang’ sobre la culpa y el nexo causal en la responsabilidad civil. *Ámbito jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/hacia-una-nueva-responsabilidad-civil>
- Torres, J. (2010). *La crisis de las hipotecas basura ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada?* Madrid: Sequitur.

•El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos...•

Tribunal Constitucional Federal Alemán. (1958). *Sentencia del 15 de enero de 1958. BVerfGE 7, 198. Caso “Lüth”.*

Tribunal Constitucional Federal Alemán. (1971). *Sentencia del 24 de febrero de 1971. BVerfGE 30, 173. Caso “Mephisto”.*

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. (1986). *Sentencia del 30 de mayo de 1986.*

Tribunal Supremo Federal Alemán, Sala Civil. (1954). *Sentencia del 25 de mayo de 1954. BGHZ 13, 334, Caso “Publicación de cartas – Protección de la personalidad”.*

Tribunal Supremo Federal Alemán, Sala Civil. (1958). *Sentencia del 14 de febrero de 1958. BGHZ 26, 349. Caso “El Jinete”.*

Valencia Zea, A. (1990). *Derecho Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis.