



Vigilada Mineducación

LA SOCIALIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

The socialization of damages and its enforcement in Colombia

JUAN JOSÉ GUZMÁN CARDONA

TESIS DE MAESTRÍA EN DERECHO

Asesor

Alejandro Velásquez Cadavid

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

Maestría en Derecho

A mi abuela Dioselina y a mi padre Juan José por el apoyo constante

“Porque el derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”

ÍNDICE

Resumen _____ 6

Introducción _____ 8

Capítulo 1: Descripción de la teoría de la socialización de los perjuicios _____ 11

- 1.1. *Denominación “socialización de los perjuicios”.*
- 1.2. *Contextualización: cambio de paradigma de la responsabilidad civil hacia la indemnización como eje central.*
- 1.3. *Fundamento constitucional: Principio de solidaridad.*
- 1.4. *Definición y características.*
- 1.5. *Formas de implementación de la socialización de los perjuicios.*
- 1.6. *Características de los fondos en la socialización de los perjuicios y su implementación en Colombia.*

Capítulo 2: Críticas y riesgos de su implementación _____ 42

- 2.1. *Los fondos de reparación reemplazan al victimario asumiendo definitivamente la indemnización.*
- 2.2. *Financiamiento de la socialización de perjuicios*
- 2.3. *Desconoce la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad.*
- 2.4. *Evita el cumplimiento de la función preventiva y punitiva de la responsabilidad civil*

Capítulo 3: Fondo de reparación a víctimas del Conflicto Armado _____ 74

3.1 Financiamiento

3.2. Caracterización como víctimas del conflicto armado

3.3. Reparación integral

3.4. Medidas de reparación

3.5. Relación entre la teoría de la socialización de los perjuicios y el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado en Colombia

Conclusiones _____ 89

Referencias _____ 93

Resumen

Tradicionalmente en Colombia el derecho a la indemnización de perjuicios ha respondido a una declaración de responsabilidad civil, en un sistema diádico: víctima y responsable causante del daño. Sin embargo, en el derecho comparado recientemente se ha venido implementando la teoría jurídica de la socialización de los perjuicios o indemnización, la cual, desliga el derecho a una reparación de perjuicios de la declaración de responsabilidad con el fin que sea el Estado o incluso fondos con financiamiento mixto o privado, en el desarrollo de una solidaridad nacional, el llamado a indemnizar a la víctima en casos especiales donde su derecho a la indemnización no se puede materializar aplicando las normas vigentes de responsabilidad civil.

En este sentido, el presente trabajo investigativo describe la teoría de la socialización de los perjuicios, seguidamente analiza las críticas que ha recibido o que pudiera recibir en contraste con posiciones doctrinales y corrientes filosóficas de la responsabilidad civil, y por último, describe su implementación en el ordenamiento jurídico colombiano.

Abstract

Traditionally in Colombia, the right compensation has responded to a declaration of responsibility in a dyadic system: victim and responsible for causing the damage. However, in comparative law recently, the legal theory of the socialization of damages or compensation has been implemented, which separates the compensation from the declaration of responsibility, with the objective to be the State, in the development of national solidarity, the called to compensate the victim in special cases where their right to compensation cannot be realized.

In this sense, the present investigative work describes the theory of the socialization of damages and its implementation in the Colombian legal system.

Palabras claves / Keywords

Socialización de perjuicios, socialización de riesgos, socialización de la indemnización, responsabilidad civil, derecho de daños, función compensatoria, función preventiva, justicia correctiva, análisis económico del derecho, fondos de reparación, fondo de víctimas del conflicto armado.

INTRODUCCIÓN

El derecho, como la sociedad misma que pretende regular, es esencialmente cambiante. Ninguna norma, institución o concepto jurídico puede estar inmune a su transformación. Dentro de ello, el derecho de responsabilidad y en especial la responsabilidad civil no pueden entenderse como fines terminados (Rojas, 2014), más aún cuando la vida actual y las relaciones entre las personas dista mucho del estilo vida del siglo XX o XIX de nuestro Código Civil colombiano o incluso la vida humana enfrenta nuevos retos en su relación con la naturaleza en el contexto del cambio climático.

En el presente trabajo de investigación jurídica se replantea la concepción tradicional de la responsabilidad civil, la cual configura una estructura diádica entre la víctima y el victimario que realiza el hecho generador imputable causante del perjuicio. Se critica además la visión aún vigente de la responsabilidad enfocada en el victimario y en la cual el derecho a la indemnización a la víctima depende exclusivamente de poder hacerlo exigible a su perjudicante.

Se desarrolla entonces la teoría de la socialización de los perjuicios, implementada en ordenamientos jurídicos europeos, especialmente el Francés, y cuyo objetivo principal es garantizar la materialización del derecho a la indemnización de la víctima con la introducción de un tercero, fondo de reparación. Se pasa así a una visión de la responsabilidad civil que prioriza al perjudicado y su derecho a la indemnización. Concepción esta que ya viene germinando en los últimos años con la aplicación de la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva.

A su vez, si bien se deja claro que la socialización de perjuicios tiene el potencial de aplicarse en responsabilidad de tipo laboral, administrativo, penal (lo correspondiente a reparación de daños civiles), por fines prácticos se propenderá por evaluar su aplicación en la responsabilidad civil y para aquellos daños sin responsable, como por ejemplo los de origen en hechos de la naturaleza.

Dicha socialización de la indemnización hace frente a diversas situaciones problemáticas, como que el responsable no pueda indemnizar y reparar el perjuicio ocasionado por ser insolvente, o la causa del perjuicio no puede ser adjudicable a un responsable pues no se conoce su identidad, o es una causa extraña diferente al hecho de un tercero o de la víctima, o el daño es consecuencia de un hecho generador imputable a un sujeto determinado, pero que no posee patrimonio suficiente (activos) con el cual reparar los daños. En estas situaciones la víctima está obligada a soportar el perjuicio, siendo ineficaz la materialización de su derecho a la indemnización integral al no tener un responsable o estar este insolvente.

En este sentido, la discusión sobre la aplicación de la teoría de la socialización de perjuicios es relevante: en ella la estructura de los sujetos partícipes en la relación jurídica de responsabilidad no es vista como una dualidad estricta, como sucede con las normas vigentes de la responsabilidad civil, sino que se debe analizar el contexto social en el que ocurrió el daño, aplicando, entre otros principios generales del derecho, el principio de solidaridad.

Cambiar el enfoque del victimario a la víctima en la responsabilidad civil no está inmune al debate: se han presentado críticas en la doctrina frente a la incidencia de tener la indemnización como principal objetivo de la responsabilidad civil, argumentando que la teoría de la socialización de perjuicios desconoce los efectos preventivos y sancionatorios que la responsabilidad civil debe producir.

Atendiendo a ello, en la segunda parte de la investigación se analizan las críticas que consideramos se pueden presentar a la implementación de la socialización de perjuicios, a partir de nuestras lecturas a la posición que tienen o pudieran tener doctrinantes frente al tema y del resultado de aplicar lo señalado por corrientes jurídicas, entre las cuales está el análisis económico del derecho,

sobre el fundamento y las funciones que corresponden a la responsabilidad civil (también llamado “derecho de daños”).

Por último, con el objetivo de conocer la implementación de la teoría de la socialización de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado que existe en Colombia: su funcionamiento y financiamiento por el fondo de víctimas. Este sistema de reparación es la muestra más cercana que existe en Colombia de la implementación de la socialización de perjuicios, razón por la cual, se describen las características claves del sistema de reparación a víctimas del conflicto armado para relacionarlas con las particularidades de la teoría de la socialización de perjuicios, demostrando así, las semejanzas y diferencias que se presentan entre ambos.

CAPÍTULO 1

DESCRIPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS

En este primer capítulo se describen las características principales de la teoría de la socialización de perjuicios, iniciando por la justificación de su denominación, el contexto social e ideológico que motivan su implementación, pasando a argumentar su fundamento ético y constitucional con la solidaridad, para culminar explicando lo concerniente a su funcionamiento y aplicación.

I. Denominación “socialización de los perjuicios”

La teoría de la socialización de los perjuicios ha recibido diferentes denominaciones por la doctrina y la jurisprudencia comparada, sin embargo, podríamos afirmar que describen con semejanza el mismo fenómeno jurídico donde en principio se separa el derecho de la víctima a una indemnización de sus perjuicios de la declaración de responsabilidad del realizador del hecho generador imputable causante del daño y de la dependencia de la capacidad patrimonial para indemnizar de este.

Es así como podemos encontrar doctrinantes y jueces que se refieren a esta teoría como “socialización del riesgo”, “socialización de la indemnización” y como, en el presente escrito a elección del autor, preferimos denominarla: “Socialización de los perjuicios”.

La justificación para denominarla “socialización de los perjuicios” no responde a un simple capricho del autor, por el contrario, responde al análisis de los elementos que conforman un juicio de responsabilidad civil y del momento en que operaría la socialización, que como se desarrollará

más adelante esta implica la aplicación del concepto jurídico de la “subrogación”, que en el ordenamiento jurídico colombiano se emplea por ejemplo en los seguros de daños. Veamos:

La teoría de responsabilidad tradicional, tal como lo veremos a mayor profundidad con posterioridad, nos dice que para poder determinar si una persona debe o no asumir la indemnización a la víctima, se deben comprobar los siguientes elementos de la responsabilidad civil: Conducta o hecho generador imputable, nexo causal, elemento subjetivo (no presente en responsabilidad objetiva) y perjuicio o daño (Tamayo, 2007). Es este último elemento el que permite al juez en aplicación del principio de la indemnización integral precisar el monto de la indemnización; en otras palabras, el perjuicio es el elemento de la responsabilidad por el cual la víctima pretende una indemnización y es a su vez el criterio para determinar la cuantía de ésta.

Tal importancia tiene el concepto de “perjuicio” en los juicios de responsabilidad que el fundamento de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado es el daño antijurídico como lo consagra el artículo 90 de la Constitución Política¹.

Ahora bien, el nombre de socialización de los perjuicios responde además al momento en que operaría la socialización, que como se explicará más adelante este es en el instante en que la víctima sufre el perjuicio y un tercero no responsable del perjuicio paga la indemnización a la víctima. Lo cual sucede antes de iniciado el juicio de responsabilidad y el juez haya determinado para el caso el monto de la indemnización de acuerdo con el principio de indemnización integral.

¹ En sentencia C-333 de 1996 la Corte Constitucional conceptualiza sobre el daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad del Estado: *“El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. (...)”*

Sin embargo, es importante hacer la claridad, como se desarrollará más adelante, que la propuesta de este trabajo de investigación incluye modificar el concepto de subrogación para no limitarlo a solo legitimar exigir al tercero exclusivamente lo pagado a la víctima, como es el efecto actual que tiene en el ordenamiento jurídico; por el contrario, se propone en este trabajo que la subrogación en materia de socialización de perjuicios comprenda la transferencia completa del derecho de la víctima a recibir indemnización luego del pago a ella por el fondo de reparación, legitimándose así este para exigir del responsable el pago la indemnización integral (sin limitarse al monto pagado a la víctima).

Como se abordará posteriormente, la implementación de la socialización de los perjuicios opera en su mayoría por medio de fondos de reparación, estos asumen el perjuicio de la víctima en virtud de una obligación legal o contractual, y de esta forma se subrogan en el derecho de la víctima a exigir al victimario la indemnización. Así, para los casos en los que existe un responsable del daño, el fondo tiene legitimidad para iniciar el proceso judicial de responsabilidad civil exigiendo a este victimario la indemnización a la que tendría derecho la víctima y que puede ser mayor al monto previo pagado por el fondo de reparación a ella.

Además de lo anterior, que la teoría se denomine socialización de los perjuicios y no socialización de la indemnización permitiría que el monto de esta, la indemnización, quedara aún por determinar pues el objeto de la socialización son los perjuicios o también llamados daños, es decir, por medio de la subrogación se trasladaría al fondo el derecho a la indemnización integral de la víctima y no solo el monto pagado por este a aquella.

También, que sea llamada socialización de perjuicios facilita que el pago asumido por el fondo a la víctima no se entendiera como la indemnización que pone fin a la discusión de la

responsabilidad, sino tan solo la condición para que opere el instrumento jurídico de la subrogación.

De esta manera, como se dijo, el tercero que paga a la víctima por su perjuicio no se subroga por ello hasta el monto de lo pagado, sino que por ese hecho de haber pagado se subroga en el derecho a exigir la indemnización integral que puede ser mayor al monto pagado por el fondo a la víctima.

En otras palabras, que la socialización sea del perjuicio y no de la indemnización permite que el fondo en vez de solo poder exigir el monto pagado a la víctima, como opera la subrogación en materia de seguro de daños², pueda exigir el monto de la indemnización integral que determine el juez, o que incluso concilie con el victimario teniendo en cuenta factores como el monto pagado, el valor objetivo de los daños, o incluso intereses monetarios.

Sin embargo, como no hay unificación en su denominación, a lo largo de este escrito cualquiera de las denominaciones señaladas describirá la misma figura jurídica cuyo desarrollo esencial proviene del derecho nacional europeo.

II. Contextualización: cambio de paradigma de la responsabilidad civil hacia la indemnización como eje central

La corriente de la responsabilidad civil de socializar los perjuicios surge del moderno cambio en el paradigma clásico de la responsabilidad que enfoca como eje central de la discusión de responsabilidad al victimario, su actuar culposo y la indemnización como reproche o castigo.

² Código de Comercio, artículo 1096: “El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”.

A continuación, se describe ese paradigma o modelo clásico de la responsabilidad, el contexto social que ha motivado el replanteamiento de esta visión y de la estructura diádica (víctima – victimario), y, por último, el nuevo paradigma cuyo eje central es la víctima y su derecho a la indemnización.

i. PARADIGMA CLÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ENFOCADO EN EL VICTIMARIO

En el contexto social de una economía rudimentaria, esencialmente artesanal, las relaciones entre individuos eran de carácter personal o directas, simples a comparación de nuestra realidad actual, de allí que las normas de responsabilidad civil regularan una relación meramente dualista entre el victimario y la víctima.

A su vez, como el daño solo provenía de una persona y afectaba a otra y no a un conglomerado, la ley apuntó al sujeto del victimario y su conducta culposa con el fin de castigarlo con la indemnización a la víctima.

Este modelo también lo acogió Colombia y no ha cambiado desde sus inicios como república hasta ahora, así lo demuestra la definición de responsabilidad extracontractual que nuestro código civil en su artículo 2341 consigna: “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”.

Paradigma este que la Corte Suprema de Justicia comparte y ha descrito de la siguiente forma:

En relación al mencionado precepto, cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente

un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido.(Corte Suprema de Justicia, 2011)

De la anterior interpretación judicial es posible extraer puntos claves del modelo tradicional de la responsabilidad:

- a) El victimario y su conducta culposa o dolosa es el punto de partida de la discusión de responsabilidad civil, así pues, no hay derecho a indemnizar sin la identificación plena del victimario o si no se demuestra que el hecho generador del daño es imputable a este por su actuar culposo. Ahora bien, como bien lo señala la Corte, este criterio de atribución de responsabilidad limitado a la culpa del agente se ha ampliado para incluir excepcionalmente factores de atribución objetivos, cuyo fundamento normativo ha sido desarrollado por la jurisprudencia pues de la lectura del artículo 2341 del Código Civil no se desprende ningún criterio de atribución diferente al subjetivo por culpa o dolo, lo que demuestra esa evolución de la concepción de responsabilidad civil que más adelante se describirá que pretende hacer más accesible obtener la indemnización para la víctima.
- b) Las normas de responsabilidad civil imponen a la víctima la carga de probar los elementos de la responsabilidad civil: el hecho generador o la conducta culposa o dolosa, la causalidad del hecho con el daño, el daño y los perjuicios, y la imputación de la responsabilidad a un sujeto determinado. Esta carga probatoria se puede mirar desde la perspectiva en la cual,

probado el perjuicio, si la víctima no logra demostrar los demás elementos, o demostrados, el sujeto responsable es insolvente, tendrá que asumir los perjuicios sufridos por ella (en el primer caso, no habrá condena; en el segundo, habrá condena pero que será eficazmente ejecutada).

- c) En este sentido, en todos los demás supuestos diferentes de aquellos en los que la víctima demuestre que el hecho generador causante de su perjuicio es imputable por culpa o dolo a quien demanda y este cuente con patrimonio para reparar, tendrá ella, la víctima, que soportar su perjuicio que nunca será indemnizado sin importar cuan grave haya sido la afectación a su patrimonio, a su vida en relación, o incluso a su salud, pues o no tiene a quién exigirle esa indemnización o teniéndolo este no puede pagarla.
- d) En consecuencia, en la concepción clásica de la responsabilidad civil la indemnización pareciera tener una connotación más de pena o sanción para el victimario que de reparación para la víctima. El perjuicio es entonces en este paradigma tradicional solo el parámetro para calcular el monto ordenado a pagar al victimario luego de demostrado su responsabilidad.

Desde la academia, Flórez y Valencia retratan esta visión clásica en la responsabilidad así:

Desde una concepción clásica de responsabilidad, el elemento central de la institución, sobre el cual se estructuraba su esquema, era la conducta dañosa del responsable, con fundamento en un planteamiento de imputación puramente subjetivo, basado en la culpa. En consecuencia, de presentarse un caso en el que la conducta del agente no comportara una culpa, era la víctima quien debía asumir las consecuencias del daño, toda vez que el elemento determinante estaba dado por la connotación del acto (2016)

De acuerdo con lo anterior, en este paradigma tradicional la gravedad del perjuicio ocasionado o la situación de vulnerabilidad en que queda la víctima con ocasión del perjuicio carece de importancia si el afectado no logra comprobar que el hecho generador causante de su perjuicio es imputable a un victimario con patrimonio para indemnizar.

ii. CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO QUE JUSTIFICA EL CAMBIO

El paradigma clásico centrado en el victimario se empezó a notar insuficiente a medida que se complejizaban las relaciones sociales y económicas. Desde finales del siglo XIX con la revolución industrial, las normas de responsabilidad que dependían la indemnización a la conducta culposa del victimario resultaban inapropiadas para los constantes y extensivos daños que se causaban en el proceso industrial.

En este sentido el jurista francés Louis Josserand retrata ese cambio en las relaciones sociales y cómo los riesgos de daños ya no comprenden una afectación individual, sino que además pueden comprender daños a conglomerados y actividades económicas:

El problema de la responsabilidad es mucho más vasto de lo que imaginaron los jurisconsultos de Roma o incluso los del Código Civil: la intensidad de la vida moderna, la multiplicidad de las relaciones humanas y de las transacciones jurídicas, la frecuencia de los riesgos, han revelado la insuficiencia de una concepción trazada para los pueblos individualistas, cuya vida social estaba relativamente poco desarrollada. (Josserand citado en Rojas, 2014, pág. 116)

De la anterior cita evidenciamos que en las sociedades rudimentarias los riesgos de perjuicios en su mayoría podrían ser prevenidos y conocidos (con alcance determinado) con antelación, puesto que las relaciones civiles, comerciales, laborales, eran individuales de persona a persona. Por

ejemplo, la agricultura artesanal y el comercio en plazas de mercado generaban riesgos mínimos y en todo caso circunscritos a relaciones personales. Por el contrario, la industrialización generó multiplicidad de riesgos, desde el proceso de producción con los trabajadores que padecían daños, hasta los consumidores por daños producidos por productos defectuosos.

A nivel latinoamericano el contexto social ha sido el mismo, relaciones más complejas y uso democratizado de tecnologías con potencial de causar daños a otros aun sin intención.

Ignacio Anzoátegui relata como la realidad social y económica de las últimas décadas propició este cambio de paradigma en el ordenamiento civil argentino de la siguiente manera:

El derecho de daños tiene planteada en la actualidad una enorme cantidad de problemas relacionados con el avance tecnológico, la protección del medio ambiente y del consumidor, por nombrar solo algunos. La aparición de estos nuevos fenómenos ha provocado en la disciplina un cambio de paradigma, que se ha consagrado en la sanción de la Ley 17.711 de 1968, momento a partir del cual el derecho de daños tuvo que reformularse para dar solución a la nueva realidad posterior a la revolución industrial. (Anzoátegui, 2013)

En este mismo sentido como lo detalla el autor en el caso de Argentina, implementar en Colombia teorías que faciliten la indemnización de esos perjuicios que se ocasionan en el devenir de nuestra vida actual en sociedad es una necesidad que no puede depender solo de la identificación del victimario, su comportamiento culposo y su patrimonio, por el contrario, se debe velar por la materialización de principios constitucionales como la solidaridad, la equidad y la justicia social protegiendo al perjudicado y en especial a los más vulnerables.

En Colombia, Flores y Valencia retratan este contexto social que originó la evolución de la responsabilidad civil, que en el caso de este país ha originado la inclusión legislativa y jurisprudencial de la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva.

Con la llegada de la Revolución Industrial y el Maquinismo, la proliferación de daños sufridos por parte de los trabajadores, sin que fuese posible identificar un responsable o una conducta culposa, obligó a la responsabilidad a replantear el criterio de imputación tenido hasta el momento. Así las cosas, para determinados casos, se planteó el criterio de imputación objetiva, el cual obliga al responsable a reparar el daño causado, aun en los eventos en los que no se haya configurado una culpa. El anterior avance, digno de ocupar manuales completos de Responsabilidad Civil, tiene una incidencia directa en la situación enunciada: El paso de una concepción filosófica enfocada en el responsable y su conducta a una enfocada en la víctima y su daño. (2016)

En resumen, de acuerdo con los autores, este cambio de paradigma en la responsabilidad civil tendiente al resarcimiento de los daños ocasionados a la víctima surge de una vida en sociedad que está impregnada de múltiples riesgos. Los cuales, se derivan de la interrelación de diversas actividades económicas y el empleo de tecnología cada vez más democratizada con el potencial de causar perjuicios a otros.

Dentro de esta moderna realidad de múltiples riesgos que propició el cambio a una concepción de la responsabilidad centralizada en la víctima y su derecho a la indemnización, surgen condiciones específicas e ideas que fundamentan los inicios de la teoría de la socialización de perjuicios.

Al respecto el maestro Luis Díez-Picazo menciona con precisión el contexto social y los ideales políticos y económicos que impregnaron el nacimiento de la socialización de los perjuicios a mitad de siglo XX:

Con la doctrina del riesgo, extensión de la indemnización mediante el sistema de presunción de culpa, adscripción de determinados riesgos al sistema de seguridad social se encontraban establecidas las bases de lo que hace unos veinte o treinta años se pudo denominar optimistamente como la general socialización de los daños. Los cimientos ideológicos de este modo de pensar hay que encontrarlos probablemente en una serie de tendencias políticas y sociales que estuvieron muy en boga en los años sesenta de este siglo y que propugnaban un llamado socialismo con rostro humano. Procedían estas ideas no sólo de los epígonos del viejo socialismo científico y laico, sino también de movimientos cristianos con preocupaciones sociales, que habían sido puestas de manifiesto en algunas encíclicas papales. La llamada socialización en general y la socialización de los daños en particular, se encontraban animadas por el espíritu de aquella época y aun después, que se ha podido llamar progresista. (Díez-Picazo, 1999)

En otras palabras, dentro de la nueva concepción de la responsabilidad que prioriza la reparación a la víctima, la socialización de los perjuicios puede ser una de las últimas concepciones de la responsabilidad civil que ha surgido, lo cual podría explicar un poco su escasa implementación en los ordenamientos jurídicos del mundo.

A su vez la socialización de los perjuicios responde a esas demandas sociales que surgieron de las crisis post guerras mundiales y depresiones económicas, que denotaron la desigualdad que genera el liberalismo económico sin limitaciones.

De esta forma queda claro el contexto social e ideológico caracterizado por relaciones económicas más complejas y comunitarias por el desarrollo industrial, en contraste con el siglo XIX de nuestro código civil de relaciones individuales producto de una economía artesanal; se explica la evolución de la responsabilidad civil y el derecho de daños para enfocarse en la víctima y en su derecho a la indemnización, dando como resultado la implementación de la teoría del riesgo, la responsabilidad objetiva y la socialización de los perjuicios.

iii. NUEVO PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ENFOCADO EN LA REPARACIÓN

En contraposición al paradigma tradicional, en los últimos años la víctima, definida como quien sufre un perjuicio que no está obligado a soportar, es el sujeto clave que el derecho de la responsabilidad civil busca proteger. Así han surgido teorías como la responsabilidad objetiva o la teoría del riesgo que prescinden del elemento subjetivo del dolo a la culpa, con el objetivo que sea más fácil declarar la responsabilidad y se materialice el derecho a la indemnización de la víctima.

Desde Francia el doctrinante Yvonnee Lambert-Falbre apunta que:

El eje de la responsabilidad civil ya no es el sujeto responsable, sino el objeto de la responsabilidad, o sea, la reparación del daño. En otras palabras, el sistema evoluciona desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio. (Lambert-Faivre, 1987)

Esto quiere decir que ya la indemnización no se ve como una deuda del victimario sino como un derecho de la víctima.

Ignacio Anzoátegui (2003) relata este cambio de paradigma en el ordenamiento civil argentino de la siguiente manera:

(...) un cambio de concepción en el sistema de reparación de daños, que pasó de considerar el elemento trascendental de la responsabilidad civil no ya la culpabilidad, sino el acaecimiento de un daño injusto, y al deber de repararlo.

Por ende, actualmente la reparación del daño causado constituye el norte y límite del sistema de responsabilidad civil, ya sea en especie o por medio de una indemnización sustitutiva que permita restablecer el *statu quo* ante el sujeto perjudicado.

Lo anterior demuestra que el cambio de paradigma de la responsabilidad civil es un fenómeno también presente en Latinoamérica donde se ha abordado la discusión de que la indemnización de los perjuicios de las víctimas no puede depender exclusivamente del victimario.

Eugenio Llamas Pombo doctrinante del derecho privado describe este proceso de transformación ideológica así:

El tremendo desplazamiento que se ha producido en el derecho de daños de las últimas décadas, que ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima. Puede afirmarse, plásticamente, que en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el “primer actor” ya no es (como él en el artículo 1902 del Código Civil³) el que causa daño a otro o los que incurrieran en mora o negligencia..., sino precisamente ese “otro” que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. el protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta,

³ En el código civil colombiano es asimilable al artículo 2341.

para señalar que todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado.

En suma, cabe hablar de un relativamente nuevo principio general de nuestro derecho, formulado como el *favor victimae* o principio *pro damnato*. (Pombo, 2007)

De lo dicho por este doctrinante cabe resaltar que esta visión de la responsabilidad centrada en la indemnización puede tener repercusiones en los elementos constitutivos de responsabilidad, en la estructura de los sujetos intervinientes en esta relación jurídica, e incluso en principios de derecho en favor de la víctima.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia reconoce la nueva tendencia de la responsabilidad, aunque solo ha discutido e implementado a cierto punto la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva:

En efecto, las codificaciones civiles clásicas, orientadas a regular dinámicas individuales, imputaban a quien con su actuar negligente causara un daño, la carga de resarcir sus consecuencias; pero con el correr de los tiempos, las nuevas tendencias sociales evidenciaron que ese entendimiento abandonaba a su suerte a las víctimas de ciertos eventos, que no podían asignarse subjetivamente a la conducta de un agente determinado.

Para atender esa problemática, surgieron múltiples propuestas de socialización de los riesgos, entre las que se destacó la ya mencionada de Saleilles y Josserand, que se reitera— no pretendía describir el derecho de daños francés, sino llamar la atención sobre las limitaciones del sistema basado en la culpa para responder a la nueva realidad que se instauró a partir de la revolución industrial. La teoría del riesgo, entonces, emergió como una propuesta de responsabilidad objetiva (por oposición a la subjetiva, por negligencia o por culpa), congruente con un modelo de justicia restaurativa, centrada en superar el

desequilibrio causado a la víctima como secuela del evento dañoso. (Corte Suprema de Justicia, 2020)

A diferencia de Colombia, en Europa este paradigma que prioriza el derecho de la víctima a su reparación se ha desarrollado en tal medida, que además de la aplicación de la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva, se ha instituido también la socialización de perjuicios o riesgos.

Como ejemplo de ello, el Tribunal Constitucional español en Sentencia No. 181/2000 explicaba como la actividad de circulación de vehículos automotor exige una transformación de la responsabilidad civil así:

Sin duda, uno de esos sectores en el que el progreso social ha requerido un giro decisivo en la forma de entender el Derecho común de la responsabilidad civil, hasta provocar una cierta crisis del concepto tradicional, ha sido el de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por la circulación de vehículos a motor. Un ámbito que en la actualidad se estructura fundamentalmente a partir de un principio de socialización del riesgo, lo que ha exigido, al menos parcialmente, una inevitable superación del modelo de responsabilidad subjetiva basado exclusivamente en la culpa (reproche culpabilístico), para incorporar otras fórmulas jurídicas, como la del aseguramiento obligatorio, la creación de fondos de garantía o la supervisión pública de ciertas actividades vinculadas con el sector, mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y solidaridad con los dañados que a la lógica inherente al principio clásico de “naeminem laedere”, inseparable de la noción de culpa o negligencia.(Evolución y nacionalización del riesgo. Compás legislativo, 2013)

En resumen, la socialización de riesgos es una forma en que se ve materializado el paradigma de la reparación cuyo eje central es la víctima y su derecho a la indemnización.

Sin embargo, esta evolución del derecho tiene sus particularidades y no ha sido acogido de la misma forma en los ordenamientos jurídicos del mundo, así: en Europa se aplica la socialización de perjuicios en sus legislaciones. En Argentina recién se implementa la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva con la expedición del nuevo código civil. Por su parte, en Colombia no hay ningún cambio legislativo que remplace o modifique el paradigma enfocado en el victimario, y es en la jurisprudencia donde se ha desarrollado el régimen de responsabilidad objetiva interpretando el artículo 2356 del Código Civil⁴, con cambios, si bien no en la aplicación y en los efectos de ser responsabilidad objetiva, si en la denominación del régimen denominándolo “por culpa presunta no desvirtuable”.

En su artículo denominado “La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil – PETL PARTE II” la profesora Felisa Baena presenta como ha sido el tratamiento que la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la responsabilidad objetiva con sustento en el artículo 2356 del Código Civil.

Responsabilidad que en cuanto a sus efectos siempre ha sido objetiva a pesar de la apariencia de responsabilidad subjetiva (con culpa presunta) que la jurisprudencia le dio

⁴ Código Civil Colombiano, Artículo 2356: RESPONSABILIDAD POR MALICIA O NEGLIGENCIA. 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 una 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.

durante décadas, luego con la sentencia del 24 de agosto de 2009, la Corte determinó la responsabilidad por actividades peligrosas como objetiva y basada en el riesgo, a pesar del claro fundamento culpabilista del artículo 2356 y, finalmente la Corte Suprema de Justicia regresó a la tradicional posición de la culpa presunta como factor de imputación para la responsabilidad por actividades peligrosas, tal como quedó explicado en la sentencia de agosto 26 de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz. (2011)

En resumen, el cambio a una idea de responsabilidad civil enfocada en la víctima ha carecido de consagraciones legales para que se aplique con mayor seguridad las normas que facilitan la indemnización de las víctimas.

Esta situación se evidencia con la implementación de la responsabilidad objetiva, como también lo argumenta la profesora Felisa Baena Aramburo:

Así, aunque en la práctica se presenta una coexistencia entre los factores subjetivos de atribución de responsabilidad –como el dolo y la culpa– y los criterios que sirven de base a las responsabilidades objetivas –como el riesgo, la equidad, la garantía, etc.–, estos últimos carecen de consagración legal expresa en la mayoría de ordenamientos jurídicos, incluido el colombiano –con contadas excepciones en casos especiales como la responsabilidad por productos defectuosos, por desechos y residuos peligrosos, por riesgos profesionales y accidentes laborales, y por daños al medio ambiente, etc.–, situación que impide que nuestros jueces apliquen con comodidad y transparencia la responsabilidad objetiva en los casos generales de daños causados en ejercicio de actividades peligrosas. (2010)

III. Fundamento constitucional: Principio de solidaridad

i. CONCEPTO DE SOLIDARIDAD

Históricamente es fácil evidenciar la importancia de la solidaridad entre los seres humanos como mecanismo necesario para la sobrevivencia propia y del grupo (familia, tribu, clan) al que pertenecían.

En este recorrido histórico de la humanidad afirmaríamos que el primer signo de civilización fue el descubrimiento del fuego, o las primeras herramientas que nuestros antepasados inventaron, sin embargo, la antropóloga feminista Margaret Mead, consideró que el primer signo de civilización de la humanidad fue un fémur fracturado y sanado, lo que implica que otro ser humano brindó el apoyo que este necesitaba, es decir, que fue solidario. (La Vanguardia, 2020).

No podemos pensar en una vida en sociedad sin la solidaridad como valor humano entre sus asociados. Es este principio entonces fundamento y límite de nuestras acciones en la interrelación con otras personas dentro de un conglomerado humano.

Sin embargo, sería atrevido pretender delimitar la noción de solidaridad cuando su significado ha sido cambiante dependiendo del momento de la historia, de la religión, corriente ideológica o disciplina académica. Veamos algunas de estas concepciones de solidaridad:

Por ejemplo, se ha dicho que el concepto como tal de solidaridad que se conoce en la actualidad sirve para explicarla como un valor. Significa el compartir y asumir las necesidades del otro como propias. (Páez, 2013)

También, la solidaridad puede ser vista como un proceso interno que se genera de forma voluntaria, como sentimiento altruista o simplemente el deseo de prestar ayuda generado de un accidente, tragedia o situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, la solidaridad se tilda de virtud que debe ser entendida como condición de la justicia, y como aquella medida que, a su vez, viene a compensar las insuficiencias de esa virtud fundamental. Por lo tanto, la solidaridad según este punto de vista se convierte en un complemento de la justicia. (Buxarrais, 1998)

Por último, Durkheim reconoció la importancia de la solidaridad en el derecho afirmando que la solidaridad, entendida como vinculación moral del individuo con el grupo aparece como fundamento límite determinante de lo jurídico, impide que el derecho se convierta pura y simplemente, en instrumento de dominación, esto es, en causa de desigualdad social, de situaciones de tiranía de grupo o clase. (Durkheim citado en De Lucas, 1993)

ii. SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

Aproximados al concepto de solidaridad desde varias perspectivas se procede a describir la solidaridad como fundamento constitucional aplicado a la teoría de la socialización de perjuicios.

En Colombia, la socialización de los perjuicios encuentra su fundamento en el principio fundamental de solidaridad que el constituyente de 1991 prescribió junto al trabajo y dignidad humana como pilar esencial para el desarrollo de nuestro país como un Estado social de derecho.

Nuestra Carta Magna no solo eleva el principio de solidaridad a rango constitucional, sino que lo reconoce como elemento esencial para el desarrollo de nuestro Estado, como se puede observar en el artículo primero:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y

pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y **la solidaridad de las personas que la integran**⁵ y en la prevalencia del interés general. (Const., 1991)

En este sentido, la Corte Constitucional como intérprete oficial define en su doctrina constitucional, sentencia T – 550 de 1994, el principio de solidaridad así:

La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros", tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual asume las conocidas formas activa y pasiva, y también en materia de responsabilidad.

Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Pero fundamentalmente se trata de un principio que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo. (Corte Constitucional, sentencia T – 550, 1994)

Así pues, puntualiza la Corte que según el artículo 1º de la Carta, la solidaridad entre los integrantes de la organización política que ella estructura constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho.

Del mismo modo, en la regulación de los actos relacionados con la autonomía privada se ha instituido la solidaridad de varias maneras. Por ejemplo, lo consagrado en el Código Civil Colombiano para el caso de las obligaciones alimentarias con el cónyuge, los descendientes,

⁵ La negrilla y el subrayado no está presente en el texto original

ascendientes, entre otros; en el Código Sustantivo del Trabajo para los empleadores con respecto a sus trabajadores, los dueños de las obras o beneficiarios del trabajo de los subcontratistas o para las sociedades de personas y sus miembros en relación con los contratos de trabajo; y en la celebración del contrato de matrimonio civil, al pactar la obligación de “auxiliarse mutuamente”. (Cañón, 2017)

Es necesario precisar que también se usa el concepto de “solidaridad” en el derecho privado, para definir un concepto jurídico no relacionado con la aplicación del principio constitucional de solidaridad, tal y como lo ha definido la Corte Constitucional en la sentencia referenciada.

Así, se usa la palabra “solidaridad” para referirse a la relación que tienen ciertas personas entre sí, cuando en virtud de un contrato se obligan como codeudores a cumplir el todo en una o varias obligaciones del negocio jurídico. Así pues, esta “solidaridad” entre contratantes permite al acreedor demandar a cualquiera o a ambos por el eventual incumplimiento. Ejemplo de estas situaciones de solidaridad por virtud de un contrato es la solidaridad en títulos valores cuando dos o más personas son igualmente responsables por la totalidad de la obligación dineraria.

Por ello, es importante resaltar que la solidaridad que es aplicada en la socialización de perjuicios es la solidaridad en su sentido ético y constitucional, aquella solidaridad de grupo que obliga a sus integrantes a prestar ayuda mutua para el bienestar del grupo y de los otros integrantes, sin perjuicio que puedan establecerse normas que impongan a los fondos de reparación por ley o contrato, la obligación de indemnizar solidariamente.

De esta forma, la teoría de socialización de perjuicios objeto del presente trabajo es una manifestación más de este principio fundamental de solidaridad, pues permite la reparación a las víctimas que padecen perjuicios de origen laboral, administrativo, civil, o incluso de hechos

naturales, etc., y que producto de ese acontecimiento se encuentran en una situación de vulnerabilidad que pone en riesgo la dignidad humana de esas personas.

Con la intervención de un tercero, fondo de reparación, sea de financiamiento privado, público o mixto, se materializa esa solidaridad y cooperación en el que la sociedad ayuda garantizando la indemnización a sus integrantes que han sido perjudicados y se encuentran en situación de vulnerabilidad que puede comprometer su vida, su salud, su vivienda digna o su mínimo vital.

IV. Definición y características

Luego de haber detallado el origen de su denominación como socialización de perjuicios, el contexto social que generó el nuevo paradigma de la responsabilidad enfocado en la reparación y del cual se deriva esta teoría, y el fundamento constitucional del principio de solidaridad que la legitima, procederemos a definir las características principales de la teoría de la socialización de perjuicios.

Entendemos la socialización de los perjuicios como aquella teoría jurídica cuyo objetivo central es la indemnización desligada del juicio de responsabilidad: aquella en la cual un tercero, fondo de reparación con financiamiento público, privado o mixto, asume a priori la indemnización subrogándose en los derechos de la víctima, en virtud del principio superior de la solidaridad. Es decir, en aplicación de esta teoría, la reparación de los perjuicios de las víctimas no se encuentra supeditada a la declaración judicial de quién es responsable, o de las cualidades personales de este, como su capacidad económica o jurídica.

En este sentido, el Consejero del Estado Francés Marcel Pochard en su texto *L'indemnisation des victimes sur le fondement du principe de la solidarité nationale*, traducido por Leonardo Augusto

Torres, Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, define la socialización de los perjuicios así:

Se puede considerar que hay una “socialización del riesgo” cuando sus consecuencias dañosas no están vinculadas con el concepto de responsabilidad, o cuando la financiación de la indemnización ya sea en forma a priori o en forma a posteriori, no está relacionada con las cotizaciones o primas individuales o cuando el Estado está llamado a indemnizar, aun sin existir responsabilidad en el daño. (Pochard, 2008, pág. 355)

De la anterior definición podemos extraer las características principales de esta teoría jurídica:

1. El llamado a indemnizar los perjuicios de la víctima no está relacionado con un juicio de responsabilidad. Es decir, cuando opera la socialización de perjuicios, y el fondo, aseguradora, patrimonio autónomo u otra forma implementada asume la indemnización anticipada a la víctima, no se discute la responsabilidad ni los elementos que la configuran, tan solo se comprueba la existencia del perjuicio y su causa con el fin de identificar que figura de socialización de socialización es la competente y el valor de la indemnización anticipada.
2. La indemnización no corresponde al contrato de una prima individual voluntaria como en los contratos de seguro de responsabilidad civil. Los seguros podrían ser una herramienta de socialización de perjuicios siempre que su prima y financiación sea de origen colectivo.
3. El Estado como sujeto responsable de materializar la solidaridad nacional, asume, en ciertos casos, la indemnización sin perjuicio de poder repetir luego contra el responsable. El Estado podrá constituir fondos de reparación con patrimonio únicamente de origen

público, como también podrá aportar a la financiación de fondos que cuentan también con financiación privada.

4. El grado de indemnización de los perjuicios dependerá del funcionamiento de los fondos de reparación. Así, podemos encontrar fondos que responden por una indemnización parcial, por ciertos tipos de perjuicios o hasta una indemnización integral. Sin embargo, sin importar el monto de indemnización asumido por el fondo de reparación, se materializa la socialización de los perjuicios ya que es un tercero ajeno a la relación víctima – victimario quien asume el daño o parte de este.

Lo anterior significa dejar a un lado la concepción de la indemnización ligada y dependiente al causante del daño, de modo tal que sea remplazada por una resignificación de la indemnización como derecho de la víctima que debe ser satisfecho sin subordinarlo al victimario, más aún en aquellas situaciones donde la víctima con ocasión del perjuicio generado se encuentra en una situación de vulnerabilidad y que puede poner en riesgo derechos fundamentales como la dignidad humana, la salud, mínimo vital, vivienda digna, entre otros.

V. Formas de implementación de la socialización de los perjuicios

Ahora bien, la materialización de la socialización de los perjuicios puede adoptar varias formas que son complementarias entre sí.

i. Seguros obligatorios extendidos (globalización del riesgo)

Una de ellas, que Pochard denomina globalización del riesgo, es la implementación extensiva de seguros obligatorios uniformes para diversas actividades económicas, incluso en aquellas con un riesgo bajo.

Así la obligación de indemnización está respaldada por las aseguradoras, de tal forma que la víctima en estos casos pueda tener la seguridad que recibirá la indemnización, ya sea por el responsable o su aseguradora.

Si bien el extender la obligación de asegurar diversas actividades económicas sirve para reducir las situaciones en la que el responsable sea insolvente y no pueda asumir la indemnización de la víctima, todavía es una implementación muy débil de la socialización de los perjuicios y pareciera ser insuficiente ya que la víctima tendría la carga de identificar a su victimario para exigir la reparación del seguro.

Esta forma de socialización a priori de los perjuicios la ha implementado el Estado de Francia junto con la constitución de fondos sociales de reparación. (Foussat, 1999)

La eficacia de la exigencia de seguros obligatorios también es un criterio que impacta en esta primera forma de implementar la socialización de perjuicios. En Colombia se han establecido pocos seguros obligatorios, uno de ellos es el SOAT que tiene más del 50% de incumplimiento entre los obligados a pagarlo, a pesar de los beneficios que este conlleva y las sanciones que aplican por el incumplimiento del deber de contratar ese seguro. (La República, 2022)

ii. Extensión de seguros obligatorios con sobreprima para Constitución de Fondos

El siguiente modo de implementación de la socialización de los perjuicios también parte de la extensión obligatoria de seguros con la particularidad que el tomador del seguro paga la prima correspondiente al riesgo particular que debe asegurar, y además una sobreprima destinada a financiar fondos que aseguran un riesgo social, como pueden ser catástrofes naturales o actos terroristas.

Como ejemplo de esta forma de implementación en Colombia tenemos al Seguro Obligatorio de Daños Corporales Causados a las Personas en Accidentes de Tránsito, (SOAT) prescrito y regulado principalmente por la Ley 769 de 2002 y el Decreto 74 de 2010.

El SOAT es un seguro cuya prima debe ser asumida por todo propietario de un vehículo en Colombia y en el cual el precio que paga el tomador del seguro, se distribuye de la siguiente forma: el 27% para las aseguradoras con el fin de atender la siniestralidad, los gastos de operación y generar una utilidad en la explotación del ramo, el 50 % dirigido a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRESS), el 20% como transferencia al Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (FONSAT), y el 3% como aporte para el Fondo de Prevención Vial Nacional. (Superfinanciera, 2006)

Así, es claro que el tomador del SOAT paga adicionalmente una sobreprima correspondiente al 73% del precio total que es dirigido a financiar fondos sociales que asumen perjuicios diferentes a los asegurados. Por ejemplo, el FONSAT indemniza a las víctimas de accidentes de tránsito donde el responsable no ha sido identificado como en los casos de “carros fantasmas” que atropellan a peatones y ciclistas. El monto dirigido al ADRESS permite financiar la seguridad social en salud, y el fondo de prevención vial nacional es el encargado de desarrollar estrategias que permitan disminuir la accidentalidad.

iii. Fondos de reparación con financiamiento mixto

La tercera forma de materializar la socialización de los perjuicios es con la constitución de fondos de indemnización con un financiamiento mixto, es decir, con aportes tanto del Estado como de particulares obligados a ello por razón de su oficio o condición.

Dentro de este grupo podemos observar al fondo de reparación en Francia denominado “Fondo de Indemnización de Víctimas de Amianto (FIVA)”, el cual se financia por una contribución del Estado y por la rama de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales del régimen general de la seguridad social.

El objetivo de este fondo es indemnizar los perjuicios de las personas que hayan sufrido una enfermedad profesional ocasionada por el amianto, pero también cobija a cualquier persona que haya sufrido un perjuicio debido a la exposición al amianto en territorio nacional. (Pochard, 2008)

iv. Fondos de reparación con financiamiento público

Por último, encontramos la implementación de fondos de reparación financiados por la solidaridad nacional pura, es decir, que su financiación es 100% a cargo del Estado como ente encargado de administrar el recaudo nacional y su distribución de acuerdo con las necesidades sociales.

En este grupo es posible identificar al Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (FNGRD) que fue creado por el Decreto 1547 de 1984, y señala en su artículo 8 las formas de financiación:

- Las sumas que se asignen en el presupuesto Nacional.
- Las partidas especiales que le asigne el Gobierno Nacional.
- Los provenientes de la contratación de empréstitos.
- Los provenientes de la colocación de títulos de deuda pública interna denominados Bonos -Fondo Nacional de Calamidades que se emitirán anualmente según lo determine el Gobierno Nacional Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- El rendimiento de sus inversiones.
- Los que obtenga mediante cupos especiales de crédito en el Banco de la República.

- Las donaciones de procedencia nacional o internacional.

Así pues, el FNGRD funciona a través de la constitución de un fideicomiso, que la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. administra de acuerdo con las normas que regulan el fondo.

Los recursos del FNGRD tienen una destinación por ley de hasta 40% de los recursos disponibles del Fondo para la atención de emergencias y requerimientos inmediatos de la población, y hasta 30% de los rendimientos percibidos por el Fondo en la atención de los costos de prevención y recuperación. (Decreto 1547 de 1984)

VI. Características de los fondos en la socialización de los perjuicios y su implementación en Colombia

La naturaleza de los fondos de reparación puede asumir diferentes formas, persona jurídica de derecho privado, establecimiento público administrativo, una subcuenta dentro del presupuesto estatal, fideicomiso, entre otros.

A su vez, estos responden a diversos tipos de perjuicios: naturales, sociales, por actividad económica y profesional, cuando el responsable es insolvente, o por perjuicios producto de negligencia o vacíos de la administración estatal.

Sin embargo, la característica principal común a todos los fondos es que no ejercen como jueces que determinan responsabilidad, como señala el Magistrado Pochard:

Es la de separar la responsabilidad de la reparación, pudiendo otorgarse la indemnización aun cuando no sea posible establecer responsabilidad alguna o cuando a priori sea difícil su determinación; una vez se repara a la víctima, el fondo, sin embargo, se subroga en los

derechos de la víctima y dispone de una acción de regreso contra el o los responsables.

(Pochard, 2008)

Así pues, la función de los fondos es garantizar el derecho a la indemnización integral de las víctimas de la misma forma que la debería asumir el responsable que causa el perjuicio. Sin embargo es importante precisar que como se dijo antes, la determinación del monto que debe entenderse por indemnización integral no la hace el fondo, sino el juez luego de la declaración de responsabilidad. Por esta razón el valor pagado por el fondo a la víctima puede ser menor a la indemnización integral posteriormente reconocida cuando el fondo la exige al victimario.

Se mantiene entonces la relación jurídica sustancial entre la víctima y el responsable, con la variante que el fondo asume la indemnización de los perjuicios de la víctima operando la subrogación para luego accionar contra el responsable, si lo hubiere, y exigir la indemnización integral.

En este sentido la víctima puede hacer exigible su derecho a la indemnización contra el responsable directamente por medio de un proceso de responsabilidad, o al fondo con una solicitud de indemnización o, en el caso que el fondo negará la solicitud, sería igualmente exigible judicialmente a su victimario.

Sin embargo, en Colombia los fondos de reparación que hemos mencionado si bien asumen ciertos perjuicios, no garantizan una indemnización que sea correspondiente a los perjuicios en su totalidad y no se subrogan en la víctima para exigir la indemnización integral al responsable.

Es decir, los fondos de reparación en Colombia, con excepción del fondo de reparación a víctimas del conflicto armado, no intervienen en la relación jurídico sustancial entre la víctima y el responsable del daño.

Por ejemplo, el FNGRD, que anteriormente describimos, responde por perjuicios ocasionados por catástrofes naturales, no obstante, la indemnización no es integral y se materializa a través de ejecución de obras públicas de las cuales resultan beneficiadas las víctimas identificadas por medio de un censo. (UNGRD, 2020)

La indemnización por consiguiente que el FRNGD asume son subsidios de arriendo, asistencia alimentaria, materiales de construcción, carrotaques, obras de emergencia, entre otros.

No siendo posible, en contraste con fondos que implementan en mayor medida la socialización de los perjuicios, exigir judicialmente la indemnización al FNRGRD o que la indemnización sea diferente a la obra pública ejecutada.

Es por ello por lo que se asegura que la implementación de la socialización de los perjuicios en el país es débil aún y se requiere aplicar cambios sustanciales en el funcionamiento de los fondos de reparación.

Es claro que la aplicación de la teoría de la socialización de los perjuicios y la constitución de fondos de reparación requiere además de voluntad política y cambios legislativos o jurisprudenciales, de una previsión económica de inversión social, en particular para aquellos perjuicios acaecidos sin responsable o en consecuencia de accidentes por fenómenos naturales.

Para ello, es importante establecer un sistema de priorización de acuerdo con criterios sociales y económicos que permita a las víctimas en situación de vulnerabilidad ser favorecidas con la reparación de sus perjuicios garantizando su derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre esta priorización de qué perjuicios socializar y a qué víctimas garantizar una indemnización se comentará en el segundo capítulo, cuando se responda a las críticas que se han formulado en relación con sus posibles fuentes de financiación.

En este mismo sentido se pronuncia Diana Charry en su tesis, cuando describe la socialización de perjuicios y su incidencia en la responsabilidad estatal:

Es claro, que se deben tener en cuenta los factores como los sociales, políticos, culturales, económicos y hasta de orden público entre otros, para que dichas pólizas o sistema de fondos puedan ser suscritas y de esta manera no se genere un detrimento mayor a favor del Estado y al erario, sino que, por el contrario, genere un beneficio económico y legal. Este concepto de minimización de riesgos proviene del derecho comunitario, pues es una forma de descongestionar el acceso a la justicia y de generar un mecanismo más eficiente a favor del ciudadano. La teoría de socialización de riesgo implica un control, prevención de los nuevos hechos. (Charry, 2017)

De acuerdo con lo anterior es necesario categorizar a las víctimas y a los perjuicios que deben ser priorizados de acuerdo con los criterios que permitan identificar la vulnerabilidad del perjudicado. Todo ello permite enfocar eficientemente los recursos públicos protegiendo el mínimo vital y la vivienda digna, entre otros.

No cabe duda que desarrollar adecuadamente una socialización de perjuicios en Colombia significaría un gran avance en objetivos sociales como mayor equidad y tutela judicial efectiva para las víctimas, en especial aquellas en situación de vulnerabilidad. Así, ellas no estarían dependientes de la caridad del Estado o particulares en aquellos perjuicios sin responsable, como lo están actualmente, sino que tendrían un derecho a la reparación exigible y garantizado aún sin victimario.

CAPÍTULO 2

CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS

A pesar de que la socialización de los perjuicios es una teoría cuya aplicación es aún limitada y que, en el caso de Colombia, no existe un fondo de reparación que reúna a cabalidad las características de un fondo en la socialización de perjuicios, anteriormente señaladas, desde la doctrina, y atendiendo a los fundamentos de la visión tradicional de la estructura dualista de la responsabilidad civil, se pueden identificar críticas y riesgos a su aplicación.

Si bien cada crítica es susceptible de ser desarrollada por separada como objeto central de una investigación jurídica, para efectos del presente trabajo, con el fin de aclarar y ampliar las características de la teoría de la socialización de perjuicios, se plantean sucintamente varias críticas y riesgos, con sus posibles contraargumentos, con base en las particularidades que conforma la teoría.

I. Los fondos de reparación replazan al victimario asumiendo definitivamente la indemnización.

Una de las críticas que se puede presentar en contra de socializar perjuicios es la que puntualiza el Magistrado Pochard. Pues en su país, Francia, los fondos que asumen la indemnización de las víctimas y se subrogan en sus derechos, no logran en la mayoría de los casos recuperar las indemnizaciones pagadas.

Señala que, en la práctica, las acciones subrogatorias adelantadas por los diferentes fondos no producen siempre los resultados esperados. Así, en su país el Fondo de Garantía de Seguros de Daños solo recupera el 18% de las indemnizaciones pagadas; el 31 de mayo de 2004, el FIVA

había propuesto más de ocho mil ofertas de indemnizaciones y presentado 61 demandas fundadas sobre falta inexcusable del empleador. La dificultad es aún más grande cuando los responsables del perjuicio son desconocidos (por ejemplo, terrorismo e infracciones). (Pochard, 2008)

A partir de lo anterior, desde una visión económica del derecho, la implementación de la teoría de la socialización de los perjuicios por medio de fondos de reparación carecería de legitimidad, toda vez que no podría ser autosostenible y el Estado asumiría como gasto la mayoría de las indemnizaciones.

Ahora bien, el análisis económico del derecho es una corriente teórica que busca legitimar las normas jurídicas y el derecho en general de acuerdo con criterios de eficiencia y otros principios económicos.

Eduardo Stordeur lo define de la siguiente forma:

El Análisis Económico del Derecho consiste, precisamente, en el empleo de teoría económica, fundamentalmente teoría de precios, a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes u otras metas usualmente consideradas valiosas. (Stordeur, 2011)

Lo anterior quiere decir que las normas jurídicas se analizan, se crean y se modifican en consideración a la repercusión que generan a nivel microeconómico o macroeconómico.

Por su parte, Flórez y Valencia puntualizan la incidencia del análisis económico del derecho en la responsabilidad civil afirmando que

Aunque esta corriente surgió y tuvo su gran desarrollo en Estados Unidos, actualmente ocupa un lugar importante en la tradición continental, pues ha sido acogida, estudiada y

aplicada a diferentes campos del derecho, en especial a la Responsabilidad Civil, lo que ha provocado la reforma de varios de sus postulados en aras de lograr la eficiencia. Así las cosas, el concepto de eficiencia en el campo del Análisis Económico del Derecho, es entendido como la maximización de la riqueza, es decir, una medida es eficiente cuando el beneficio que produce, supera a su costo social. (Flórez & Valencia, 2016)

En este sentido, la crítica a partir de esta corriente yace sobre el objetivo de la socialización de los perjuicios, que es asumir el perjuicio de la víctima para luego subrogarse en sus derechos para exigir la indemnización al victimario. Así pues, si los fondos de reparación no son eficaces en la exigencia de la indemnización a los victimarios, no tiene justificación alguna la constitución de estos.

Ahora bien, ante esta posible crítica que pudiera presentarse en contra de la implementación de la socialización de perjuicios, pudiéramos responder que es claro la dificultad que tienen los fondos de reparación para obtener el pago de la indemnización del victimario. Sin embargo, tal hecho paradójicamente no es más que la justificación de la necesidad de la constitución de estos: si un fondo privado o del Estado que cuenta con capacidad jurídica y económica es incapaz de obtener la indemnización del victimario, pues mayor dificultad va a tener la víctima.

Y si bien, sobre daños sin victimario (como los ocasionados por desastres naturales) los fondos o el instrumento de socialización aplicado asume toda la indemnización sin lugar a recuperarla, la socialización de los perjuicios sí pudiera ser viable financieramente frente a perjuicios con victimario, en el que el fondo pagara a la víctima por sus daños una reparación anticipada menor a la reparación integral a la que pudiera obtener si acudiere a un juez por medio de un proceso de responsabilidad, obteniendo entonces una posible rentabilidad o utilidad.

En el derecho francés se ha debatido por las cortes la naturaleza jurídica de la reparación anticipada que otorga el fondo a la víctima con decisiones contrapuestas. De esta forma por medio de una ley el legislador ha concluido que la acción de responsabilidad vía judicial es excluyente con la acción de solicitud de indemnización al fondo de reparación.

Esta situación la describe Pochard (2008) de la siguiente forma:

Además, surge la posibilidad para la víctima de poder a la vez convocar a la solidaridad nacional por vía de los fondos y demandar al responsable del daño ante los tribunales. Las jurisdicciones ordinaria y administrativa han dado respuestas diferentes de las solicitudes de indemnización formuladas por las víctimas que han sido contaminadas por transfusiones y por hemofilia. Mientras que el juez de la jurisdicción ordinaria, por considerar que se presume que el fondo ha efectuado una reparación integral, ha estimado que la víctima solo puede obtener la reparación por medio de la jurisdicción ordinaria, en los casos en que el factor de reparación no haya sido indemnizado por el fondo. Por otra parte, el juez administrativo ha considerado que la aceptación de una oferta de indemnización efectuada por el fondo no impide que la víctima pueda ejercer su derecho a demandar en responsabilidad al autor del daño, en cuyo caso corresponderá al juez y aun de oficio, deducir de la indemnización reconocida por el fondo el monto de la condena a cargo del autor del daño. El legislador intervino, y decidió que la aceptación de la oferta del fondo de indemnización implicaría el desistimiento y la imposibilidad de adelantar acciones judiciales para la reparación del mismo daño. Sin embargo, las víctimas que opten por no presentar solicitudes al Fondo conservan la posibilidad de entablar las acciones jurisdiccionales ordinarias.

Así pues, si la víctima decide acudir y aceptar la indemnización que ofrece el fondo de reparación, permite que este se subrogue en los derechos de ella para de esta forma exigir el valor de la indemnización integral a los victimarios que, dependiendo las políticas internas de cada fondo, puede ser mayor a la indemnización anticipada otorgada la víctima, generando un superávit a favor del fondo.

En síntesis, la crítica de que los fondos asumen la totalidad de las indemnizaciones que pagan como reparaciones anticipadas no es lo suficientemente precisa. Si bien como demuestran los datos en Francia hay una dificultad para recobrar a los victimarios las indemnizaciones asumidas, la misma justifica la necesidad de que las víctimas puedan materializar su derecho a la indemnización por intermedio de los fondos de reparación.

A su vez los fondos de reparación pueden abarcar múltiples clases de perjuicios, tanto aquellos que por su naturaleza no tienen un responsable, que en Colombia ya son asumidos por el Estado (como los desastres naturales o crisis sanitarias), como los que sí tienen su causa en un hecho generador imputable a un victimario. Para la primera clase de perjuicios, los fondos de reparación tendrían la misión de ser mecanismos para canalizar los subsidios y ayudas que entrega el Estado (e incluso privados) en una indemnización acorde al perjuicio sufrido. En contraste, en la segunda clase de perjuicios los fondos de reparación son verdaderos partícipes en la relación jurídica sustancial víctima – fondo – victimario, asumen el perjuicio de la víctima con una indemnización anticipada al juicio de responsabilidad y asumen por subrogación su derecho a la reparación para luego hacerlo exigible al victimario con la posibilidad de materializar una reparación mayor a la entregada la víctima.

II. El financiamiento de la socialización de perjuicios

De la anterior cuestión se deriva la presente, sobre el financiamiento que requiere la implementación de la socialización de perjuicios en Colombia y específicamente el funcionamiento de fondos de reparación.

Para ello, se planteará una propuesta con el fin de que, al menos en términos teóricos, se pueda llegar a una respuesta sobre el origen de los recursos que se requiere si se quisiera implementar en Colombia la socialización de perjuicios tal y como se ha descrito en el presente trabajo.

En este sentido, se dividirá el análisis del financiamiento en los dos supuestos que hemos mencionado que operaría la socialización de perjuicios. Por un lado, cuando los perjuicios son causados por hechos de la naturaleza y aquellos que no pueden ser imputados a una persona natural o jurídica, o al Estado. Por el otro, en aquellos perjuicios que sufre la víctima a causa de un hecho generador que sí pueden ser imputados a un responsable.

Sin embargo, en un primer momento resulta importante determinar la priorización de perjuicios que, como hemos mencionados en apartes de esta investigación, es necesaria teniendo en cuenta el costo elevado que puede significar la constitución de fondos de reparación como forma de implementación de la socialización de perjuicios.

En este sentido, esta priorización de perjuicios sería común a ambos supuestos en los que operaría su socialización.

i. PRIORIZACIÓN DE PERJUICIOS OBJETO DE SOCIALIZACIÓN:

En la concepción actual de la responsabilidad civil no existe una priorización de perjuicios, pues si el responsable causó varios perjuicios es obligado a indemnizar en igual medida sin criterio de priorización cada uno de ellos a las víctimas. No hay tampoco en el Código Civil normativa de

prelación de créditos en virtud de un tipo de perjuicio. Es por ello por lo que el fundamento jurídico de una priorización de perjuicios debe provenir del derecho constitucional y la doctrina de ordenamientos jurídicos donde aplican la socialización de perjuicios.

Los perjuicios que deberían priorizar para socialización de perjuicios:

A. Perjuicios derivados de un daño en sede material del cuerpo humano.

Las afectaciones al derecho a la salud tienen especial relevancia constitucional pues es considerado como un derecho fundamental de todo ser humano. Este puede verse limitado y afectado con un daño causado por un hecho imputable a alguien o por un fenómeno natural.

La Corte Constitucional en sentencia T-388 (2022) precisó que “el derecho fundamental a la salud reviste de especial importancia dado que su goce efectivo a su vez garantiza el de otros derechos fundamentales”.

También en esta misma sentencia, la Corte se pronuncia sobre los sujetos de especial protección constitucional:

De este modo las condiciones de vulnerabilidad de cada uno de los sujetos de especial protección constitucional determinan unos requerimientos especiales para el disfrute efectivo de su derechos fundamentales a la salud. En este sentido la protección reforzada por parte del Estado debe contribuir a garantizar el nivel más alto de bienestar posible de las personas que se encuentran en condiciones diferenciales que ponen en riesgo o afectan en mayor medida su derecho a la salud. (T-388,2022)

La posición de la Corte Constitucional frente a la importancia de priorizar la protección de la salud y los derechos en general de aquellas personas en condiciones diferenciales por su salud es una posición reiterativa en su jurisprudencia y es el fundamento por el cual consideramos que estos perjuicios que afectan la salud gravemente deben ser priorizados en la implementación de la socialización de perjuicios.

En el derecho francés podemos ver un ejemplo de una priorización de perjuicios en la aplicación de la socialización de perjuicios en la responsabilidad civil médica, como lo describe el profesor Javier Tamayo interpretando la Ley Kouchner del 4 de marzo de 2002.

En primer lugar, todos los médicos y hospitales están obligados, so pena de duras sanciones, a asegurarse en responsabilidad civil, para poder ejercer su profesión y prestar servicios de salud. Y los aseguradores están obligados a vender el seguro médico que se les solicita. Y si se niegan a ello, las autoridades correspondientes fijarán el valor de la prima, y si continúan negándose, el Estado podrá, inclusive, suspenderles la autorización de participar en el mercado.

En segundo lugar, los médicos responderán, salvo excepciones, si se les prueba una culpa, en cuyo caso, el asegurador estará obligado a cubrir las indemnizaciones mediante un trámite de conciliación abreviado. La cobertura de los médicos será de tres millones de euros por siniestro y de diez millones por cada anualidad.

Ahora, si no hay culpa del médico, y el daño proviene de una infección nosocomial o es producto de un alea terapéutico (un accidente imprevisible, no culposo y que no provenga de la evolución del estado de salud del paciente), será la solidaridad nacional, es

decir el Estado, quien asuma las indemnizaciones correspondientes, siempre y cuando el daño sea grave (deceso o incapacidad mayor al 25%). (Tamayo, 2017)

Del anterior análisis sobre la responsabilidad civil médica en el derecho francés podemos ver dos formas de implementación de la socialización de perjuicios. La primera con el establecimiento de seguros extensivos y obligatorios de responsabilidad civil médica que amparan la indemnización de perjuicios causados por culpa del médico. La segunda, con el Estado por medio de una entidad pública quien paga los perjuicios de la víctima cuando no hay culpa del médico.

Sin embargo, en el segundo caso el derecho francés ha estipulado una priorización o condición para la indemnización de estos perjuicios a la gravedad de estos, como que se haya causado el fallecimiento o una incapacidad mayor al 25%.

En conclusión, reconociendo que la implementación de la socialización de perjuicios operaría con un financiamiento insuficiente para socializar todos los perjuicios sin responsable y con este insolvente, es necesario priorizar algunos perjuicios sobre otros. La reparación de los daños corporales que sufra la víctima es uno de los priorizados con base en el fundamento constitucional del derecho fundamental a la salud y en la normativa comparada del derecho francés en aplicación de la socialización de perjuicios que también los prioriza de acuerdo con su gravedad.

B. Perjuicio que sea de tal entidad que la víctima producto de este quede en situación de no poder garantizar el mínimo vital para su subsistencia.

También encontramos en el derecho constitucional un perjuicio que podría estar priorizado sobre otros por su relación estrecha con el principio superior de la dignidad humana. La afectación al

mínimo vital de una persona puede llevar a este y a su familia a un estado de extrema pobreza e indigencia.

Sobre la relevancia del mínimo vital se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-716 (2017)

Uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.

La jurisprudencia constitucional protege fuertemente al individuo que se encuentra en situaciones donde su mínimo vital ha sido afectado, pues considera que el derecho al mínimo vital está ligado a la dignidad humana, y se refiere a la garantía de las condiciones mínimas de vida de cada persona. (T-608, 2019)

Es por esto por lo que consideramos que, en una eventual implementación de la socialización de perjuicios, se debería priorizar la indemnización de aquellos que impacten y comprometan el mínimo vital de una persona, entendido este como la capacidad económica de solventar las garantías mínimas de vida digna de la víctima y su familia para no estar en un estado de extrema pobreza e indigencia.

Culminado el análisis de los perjuicios que deberían ser priorizados para ser socializados por medio de fondos de reparación para luego subrogarse en el derecho de la víctima, procederemos a proponer el financiamiento de la socialización en los supuestos en que los perjuicios sean causados por un hecho generador imputable a alguien, y cuando estos no puedan ser imputados.

ii. FINANCIAMIENTO DE LOS PERJUICIOS NO IMPUTABLES

De acuerdo con el paradigma vigente de la responsabilidad civil en Colombia, los perjuicios que no puedan ser imputables a un victimario en todos los casos tendrán que ser soportados por la víctima y no hay lugar a su indemnización.

En este sentido, si se plantea que estos perjuicios serán socializados y que el Estado en materialización de esa solidaridad nacional pagará su indemnización para que la víctima no tenga el deber de asumirlos, es imprescindible plantear como se financiarán estas indemnizaciones.

Para tratar de aproximarnos teóricamente a una respuesta se propone las siguientes medidas:

A. Redireccionamiento de subsidios estatales.

El Estado Colombiano como Estado Social de Derecho tiene a su cargo el cumplimiento de prerrogativas constitucionales entre las cuales están la protección de los derechos fundamentales de sus habitantes, garantizar en el marco de sus capacidades una vida digna para sus habitantes, para ello como agente administrador de la solidaridad nacional el Estado otorga apoyos económicos a aquellos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad y en desventaja social y económica.

La Corte Constitucional ha definido el estado social de derecho así:

El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad. (T-426,1992)

Lo anterior implica que Colombia desde su Constitución Política de 1991 tiene un Estado que debe propender por mejorar las condiciones de vida de la parte de su población que no tiene la capacidad económica para subsistir en condiciones de dignidad. Por lo cual, el Estado a lo largo de su historia ha constituido subsidios con el fin de brindar apoyos económicos para su población menos favorecida.

En esta misma línea, la propuesta de financiamiento de los fondos de reparación de perjuicios no imputables que de acuerdo con la priorización antes vista, afecten la salud o el mínimo vital de la víctima, tiene como punto de partida redireccionar subsidios que ya otorga el Estado a sus habitantes que están en una situación de vulnerabilidad física o económica.

Como ejemplo, el Estado colombiano destina recursos para el financiamiento del Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (FNGRD), sin embargo, este no opera como un reparador del perjuicio de la víctima de un desastre de origen natural en estricto sentido, pues la atención de los desastres se enfoca en contratación de obras públicas y no en una indemnización de acuerdo con

la valoración individual del perjuicio sufrido por la víctima. Podría pensarse que este fondo redireccionara los recursos invertidos en la atención de desastres indemnizando con carácter patrimonial el perjuicio sufrido por la víctima de un desastre natural.

Otros casos de redireccionamiento de subsidios podrían mirarse desde la óptica de los apoyos económicos generales como el subsidio de vivienda o el “ingreso solidario” que se otorgan a las personas que reúnan la condición económica para ser beneficiados. Priorizar estos recursos para indemnizar el mínimo vital y los daños corporales de las personas que son víctimas de un desastre natural puede resultar hasta eficiente en términos económicos, en el sentido de que evitaría una agravación de estos perjuicios que pongan a la víctima en un estado de necesidad que demandaría mayores subsidios o mayor atención del sistema de seguridad social.

B. Fondos internacionales para el cambio climático.

Frente a los perjuicios causados por hechos de la naturaleza que no pueden ser imputados a nadie determinado, desde la comunidad internacional podría haber un mecanismo de financiamiento para las indemnizaciones de las víctimas.

Para financiar el cambio climático la comunidad internacional ha constituido varios fondos que tienen como objetivo financiar lo que la población mundial requiere para enfrentar los efectos del cambio climático, financian desde la prevención proyectos que ayuden en temas como transición en energética que ayuden a disminuir la gravedad de los efectos del cambio climático, pero también financian proyectos que permitan a la población en riesgo adaptarse y no sufrir los perjuicios que el cambio climático pueda tener en las zonas en las que habitan.

Ejemplos de estos fondos son:

- Green Climate Fund (GCF) o Fondo Verde para el Clima.
- Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM)
- Fondo para los Países Menos Adelantados (FPMA)
- El Fondo Especial para el Cambio Climático (FECC)

iii. FINANCIAMIENTO DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES

Por último, hemos planteado la posibilidad que se puedan socializar por intermedio de fondos de reparación aquellos perjuicios que, respondiendo a la priorización, sean causados por un hecho generador imputable a un responsable.

En este supuesto de socialización de perjuicios, la propuesta de financiamiento parte por explicar nuevamente el papel de los fondos de reparación en la socialización de perjuicios.

Así pues, acaecido el perjuicio para la víctima, esta tiene dos opciones: la primera es ejercer directamente su acción de responsabilidad contra el victimario, y la segunda, si reúne los requisitos específicos de cada fondo y su perjuicio están dentro de los priorizados, es acudir ante el fondo de reparación para que este le pague un monto que puede ser menor al valor del perjuicio de acuerdo con sus políticas y con una indemnización tarifada para cada perjuicio. Luego de que el fondo paga a la víctima, se subroga en sus derechos indemnizatorios y puede reclamar al responsable de haber causado el perjuicio no solo el monto de lo pagado sino la totalidad de la indemnización integral.

De culminar el fondo recibiendo del responsable el pago de la indemnización integral, la diferencia entre el monto pagado por el fondo a la víctima y el monto recibido por este del victimario representaría para el fondo una ganancia o utilidad. A su vez estos recursos serían reinvertidos en el propio financiamiento del fondo.

En caso de requerir otras fuentes de financiamiento para todos los fondos de reparación ya sea que paguen perjuicios que puedan ser imputables o aquellos que no, se podría pensar en dos figuras adicionales que ya están presentes en nuestro ordenamiento jurídico. Veamos:

La primera de ellas sería establecer una sobretasa a algunos seguros de personas, como los seguros de vida cuyo monto asegurado no se limita a la indemnización de un daño sino a un acuerdo entre el asegurador y el tomador del seguro.

La segunda es aplicar para la socialización de perjuicios la opción que establece el Estatuto Tributario en el artículo 800-1⁶ para que los contribuyentes puedan cambiar el valor a pagar por sus impuestos por ejecutar obras para la comunidad. De esta forma podría otorgarse el mismo beneficio tributario a los contribuyentes que donen a los fondos de reparación.

III. Desconoce la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad

El paradigma tradicional de la responsabilidad civil, cuyo enfoque es el victimario y su conducta (dolo o culposa, o el riesgo creado) antes que la víctima y su resarcimiento, tiene como fundamento la teoría aristotélica de justicia correctiva, que al aplicarla a la responsabilidad civil hace que necesariamente la indemnización dependa y deba provenir solamente del infractor causante del daño en aras de lograr ese equilibrio del que habla Aristóteles.

Así, una probable crítica que se pudiera presentar frente a la teoría de la socialización de perjuicios es que no iría acorde con la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil, toda

⁶ Estatuto Tributario. Art. 800-1: “Las personas naturales o jurídicas obligadas a llevar contabilidad, contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que en el año o período gravable inmediatamente anterior hayan obtenido ingresos brutos iguales o superiores a treinta y tres mil seiscientos diez (33.610) UVT, podrán celebrar convenios con las entidades públicas del nivel nacional, por los que recibirán a cambio títulos negociables para el pago del impuesto sobre la renta, en los términos previstos en la presente disposición. Los compromisos de inversión adquiridos en estos convenios no podrán superar el treinta por ciento (30%) del patrimonio contable del contribuyente, para lo cual se tendrá en cuenta el patrimonio del año inmediatamente anterior a la suscripción de los mismos (...)”.

vez que al aplicar la socialización de perjuicios se desliga la indemnización del responsable, permitiendo que un tercero denominado fondo de reparación efectúe la reparación de los perjuicios para luego subrogarse en el derecho de la víctima a exigir la indemnización al verdadero causante del daño.

Por lo anterior, en esta sección se describe la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad, para luego abordar la crítica planteada, determinando si es verdad o no que la socialización de los perjuicios desconoce la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil.

Entendemos que la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil encuentra su punto de origen en la definición de justicia en Aristóteles, quien basa su teoría en la existencia de dos (2) tipos de justicia: la universal y la particular (Genicio, 2002).

La justicia Universal o total se refiere a la suma de las actuaciones virtuosas del ser humano en sus relaciones interpersonales, en el que el fin de su actuar sea el bienestar del otro y de su comunidad. (Genicio, 2002).

Sin embargo, la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad deriva de la concepción aristotélica de la justicia particular.

Según Serrano, la justicia particular “tiene como objeto la distribución e intercambio de bienes, así como la violación de las normas que presiden dichas actividades” (Serrano, 2005). Observándose entonces que la finalidad de esta justicia particular es mantener el balance o equilibrio frente a las actuaciones de los particulares y las consecuencias que de estas se derivan.

Ahora bien, dicho concepto de justicia particular se encuentra subdividido en dos tipos de justicia, a saber: correctiva y distributiva. La primera tiene como finalidad que exista una “compensación

que iguale al daño cometido entre dos partes equivalentes” (Serrano, 2005), puesto que lo único realmente importante en esta justicia es que se retribuya el daño causado a un individuo de manera proporcional, por parte del otro quien por su actuar, voluntaria o involuntariamente, transgreda una ley afecte a otro. Así pues se dice que la justicia correctiva permite la consecución de un término “justo”, pues las partes, a través de un juez, llegan a un término medio entre “pérdida y ganancia”.

Este precepto de justicia correctiva formulado por Aristóteles en la antigüedad se convirtió en mayor medida en el “elemento básico de la responsabilidad civil” (Rosso, 2014, p. 462), que tiene como punto de partida la existencia de una “preexistencia de una situación de igualdad entre las partes involucradas” (Pino, 2013, p. 95). Manteniendo, además, el carácter apelativo a su aplicación de manera exclusiva a las relaciones privadas, al mantenerse la relación inescindible entre injusto y victimario.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho civil, en específico el derecho de daños, usó dicho concepto para cimentar el deber de justicia correctiva como pilar básico de la responsabilidad civil contemporánea (Rosso, 2014). Traduciéndose esto en que, en la actualidad, la responsabilidad civil parte de la existencia de una igualdad entre las partes, pudiendo únicamente romperse cuando “un sujeto cause daño a otro” (Rosso, 2014, p. 461); trayendo ello con consecuencia que haya “una pérdida para el primero y en una ganancia para el segundo” (Rosso, 2014, p. 461).

Es claro que la finalidad de la justicia correctiva corresponde a la exigencia de volver a las cosas a su estado normal antes de la existencia de un daño ocasionado en una relación entre particulares.

Utilizando estas definiciones bases es posible puntualizar los requisitos necesarios para que la justicia correctiva pueda existir jurídicamente como fundamento de la responsabilidad civil, siendo

estos: la necesidad de dos (2) partes, a saber: víctima -quien sufre un daño- y victimario -quien ocasiona un daño, y la obligación para el victimario de reparar el perjuicio ocasionado.

Así las cosas, explicado una vez el concepto de justicia correctiva y su papel en el derecho de la responsabilidad por daños, es posible realizar el análisis de la crítica planteada al inicio de este acápite de que la teoría de la socialización de perjuicios desconoce la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil.

Si tomamos en cuenta las definiciones planteadas, la justicia correctiva aplicada a la responsabilidad civil exige la configuración de dos elementos: el primero, que una persona afecte patrimonialmente a otra al causarle un perjuicio, y el segundo que esa persona perjudicante sea a su vez la obligada a reparar el perjuicio ocasionado al perjudicado.

De esta forma, y partiendo de la anterior definición, la socialización de los perjuicios permitiría materializar esa justicia correctiva en la responsabilidad civil en el caso de perjuicios que sean atribuibles a un victimario responsable. Esto es así, puesto que, el fondo o entidad luego de reparar a la víctima su perjuicio padecido, se subroga en sus derechos para exigir la indemnización al efectivamente causante de los daños, que será en últimas quien vea disminuido su patrimonio por la reparación de los perjuicios, cumpliendo así con los elementos exigidos para la aplicación de la justicia correctiva.

En este sentido, no es cierto que la justicia correctiva pierda su sentido de fundamento de la responsabilidad civil si se aplica la socialización de perjuicios. Incluso el fondo al estar en una mejor posición de la víctima para defender sus intereses, y al subrogarse en sus derechos, podría materializar con mayor eficacia esa indemnización de parte del victimario.

No obstante, la teoría de la socialización de perjuicios opera también frente a perjuicios que no son atribuibles a la conducta de una persona perjudicante, como son los casos de accidentes ocasionados por fenómenos naturales, terremotos, inundaciones, huracanes, derrumbes, entre otros. Frente a estos casos es claro que no se cumpliría con los elementos que exige la justicia correctiva, pues no hay un causante de los daños, los cuales se pretenden reparar con la intervención de los fondos de reparación quienes en últimas asumirían la indemnización sin poder exigirla a nadie más.

Solo para este tipo de perjuicios la socialización de perjuicios en la responsabilidad civil tendría un fundamento diferente a la justicia correctiva. Se aplicaría entonces la también concepción aristotélica de justicia distributiva.

En este sentido se pronuncia el autor Alberto Pino, que demarca la necesidad de cambiar el fundamento de la responsabilidad para estos perjuicios sin agente culpable:

La doctrina tradicional de la responsabilidad civil no otorga respuestas satisfactorias a los problemas de justificación que plantean el análisis económico del derecho y la justicia correctiva, manteniendo un sistema administrativamente caro y que debe justificar la posición privilegiada que tienen las víctimas de los accidentes frente a quienes sufren otros infortunios que no son producto de la culpa de un agente. En este sentido, se hacen necesarias consideraciones de justicia distributiva que indiquen la forma en la cual corresponde distribuir los infortunios dentro de una sociedad determinada. (Pino, 2012)

Precisamente la justicia distributiva se trata de redistribuir igualitariamente los bienes de una sociedad (Icochea, 2010) y que, aplicándolo a la responsabilidad civil, permitiría fundamentar la

redistribución de perjuicios, en especial de aquellos que son producto de situaciones no imputables a una persona en particular.

En conclusión, no es correcto afirmar que la socialización de perjuicios contraría la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil, puesto que para los perjuicios con victimario que son en los que aplica el paradigma tradicional de la responsabilidad aún vigente en Colombia, la socialización de los perjuicios mantiene la justicia correctiva como fundamento, e incluso favorece a su materialización si pensamos en que es el fondo de reparación quien exigirá la reparación al agente dañoso y no la víctima.

Sin embargo, para los perjuicios que suceden sin la causación imputable a un infractor de quien predicar responsabilidad y que la concepción vigente de la responsabilidad civil no regula, la socialización de los perjuicios garantizaría la indemnización correspondiente, para lo cual es necesario que el fundamento sea la justicia distributiva estrechamente relacionado con el principio de solidaridad constitucional.

IV. Evita el cumplimiento de la función preventiva y punitiva de la responsabilidad civil

Tradicionalmente se ha señalado que la responsabilidad civil y en particular la obligación de indemnizar desempeña la función de prevenir la ocurrencia de la conducta dañina, y la función de sancionar al victimario como castigo por haber ejercido la conducta.

En este sentido, otra de las críticas que se ha planteado frente a la implementación de la socialización de los perjuicios es que no cumple las funciones preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, en contraposición a la clásica estructura diádica de la responsabilidad civil,

en la cual al mantener la indemnización exclusivamente en el victimario evitaría que la conducta dañosa se repitiera y a su vez la asumiera como pena.

Gustavo Ordoqui destaca que con esta acepción:

La reparación no se ve incluso ya con ánimo de prevenir o reprimir al que dañó, sino que con ella se busca considerar el derecho de la víctima a ser resarcida. Se pasa de la culpa a la injusticia del daño como fundamento de la reparación, lo que marca el cambio de función aducido, perdiéndose los tonos preventivos, sancionatorios y concretándose en la función resarcitoria o satisfactoria. (Ordoqui, 2010)

En este mismo sentido se pronuncia Sergio Rojas Quiñones, quien afirma “Si bien se intensifica la protección de quien ha padecido un menoscabo dicha protección no se torna completa, como quiera que la tutela resulta meramente resarcitoria, pero no preventiva disuasiva o inhibitoria”. (Rojas, 2014, Pág. 117)

En resumen, los autores citados, asumen que como sucede en la socialización de perjuicios, introducir un partícipe adicional a la relación víctima y victimario, el cual asume la reparación anticipada para luego subrogarse y exigir la indemnización integral al victimario, modifica la capacidad que tiene la indemnización de prevenir la ocurrencia de daños y de sancionar al causante del perjuicio.

Cabe resaltar que la crítica no se circunscribe solo a la socialización de perjuicios, sino que también atañe a la teoría del riesgo y responsabilidad objetiva, que como se mencionó en el primer capítulo de esta investigación, son manifestaciones de la evolución del derecho enfocado en su función indemnizatoria. Así pues, manifiestan que la responsabilidad civil no debe apuntar principalmente a la reparación, dado que ello genera la pérdida de la función preventiva y punitiva.

Sergio Rojas Quiñones expone en “Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria” que:

La concepción moderna de la responsabilidad civil, en el derecho continental, tiene como eje el principio de reparación integral de la víctima. Tanto así, que hoy en día se alude ya no al daño injustamente causado sino al daño injustamente sufrido que, como es obvio, deja de mirar al victimario para concentrarse en la posición de la víctima. En desarrollo de este principio, la responsabilidad civil ha articulado todos sus elementos en torno a una función estrictamente compensatoria, considerando secundarias e incluso ajenas las funciones punitiva y preventiva, de suyo relevantes en el derecho anglosajón. (Rojas, 2012, pág. 348)

Sin embargo, el objetivo de este acápite de la presente investigación no es comprobar si la responsabilidad civil tiene o debe cumplir la función de prevenir conductas dañosas o de sancionar al infractor causante del perjuicio. Sobre ello no hay una posición unánime en la doctrina y la jurisprudencia; incluso, se ha argumentado que variaría dependiendo si es un sistema jurídico del “*common law*” o del “*civil law*”.

Sobre ello, Flórez y Valencia en su monografía titulada “Las funciones de la responsabilidad civil en el civil law y common law: el caso de los daños punitivos” evidencian que se mantiene la disputa frente a la tutela inhibitoria como verdadera función de la responsabilidad civil así:

Se puede arribar a una primera conclusión, el debate sobre la función preventiva de la responsabilidad está lejos de ser zanjado. Aunque la mayoría de los autores y ordenamientos reconocen la existencia de un efecto preventivo, se discute si efectivamente

ello constituye una función propia de la responsabilidad y su importancia en relación con la función reparadora.(Flórez & Valencia, 2016)

El objetivo de este acápite es entonces responder a la crítica ya expuesta por algunos autores, según la cual el paradigma en el que el derecho de daños priorice a la víctima y su derecho a la indemnización hace que la responsabilidad civil pierda sus funciones preventivas y sancionatorias.

La función preventiva en la responsabilidad civil parte del principio general del derecho de “*alterum non laedere*” o no dañar a otro, consiste entonces a su vez en un efecto y en un objetivo de la responsabilidad civil tendiente a generar las precauciones necesarias en la persona susceptible de dañar para evitar esa consumación del perjuicio para la víctima.

Sarah Milkes la define de la siguiente forma:

La función preventiva, a diferencia de la resarcitoria, actúa *ex ante* de la causación del daño. Históricamente, tendríamos su razón bajo el principio romano de “*alterum non laedere*” o no causar daños al otro, donde encuentra su plena realización cuando se toman medidas dirigidas a prevenirlo, pues como lo afirman autores como Alterini, la impasibilidad ante la ocurrencia o repetición de un daño es llevar a la legitimación de un “derecho a perjudicar”. De acuerdo con este planteamiento, básicamente se previene de 2 maneras: general, cuando el sujeto evita que se le apliquen las consecuencias desfavorables de una norma que delimite su actuar cuando está desobedeciéndola y de manera especial cuando se influye directamente en las acciones futuras de quien ocasionó un daño. (Milkes, s. f.)

Desde otra perspectiva, la doctrina ha señalado que la obligación de asumir la indemnización a cargo del infractor por sí sola no genera una fuerte incidencia en la prevención de conductas

dañosas. Ante ello, en la literatura se ha sostenido desde implementación de deberes adicionales de precaución, hasta la modificación de la estructura clásica de la responsabilidad civil donde esta podría operar aún sin acaecer ningún perjuicio con el fin de responder a tutelas inhibitorias. En este sentido, ordenamientos jurídicos como Argentina, con la expedición de su nuevo código civil (Ley 26.994 de 2016), han implementado algunas de estas medidas.

Sebastián Escobar, en su escrito “El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil”, nos muestra esta última perspectiva sobre la función preventiva en la responsabilidad:

Por otro lado, se encuentran quienes con acierto consideran a la función preventiva del derecho de daños circunscrita a la figura de la tutela civil inhibitoria , o remedio preventivo, bajo el supuesto de que el verdadero rol de prevención de esta disciplina se materializa de manera específica, unitaria y especial, caso a caso si se quiere, por vía de las acciones preventivas que frente al daño amenazante, contingente o no consumado existen los diversos sistemas jurídicos y no bajo la indirecta y ambigua amenaza de la condena.

Conceptualmente, las acciones de tutela civil inhibitoria se pueden definir como “una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado. En este sentido y como reseña el profesor chileno Álvaro Pérez Ragone, “la tutela preventiva inhibitoria no persigue resarcir. Actúa a futuro con relación a una conducta ilícita iniciada o por iniciar para hacer que cese o se efectúa acorde a derecho de determinada forma. Es una tutela de condena

pero que excede el marco tradicional para el cual fue pensada la condena-ejecución”.
(Escobar, 2015)

Y además se plantea la modificación de los elementos requeridos para la configuración de la responsabilidad civil con el fin de incrementar ese efecto persuasivo en la persona en posición de causar perjuicios.

Es así como sus elementos y requisitos, en los que de nuevo seguiremos el estudio del profesor Eugenio LLamas Pombo, un tanto discordantes con los de la responsabilidad civil a la luz de la reparación, son los siguientes: en primera medida, la existencia de un daño amenazante, es decir, una situación fáctica potencialmente dañosa y susceptible de lesionar los intereses de la eventual víctima; en segundo lugar, un comportamiento antijurídico, esto es, una conducta contraria a derecho, civilmente ilícita y sin justificación jurídica suficiente; en tercer lugar, una relación de causalidad entre aquel perjuicio previsible y el daño potencial, sea de manera mediata o inmediata; y en el cuarto, la posibilidad material de causar un daño, cuya entidad de lesionar sea plausible y susceptible de ser evidenciada y que no resulte económicamente desproporcionada, es decir, que prevenir no sea más costoso que reparar, sin que este criterio sea patente de curso para permitir la causación de daños por argumentos eminentemente económicos, que vale decirlo, aún no reemplazan el fundamento moral que subyace a la responsabilidad. (Escobar, 2015)

Sin embargo, a pesar de esta nueva visión del papel de la función preventiva en la responsabilidad civil, en nuestro ordenamiento jurídico colombiano se sigue aplicando la estructura clásica de la responsabilidad, en la cual se exige probar el perjuicio (y no solo la amenaza de este) para que pueda declararse responsable a una persona y obligarlo a asumir la indemnización. Así mismo no existen las herramientas de prevención que introdujo el Código Civil argentino tales como la

reducción del valor a pagar si el victimario demuestra haber cumplido deberes adicionales para prevenir la ocurrencia del perjuicio. Lo anterior significa que la función preventiva de la responsabilidad civil en Colombia se concreta solo con la indemnización tanto para la prevención general como la especial.

Por su parte, podemos definir la función punitiva de la responsabilidad civil como aquel castigo que debe soportar el infractor que ocasiona el perjuicio. En ordenamientos jurídicos permeados por la corriente jurídica del “*common law*” se establecen elementos que permiten efectuar una punición mayor, por ejemplo, integran el concepto de daños punitivos que no dependen su tasación -a diferencia de la indemnización- del perjuicio ocasionado. Sin embargo, en los países de la corriente jurídica del “*civil law*” o también llamado derecho continental, no es tan común el empleo de estos elementos punitivos como los daños punitivos, al menos en la responsabilidad civil.

En este sentido, en Colombia por regla general no se condena al responsable por un monto mayor a los perjuicios ocasionados, tan solo a la indemnización integral de estos, salvo algún caso especial como en las infracciones a la propiedad industrial que por medio de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina incluyó la posibilidad de sumar un rubro adicional a los perjuicios causados:

Artículo 243.- Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:

- a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;
- b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o,

c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.

Es este literal C del artículo 243 donde se incluye un rubro adicional al daño emergente y lucro cesante demandable al infractor a favor del perjudicado.

En todos los demás casos de responsabilidad civil, la función punitiva queda circunscrita a la imposición del deber de asumir la indemnización por solo los daños ocasionados y que efectivamente han sido probados.

Ahora bien, volviendo a la crítica que la implementación de socialización de perjuicios evita el cumplimiento de las funciones preventivas y punitivas, cabe decir que la crítica respondería a una errada comprensión del elemento subjetivo (culpa, dolo) como la intención del victimario al efectuar la conducta dañosa, y que la ilicitud y el consecuente reproche se fundamenta en ese actuar culposo o doloso. Esta visión convencional llevaría a la conjetura que solo el actuar con intención al menos culposa puede ser objeto de la función preventiva y punitiva en la responsabilidad civil, y no podría ser así en una responsabilidad objetiva donde se impone el deber al causante del daño de indemnizar aun cuando no se le pudiera exigir un actuar diferente, pues su actuar fue lo suficientemente cuidadoso, diligente y precavido. Es decir, en la responsabilidad objetiva carecería de fundamento la función preventiva y punitiva al condenar a indemnizar el perjuicio ocasionado a un sujeto al que no se le puede reprochar su actuar por ser una conducta no culposa ni dolosa.

En este sentido se pronuncian Jules Coleman y Gabriel Mendlow en su escrito “las teorías de la responsabilidad civil”:

El punto de vista convencional invita a pensar que la idea principal de la responsabilidad extracontractual es que la responsabilidad depende primordialmente de una evaluación de la intención al actuar. Según esta forma de pensar, una persona cuyas tareas por una responsabilidad por culpa debe responder por las desgracias de las que es culpable mientras que una persona cuyas tareas se rigen por la responsabilidad objetiva debe responder por las desgracias que son resultado de sus hechos, incluso cuando no haya hecho nada mal, nada de lo que, moralmente hablando, deba responder. (2013)

Más adelante estos autores describen una visión diferente en el que las personas que pueden ocasionar daños tienen deberes de conducta con exigencia diferente dependiendo de si se está ante una responsabilidad subjetiva o responsabilidad objetiva. Así, las personas tienen obligaciones en su conducta incluso más allá de la culpa por lo que también son objeto de prevención para evitar su incumplimiento y punición cuando las trasgreden:

La responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa son primordialmente formas de concretar el contenido del deber que tienen quienes están comprometidos con distintas actividades frente a aquellos cuya seguridad se pone en riesgo con ellas. Deberíamos hablar entonces, de *deberes de responsabilidad objetiva* y *deberes de responsabilidad por culpa*. Un deber de responsabilidad por culpa es un deber de no causar daño a otro mediante la propia culpa. Esto significa que en caso de que un demandante alegue que ha sido perjudicado por el demandado, él (el demandante) tendría que establecer que el daño que reclama fue el resultado del quebrantamiento de un deber que el demandado tenía frente a él. Y para establecerlo necesitaría mostrar que el demandado actuó ya negligentemente, ya descuidadamente, ya con la intención concreta, y que al hacerlo causó el daño que el demandante reclama. Cuando la conducta de una persona se rige por un deber de

responsabilidad objetiva, se le exige no dañar a aquellos a quienes pone en peligro, con culpa o sin ella. Lesionar a quienes tienen un derecho a no ser dañados constituye frente a ellos un ilícito. Esto es así tanto si sus acciones son excusables como sí son loables. (Coleman & Mendlow, 2013)

A pesar de lo anterior, si de acuerdo con la estructura actual de los elementos que configuran la responsabilidad civil en Colombia, la tutela inhibitoria y la función sancionatoria se causa con la obligación de indemnizar a cargo del victimario, no se explica porque la responsabilidad objetiva o la teoría de la socialización de los perjuicios reducirían este efecto preventivo y sancionatorio, toda vez que buscan facilitar que se materialice esa indemnización, la primera eliminando el requisito de probar el elemento subjetivo de dolo o culpa en la realización de la conducta dañosa, y la segunda con la introducción de un tercero que garantiza la indemnización a la víctima subrogándose en su derecho para hacerlo exigible al victimario empleando su mayor capacidad económica y jurídica.

Flores y Valencia exponen el efecto preventivo que produce la responsabilidad enfocada en garantizar la indemnización a la víctima, en especial con la implementación de la responsabilidad objetiva:

De forma implícita, dicho cambio en la idea de responsabilidad incorpora una noción de prevención. Antes, el agente dañador se podía conformar con haber actuado de forma diligente para ser exonerado de responsabilidad, a pesar de haber causado un daño; pero bajo esta nueva óptica, existe un ambiente de incertidumbre, en el que, en algunos casos, al agente no le bastará con haber actuado diligentemente, ya que, de causar un daño, será responsable del mismo. En consecuencia, en el campo de la responsabilidad objetiva, las

personas se han visto motivadas a tomar todas las medidas preventivas que estén a su alcance, en aras de disminuir la posibilidad de causar un daño y llegar a ser responsables.

El postulado según el cual ciertos daños de la víctima deben ser reparados aun cuando no sean causados con culpa, incorpora de forma tácita un incentivo para las personas, el de tomar todas las medidas preventivas aplicables al caso, pues, pese a que lo anterior no asegura la exoneración de responsabilidad, sí disminuye la probabilidad de que se materialice el daño y, por consiguiente, se deba responder con una alta indemnización.

(2016)

Así, no hay duda de que la objetivización de la responsabilidad tendría al menos teóricamente un mayor efecto preventivo y punitivo que la responsabilidad subjetiva, la cual mantiene la estructura clásica de la responsabilidad con la exigencia de probar la culpa del infractor. Esto, pues es más fácil que al causante del daño se le declare jurídicamente responsable de este y condenado a asumir la indemnización. Por lo tanto, es lógico pensar que los que ejercen actividades que son objeto de este tratamiento de responsabilidad objetiva, tiendan a tomar mayores precauciones para evitar la ocurrencia del perjuicio en la medida que probar la simple diligencia y cuidado no es suficiente para evitar la condena indemnizatoria.

Ahora bien, efecto similar de mayor prevención sucedería con la implementación de la socialización de los perjuicios. Si bien esta teoría no establece la supresión de un elemento configurativo de la responsabilidad (como sucede con la teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva, que suprime la culpa), la socialización perjuicios, al introducir un tercero (fondo de reparación) que se subroga en los derechos de víctima para luego ejercer las acciones contra el victimario, permitiría un mayor efecto preventivo y punitivo. Lo anterior es así pues, de acuerdo con la descripción hecha previamente del funcionamiento y financiación de ese tercero, el fondo

de reparación o la entidad aseguradora tiene mejor posición y capacidad económica y jurídica para ejercer las acciones tendientes a obtener en una mayor medida la indemnización a cargo del victimario, en contraste con si las acciones las tuviera que ejercer la víctima sola.

Es claro entonces que, si la premisa necesaria para la producción del efecto preventivo y punitivo es la condena al victimario de pagar la indemnización de los perjuicios ocasionados a la víctima con su actuar, la socialización de perjuicios facilitaría la materialización del hecho que el victimario asuma la indemnización, por intermedio del ejercicio, en una mejor posición que la víctima, de la acción de responsabilidad.

Por otra parte, la socialización de los perjuicios también opera frente a ciertos tipos de perjuicios donde no existe un responsable o victimario a quien reclamar la indemnización o incluso también cuando a pesar de existir un responsable, este se encuentra insolvente, dando como resultado la imposibilidad de materializar la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima. Frente a estos perjuicios, como opera la responsabilidad actual, sin la intervención del tercero (fondo de reparación), no se indemnizan y es la víctima quien termina soportándolos.

No hay pues una diferencia en términos preventivos y punitivos entre la teoría clásica dualista de la responsabilidad civil y la socialización de perjuicios cuando estamos ante perjuicios sin responsable a quien imputarle su reparación.

Sin embargo, en el cumplimiento de su función indemnizatoria o resarcitoria, la responsabilidad civil, con la implementación de la socialización de los perjuicios, permitiría la materialización de la indemnización de los daños padecidos por la víctima, aun en estas situaciones donde no es posible obtener el resarcimiento a cargo de un victimario.

En conclusión, queda entonces desvirtuada la crítica que autores como Gustavo Ordoqui o el profesor Sergio Rojas Quiñones presentan, en la que, según ellos, el modelo de responsabilidad civil enfocado en la indemnización de la víctima prioriza la función reparadora, pero con el costo de reducir o perder el efecto preventivo y punitivo. Lo anterior, puesto que tanto la implementación de la responsabilidad objetiva como la socialización de los perjuicios, aunque tengan como objetivo principal la reparación de la víctima, representan a su vez un mayor efecto preventivo y punitivo sobre el infractor, al facilitar de forma distinta la condena a indemnizar a cargo del victimario.

A pesar de ello, cabe resaltar que el planteamiento de la crítica por Sergio Rojas Quiñones está encaminada a mostrar la comparación entre el sistema de responsabilidad clásico del derecho continental frente al sistema de responsabilidad del derecho anglosajón que incorpora la figura de los daños punitivos como pena adicional a la indemnización de perjuicios. También aquí no se ve por qué la propuesta de aplicar la figura de los daños punitivos no sería compatible con la responsabilidad objetiva o con la socialización de los perjuicios.

CAPÍTULO 3

FONDO DE REPARACIÓN A VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE PERJUICIOS

Como inicialmente se planteó, en Colombia no existe una verdadera implementación de la teoría de la socialización de perjuicios, sin embargo, si hay pinceladas de esta en nuestro ordenamiento jurídico, como los fondos y seguros obligatorios extendidos vistos en el primer capítulo de esta investigación, SOAT, FOSYGA, FNGRD, entre otros.

De estas pinceladas, el sistema de la reparación a víctimas del conflicto armado que opera con la constitución de un fondo de reparación creado inicialmente mediante la ley 975 de 2005 y modificado por la Ley 1448 de 2011, es lo más cercano en nuestro ordenamiento jurídico a la teoría de la socialización de perjuicios, pues proporciona características centrales de ella, como otorgar reparaciones por vía administrativa a las víctimas con ocasión del conflicto armado en Colombia sin necesidad de un previo pronunciamiento judicial que declare su calidad de víctima o el monto a indemnizar.

La naturaleza jurídica de este fondo la señala el artículo 54 de la ley 975 de 2005 como una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas que es una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica y autonomía administrativa y patrimonial, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

En este capítulo se describe, a partir de la normativa aplicable, las características del fondo de víctimas, el contenido de la reparación integral que se otorga a las víctimas, los criterios que deben cumplir las víctimas para recibir esta indemnización y la relación del sistema de reparación a

víctimas del conflicto armado en Colombia y la teoría de la socialización de los perjuicios, especificando las características comunes, pero también sus diferencias sustanciales.

I. Financiamiento

El Fondo de Reparación a Víctimas (FRV) de acuerdo con lo estipulado en el artículo 54 de ley 975 de 2005 se compone principalmente por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales y por recursos provenientes del presupuesto nacional. En este sentido, los directos responsables del conflicto como causa de los perjuicios ocasionados, grupos armados ilegales y el Estado, están obligados a financiar el Fondo que a su vez se encarga de repartir a las víctimas sus correspondientes indemnizaciones administrativas.

Sin embargo, el FRV presenta otras fuentes de financiación a saber:

- Donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras.
- El producto de las multas impuestas a los individuos o a los grupos armados al margen de la ley en el marco de procesos judiciales y administrativos;
- Las contribuciones voluntarias efectuadas por gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades;
- Las sumas recaudadas por entidades financieras como resultado de la opción de donación voluntaria al finalizar las transacciones en cajeros electrónicos y transacciones por Internet;
- Las sumas recaudadas por almacenes de cadena y grandes supermercados por concepto de donación voluntaria de la suma requerida para el redondeo de las vueltas;

- El monto de la condena económica de quienes han sido condenados por concierto para delinquir por organizar, promover, armar o financiar a grupos armados al margen de la ley.
- El monto establecido en la sentencia como consecuencia al apoyo brindado por las empresas que han financiado a grupos armados organizados al margen de la ley.
- Los recursos provenientes de los procesos de extinción de dominio que se surtan en virtud de la Ley 793 de 2002, en las cuantías o porcentajes que determine el Gobierno Nacional.

Así pues, desde el financiamiento del Fondo se puede observar la aplicación del principio constitucional de solidaridad, fundamento de la socialización de perjuicios, señalando que los financiadores de este no se circunscriben a los directos perjudicantes, sino que además se extienden a otros partícipes del conflicto armado, e incluso a la sociedad nacional e internacional con independencia si de acuerdo con un juicio de responsabilidad serían responsables de la indemnización.

Todas estas fuentes permiten la financiación de las indemnizaciones que otorga el fondo que, como se verá incluye, varias formas de reparación no limitadas a un monto de dinero en específico y que tienen como objetivo lograr una indemnización integral a la víctima del conflicto armado.

II. Caracterización como víctimas del conflicto armado

Para proceder con la reparación a la víctima del conflicto armado, en el que la Unidad de Víctimas dispondrá para ello de los recursos del Fondo de Reparación a Víctimas, se deben surtir una serie de pasos que permitan acreditar la situación de víctima del conflicto armado, el hecho violatorio del derecho internacional humanitario victimizante y las consecuentes medidas de reparación a las

cuales tendría derecho, de acuerdo con la características individuales de cada víctima y el enfoque diferencial de la reparación.

Como paso inicial para acceder a las medidas de reparación, la ley 1448 de 2011 establece los requisitos y procedimientos necesarios para adquirir la calidad de víctima del conflicto armado y su inclusión en el Registro Único de Víctimas.

En su artículo 3 se define quién es víctima para efectos de ser sujeto con derecho a la reparación:

- Aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”.
- Son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de una víctima directa a la que se le haya causado la muerte o su desaparición. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.
- Se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.
- Los niños, niñas o adolescentes que hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.
- Además, aquellas personas que hayan sido víctimas por hechos ocurridos antes del 1o de enero de 1985, con la aclaración que no tienen derecho a reparación económica pero sí tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no

repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.

En este sentido, si la persona considera reúne alguno de estos requisitos puede solicitar su registro como víctima, en los términos del artículo 155 de la ley 1448 de 2011. Para lo cual deberá presentar una declaración ante el Ministerio Público dentro de los cuatro (4) años, si el hecho victimizante es previo a la expedición de la Ley, o dos (2) años siguientes al hecho victimizante, si es posterior. Sin embargo, la víctima podría ser reconocida si por fuerza mayor no pudo presentar la declaración en los términos descritos, contados los mismos desde el momento que cesa el impedimento de fuerza mayor.

Posteriormente, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en el término de sesenta (60) días adopta una decisión en el sentido de conceder o denegar el registro como víctima, previa verificación de los hechos victimizantes contenidos en la declaración, para lo cual consultará las bases de datos que conforman la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las Víctimas. (Ley 1448, 2011)

Por ser esta decisión un acto administrativo, es susceptible de ser recurrida tanto por el solicitante como por el Ministerio Público para lo cual podrán interponer recurso de reposición ante el funcionario que expidió la decisión y recurso de apelación ante el Director de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

III. Reparación integral

Una vez la víctima es incluida en el Registro Único de Víctimas, podrá exigir su derecho a la reparación integral que incluye la reparación económica por vía administrativa pero también medidas de satisfacción, asistencia, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición.

La Ley 1448 de 2011 en su artículo 25 define el derecho a la reparación integral así:

Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3 de la presente Ley.

La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

Lo anterior significa que la reparación no es igual para todas las víctimas y se determina la forma más adecuada de acuerdo con el hecho victimizante y a las características propias de la persona víctima. Ello lo ha señalado la Ley 1148 de 2011 como reparación con enfoque diferencial y denota reconocer que las personas son iguales en dignidad y derechos; sin embargo, en razón de su edad, género, orientación sexual, grupo étnico y situación de discapacidad, se reconocen diferencias, las que generan necesidades especiales y requieren respuesta específica y particular, para evitar la vulneración de sus derechos y potenciar el acceso a los servicios públicos y demás oportunidades sociales de forma integral, así lograr su goce efectivo de derechos. (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2013)

A su vez, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas otorga reparaciones de carácter colectivo para aquellos casos en que el hecho victimizante afectó a integrantes del grupo y desencadenó un impacto en el desarrollo normal de este.

En este sentido, la Ley 1148 de 2011 y el Decreto 4800 de 2011 definen que tienen derecho a la reparación colectiva las comunidades, las organizaciones sociales y políticas, los grupos sociales

y políticos, que por causa del conflicto armado colombiano hayan sufrido daño ocasionado por violaciones de sus derechos colectivos, la violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros de los colectivos y el impacto colectivo de la violación de derechos individuales a miembros del colectivo.

IV. Medidas de reparación integral

A continuación, se describe el contenido de las medidas de reparación integral a la que tienen derecho las víctimas del conflicto armado en Colombia.

a) Medidas de satisfacción

Son medidas concertadas con las víctimas que contribuyen a restablecer la dignidad, proporcionar bienestar y mitigar el dolor, difundir la verdad sobre lo sucedido, reconstruir y divulgar la memoria histórica del sufrimiento de las víctimas por los hechos violentos ocurridos en el marco del conflicto armado interno. (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2013)

El artículo 139 de la Ley 1448 de 2011 trae como ejemplos de medidas de satisfacción las siguientes:

- Reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el ofensor;
- Realización de actos conmemorativos;
- Realización de reconocimientos públicos;
- Realización de homenajes públicos;
- Construcción de monumentos públicos en perspectiva de reparación y reconciliación;

- Apoyo para la reconstrucción del movimiento y tejido social de las comunidades campesinas, especialmente de las mujeres.
- Difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre el hecho que la victimizó, siempre que no provoque más daños innecesarios ni genere peligros de seguridad;
- Contribuir en la búsqueda de los desaparecidos y colaborar para la identificación de cadáveres y su inhumación posterior, según las tradiciones familiares y comunitarias, a través de las entidades competentes para tal fin;
- Difusión de las disculpas y aceptaciones de responsabilidad hechas por los victimarios;
- Investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.
- Reconocimiento público de la responsabilidad de los autores de las violaciones de derechos humanos.

b) Medidas de Rehabilitación

Según el artículo 135 de la Ley 1148 de 2011 La rehabilitación como medida de reparación consiste en el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales de las víctimas en los términos de la presente ley.

Son ejemplos de medidas de rehabilitación las siguientes:

- Tratamiento médico para atender consecuencias de heridas de minas, balas u otros artefactos ocasionados por el conflicto armado.

- Atención psicológica para aliviar el sufrimiento por la pérdida de los seres queridos.
(Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2013).

c) Medidas de Restitución

Las medidas de restitución tienen el fin de restablecer los derechos de la víctima al estado previo al padecimiento del hecho perjudicante.

Por ejemplo, la restitución de tierras, la restitución en materia de vivienda, la garantía de retorno o reubicación de la población en situación de desplazamiento, las medidas en formación y generación de empleo.

De las anteriores, es necesario precisar que la restitución de tierras como parte de la reparación a la víctima del conflicto armado presenta un tratamiento jurídico especial con un procedimiento a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

A su vez, el financiamiento de la restitución de tierras no está a cargo del Fondo de Reparación a Víctimas (FRV), sino por el Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuyo objetivo principal es servir de instrumento financiero para la restitución de tierras de los despojados y el pago de compensaciones. (Ley 1448, 2011).

d) Garantías de no repetición

Son aquellas acciones que adelanta el Estado y los Ex integrantes de los grupos armados para evitar que se repitan las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que generaron la victimización.

Entre estas acciones podemos encontrar:

- Desmovilización y desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.
- Aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.
- Prevención de violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario con medidas especiales de protección para las personas expuestas a mayor riesgo como los niños, las niñas y los adolescentes y adultos mayores, entre otros (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2013).

e) Indemnización Administrativa

Es la medida de reparación de carácter económico al que tienen derecho las víctimas del conflicto armado en Colombia. Se otorga en sede administrativa, es decir sin necesidad de proceso judicial, por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas con los recursos del Fondo de Reparación a Víctimas (FRV).

El monto de la indemnización administrativa responde a criterios que la ley 1448 de 2011 y el Decreto 4800 de 2011 establecen, estos son: la naturaleza y el impacto del hecho victimizante, el daño causado y el estado de vulnerabilidad actual de la víctima, desde un enfoque diferencial.

Para ello, el Decreto reglamentario precisa el monto máximo que podría recibir cada víctima de acuerdo con el hecho victimizante sufrido:

- Por homicidio, desaparición forzada y secuestro, hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales.
- Por lesiones que produzcan incapacidad permanente, hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales.

- Por lesiones que no causen incapacidad permanente, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
- Por tortura o tratos inhumanos y degradantes, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
- Por delitos contra la libertad e integridad sexual, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
- Por reclutamiento forzado de menores, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
- Por desplazamiento forzado, hasta diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales. (Decreto 4800, 2011)

Sin embargo, para casos particulares se prescribe indemnizaciones adicionales o montos superiores a los descritos en respuesta a la vulnerabilidad que presenta la víctima y sus necesidades particulares.

Por ejemplo, las personas víctimas de desplazamiento forzado además del monto en dinero tienen derecho a una de las siguientes medidas de indemnización:

- Subsidio integral de tierras;
- Permuta de predios;
- Adquisición y adjudicación de tierras;
- Adjudicación y titulación de baldíos para población desplazada;
- Subsidio de Vivienda de Interés Social Rural, en la modalidad de mejoramiento de vivienda, construcción de vivienda y saneamiento básico, o

- Subsidio de Vivienda de Interés Social Urbano en las modalidades de adquisición, mejoramiento o construcción de vivienda nueva. (Ley 1448, 2011)

También es importante señalar que frente a la indemnización administrativa el Decreto reglamentario permite al Estado deducir del monto a pagar por vía administrativa los montos pagados por este a título de indemnización y por concepto de condenas judiciales en subsidiariedad por insolvencia, imposibilidad o falta de recursos de parte del victimario o del grupo armado organizado al margen de la ley al que este perteneció. (Decreto 4800, 2011)

Y es aquí donde queda explícita la diferencia entre la reparación a víctimas del conflicto armado en Colombia y la teoría de la socialización de perjuicios, tal y como se detalla en la siguiente sección.

1. Relación entre la socialización de perjuicios y el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado

Hasta aquí hemos visto como el sistema de reparación a las víctimas del conflicto armado en Colombia emplea un fondo de naturaleza pública que se financia en su mayoría con el presupuesto Estatal, es decir, la reparación integral a las víctimas del conflicto armado se cimienta en la solidaridad nacional.

Adicionalmente, el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado en Colombia cataloga a las víctimas mediante el registro único de víctimas y sin requerir declaración judicial, para luego proceder a otorgar la reparación la cual contiene diversas medidas, entre ellas la indemnización dineraria por vía administrativa.

Como se vio en el primer capítulo estas características son reconocidas por la teoría de la socialización de perjuicios, lo cual permite concluir que el sistema de reparación a víctimas del conflicto en Colombia es la figura más cercana que existe en el ordenamiento jurídico colombiano a la implementación de la socialización de perjuicios. Precizando:

- La indemnización administrativa no responde a una declaración de responsabilidad, tal como sucede con la socialización de perjuicios; aquí la víctima del conflicto armado acude ante la unidad de víctimas que con recursos del fondo de víctimas procede a satisfacer los perjuicios padecidos sin verificar los supuestos de responsabilidad.
- Tanto la indemnización como las medidas de reparación adicionales que otorga el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado no corresponden al contrato de una prima individual voluntaria como en los contratos de seguro de responsabilidad civil.
- El Estado es el obligado a indemnizar a las víctimas del conflicto armado aplicando la solidaridad nacional, con independencia si este, el Estado, tiene responsabilidad en el perjuicio ocasionado a la víctima.

A pesar de ello, es necesario precisar las características de la socialización de perjuicios de las que carece el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado. Una de ellas es la exclusión entre la reparación por vía administrativa y la reparación por vía judicial.

En el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado se permite a las víctimas obtener tanto la indemnización por vía administrativa como la indemnización por vía judicial, para luego deducir de la indemnización judicial el monto pagado en la indemnización administrativa.

Por el contrario, la socialización de perjuicios presenta a la víctima la opción de acudir al fondo de reparación (indemnización administrativa) o acudir a la jurisdicción. Esto con el fin que la

indemnización que otorga el fondo sea definitiva, permitiendo que opere la subrogación a favor del fondo de los derechos de la víctima. A su vez, favorece a la víctima en recibir la indemnización de forma más expedita garantizando una tutela judicial efectiva.

El Consejero Marcel Pochard evidencia esta característica de la socialización de perjuicios a partir de la implementación en el ordenamiento jurídico francés, el cual en un principio se discutía la posibilidad de la víctima de acudir tanto a los fondos de reparación como a la vía judicial de manera simultánea. Sin embargo, señala que el legislador intervino, y decidió que la aceptación de la oferta del fondo de indemnización implicaría el desistimiento y la imposibilidad de adelantar acciones judiciales para la reparación del mismo daño. Así, las víctimas que opten por no presentar solicitudes al Fondo conservan la posibilidad de entablar las acciones jurisdiccionales ordinarias. (Pochard, 2008)

La otra diferencia clave que se presenta entre el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado y la socialización de perjuicios es la ausencia de acciones subrogatorias de los derechos de las víctimas como consecuencia de la indemnización asumida por el Fondo de reparación a víctimas y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Lo anterior se debe a que el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado dispone que el fondo de reparación a víctimas se financie con los bienes y recursos de los actores armados ilegales o de terceros partícipes del conflicto, y que son poseídos por el Estado como consecuencia de la práctica de la extinción de dominio o la desmovilización de estos grupos.

Con todo, el introducir la figura de la subrogación facultaría al Fondo de Reparación a víctimas a perseguir los bienes de los victimarios incluso luego del proceso de desmovilización, toda vez que se mantiene exigible el deber de reparar el perjuicio en su totalidad por el victimario.

De igual forma, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la subrogación posibilita la ejecución de la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil, tal y como se desarrolló en el segundo capítulo de este texto.

En conclusión, la ley de víctimas es un logro y un paso importante para desarrollar en Colombia una socialización de perjuicios, en especial de aquellas víctimas en vulnerabilidad, desarrollando el principio constitucional de la solidaridad nacional.

Reconociendo lo anterior, incorporar al sistema de reparación a víctimas del conflicto armado estas características propias de la teoría de la socialización de perjuicios complementarían lo ya estipulado en este, pudiendo ser más eficiente frente a la reparación dineraria en sede administrativa, y además no alterar el fundamento de justicia correctiva y las funciones punitiva y preventiva del derecho de daños.

CONCLUSIONES

Con el objetivo de resumir las ideas principales desarrolladas durante este escrito, se presentan las conclusiones de cada capítulo y de la tesis principal expuesta desde la introducción:

1. En primer lugar, la teoría de la socialización de perjuicios representa un cambio que contrasta con el modelo de responsabilidad tradicional que se enfoca en el victimario y que enfoca la indemnización como un castigo al perjudicante más que como un derecho de la víctima. La teoría de la socialización de los perjuicios responde a la visión de la responsabilidad que prioriza a la víctima y su derecho a la indemnización.

Este nuevo paradigma ha derivado en la implementación, también en Colombia, de teorías que introducen modificaciones al paradigma tradicional con el fin de facilitar la materialización del derecho de las víctimas a la indemnización. Como ejemplo la teoría del riesgo que elimina el elemento subjetivo que acompaña la conducta en actividades que la ley reconoce como riesgosas, permitiendo declarar la responsabilidad objetiva del perjudicante para así obligarlo a indemnizar los perjuicios causados.

2. La teoría de la socialización de perjuicios, con el objetivo de que la víctima acceda a la indemnización, plantea modificaciones, desligando el derecho a la indemnización de la declaratoria de responsabilidad. De esta forma:
 - Introduce un tercero, principalmente un fondo de reparación que puede estar financiado con recursos de origen público o privado, el cual interviene dentro de la relación jurídica de la víctima y el victimario para pagar los perjuicios a la víctima y subrogarse en su derecho a exigir la indemnización al victimario.

- Puede operar en perjuicios de cualquier clase, de origen estatal, privado, laboral, etc. Incluso para aquellos perjuicios sin victimario o responsable, como en el caso de fenómenos naturales.
 - No modifica los elementos que configuran la declaración de responsabilidad, estos se mantienen y podrían ser discutidos en un proceso judicial si el fondo que ha reparado a la víctima y se ha subrogado en su derecho a la indemnización decidiera impetrar la acción de responsabilidad contra el victimario.
 - La socialización de perjuicios hace realidad el principio constitucional de la solidaridad nacional, así, el Estado, o incluso intervinientes privados, reparan los perjuicios de los ciudadanos en situación de vulnerabilidad garantizando derechos fundamentales como el mínimo vital, la vivienda digna, o la salud.
3. No es correcto afirmar que la socialización de perjuicios contraría la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil, puesto que para los perjuicios con victimario, que son en los que aplica el paradigma tradicional de la responsabilidad aún vigente en Colombia, la socialización de los perjuicios mantiene la justicia correctiva como fundamento e incluso favorece a su materialización si pensamos en que posteriormente el fondo de reparación exigirá la reparación al agente dañoso desde la posición que tenía la víctima.
4. No es cierto que la socialización de perjuicios genere la pérdida de la función preventiva y punitiva de la indemnización. La implementación de la responsabilidad objetiva y la socialización de los perjuicios, aunque tengan como objetivo principal la reparación de la

víctima, representan a su vez, un mayor efecto preventivo y punitivo sobre el infractor al facilitar de forma distinta la condena a indemnizar a cargo del victimario.

5. La crítica de que los fondos asumen la totalidad de las indemnizaciones que pagan como reparaciones anticipadas no es lo suficientemente precisa. Los fondos de reparación tienen la opción de recuperar lo pagado e incluso más, al operar la subrogación del derecho a la indemnización de las víctimas, es decir, cuentan con legitimidad para perseguir al victimario. Sin embargo, se reconoce que en países donde se implementa la socialización de perjuicios es un bajo porcentaje en el que los fondos efectivamente recuperan el monto de la reparación otorgada.
6. Existen mecanismos de financiamiento interno e internacional que podrían emplearse para el funcionamiento de la socialización de perjuicios en Colombia por medio de fondos de reparación o “aseguradoras”.
7. El sistema de reparación a víctimas del conflicto armado es un paso importante en la consolidación de la teoría de socialización de perjuicios en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, aún carece de características claves para ser considerado implementación de la teoría de socialización de perjuicios. Estas características son:
 - La indemnización administrativa no es excluyente de la indemnización judicial, la víctima puede recibir tanto la indemnización administrativa como la otorgada por vía judicial. En consecuencia, la indemnización administrativa no tiene la calidad de definitiva, impidiendo que pueda operar la figura de la subrogación.

- Al no operar la subrogación del derecho de la víctima a reclamar la indemnización, el fondo de reparación no recupera lo reparado al carecer de legitimidad para accionar contra el victimario.
 - En este sentido, para el sistema de reparación a víctimas del conflicto armado si aplican algunas de las críticas desarrolladas aquí, como que el fondo reemplaza al victimario y asume la indemnización, o que se pierde la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad junto con los fines preventivos y punitivos.
- 8.** Es importante que surja en Colombia el debate sobre la implementación de la socialización de perjuicios, priorizando aquellos perjuicios que generan una situación de mayor vulnerabilidad en las víctimas que los padecen como un mandato de justicia social. En la opinión del autor es una herramienta que permite al Estado progresar en la consecución de fines como la dignidad humana y la equidad social.

Referencias

- Anzoátegui, I. (2013). Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños. En C. B. Pulido & J. F. Zamora (Eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil: Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (1st ed., pp. 281–322). Universidad del Externado. <https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqfhp.10>
- Baena Aramburo, F. (2010) La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil – PETL PARTE I. *Responsabilidad civil y del Estado*, (28). <https://iarce.com/libreria/revista-iarce-no-28-edicion-digital/>
- Baena Aramburo, F. (2011) La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil – PETL PARTE II. *Responsabilidad civil y del Estado*, (29). <https://iarce.com/libreria/revista-iarce-no-29-edicion-digital/>
- Buxarrais, M. (1998). Educar para la solidaridad. Organización de Estados Iberoamericanos. En <http://www.oei.es/valores2/boletin8.htm>
- Cañón Ortigón, L. (2017). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. *Páginas de Seguridad Social*, 1(1), 5–29. <https://doi.org/10.18601/25390406.n1.01>
- Charry Sánchez, D. (2017). *La responsabilidad extracontractual patrimonial del Estado: una mirada hacia la teoría de la socialización de los riesgos en el estado postmoderno: caso colombiano*. [Tesis de Maestría, Universidad del Rosario]. Repositorio Universidad del Rosario. <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/38a4ed92-22da-43e3-837a-afe711994bff/content>

Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873 (Colombia)

Código de Comercio [CCO]. Decreto 410 de 1971. 27 de marzo de 1971 (Colombia)

Coleman, J., & Mendlow, G. (2013). Las teorías de la responsabilidad civil. En *La filosofía de la responsabilidad civil: Estudios sobre los fundamentos filosóficos jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (Carlos Bernal Pulido, Jorge Fabra Zamora, p. 670). Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política [Const.] (1991). Artículo 1 [Título I]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución Política [Const.] (1991). Artículo 90 [Título II]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional. (24 de junio de 1992) Sentencia T-426/92. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional. (2 de diciembre de 1994) Sentencia T-550/94. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

Corte Constitucional. (07 de diciembre de 2017) Sentencia T-716/17. [MP Carlos Bernal Pulido]

Corte Constitucional. (12 de diciembre de 2019) Sentencia T-608/19. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional. (13 de octubre de 2022) Sentencia T-358/22. [MP Alejandro Linares Cantillo]

Corte Suprema de Justicia. (16 de septiembre de 2011) Sentencia 2005-00058 [MP Arturo Solarte Rodríguez]

Corte Suprema de Justicia. (18 de diciembre de 2020) Sentencia SC5176-2020 [MP Luis Alfonso Rico Puerta]

Decreto Extraordinario 1547 de 1984. Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento. Junio 21 de 1984. DO. N36681.

Decreto 4800 de 2011. Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 2011. DO. N48289.

Decisión 486. Art. 243. Septiembre 14 de 2000 (Comunidad Andina).

De Lucas, J. (1993). *El Concepto de solidaridad*. México, ed. Fontamara S.A. 125.

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.

Estatuto Tributario [ET]. Decreto 624 de 1989. 30 de marzo de 1989 (Colombia)

Evolución y nacionalización del riesgo. Compás legislativo. (2013, julio 30). Domingo Monforte Abogados Asociados. <https://www.domingomonforte.com/evolucion-y-socializacion-del-riesgo-compas-legislativo/>

Flórez Guzmán, L.M., & Valencia Rodríguez, N. (2016). *Las funciones de la responsabilidad civil en el civil law y common law: El caso de los daños punitivos* [Tesis, Universidad EAFIT]. Repositorio Institucional Universidad EAFIT. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12028/LinaMaria_FlorezGuzman_Natalia_ValenciaRodriguez_2016.pdf?sequence=2

Foussat, B. (1999). La solidaridad y los seguros obligatorios. *actos de coloquio del 10 de noviembre de 1999 organizado por AIDA - Asociación internacional de seguros* .

Genicio, J. C. (2002). La noción de justicia en la Retórica de Aristóteles. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 6, 137-166.

Icochea Rodríguez, G. I. (2010). La teoría de la justicia en aristóteles. *Tierra Nuestra* 8(1)165-206. <https://doi.org/10.21704/rtn.v8i1.105>

- La Vanguardia. (2020, Octubre 14). *¿Cuál es el primer signo de civilización y cómo la respuesta se hizo viral?* <https://www.lavanguardia.com/cultura/20201014/484039920907/el-reto-primer-signo-civilizacion-humanidad.html>
- Lambert-Faivre, Y. (1987). *L'évolution de la responsabilité civil d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation.*
- La República. (2022, noviembre 12). *De 10 millones de motocicletas en el país, al menos 61% no están al día con el Soat.* Diario La República. <https://www.larepublica.co/economia/de-los-mas-de-10-millones-de-motocicletas-en-el-pais-al-menos-13-estan-al-dia-3372262>
- Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Junio 10 de 2011. DO. N48096
- Milkes, S. (2019). *La función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad.* 14. <https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2019/03/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf>
- Ordoqui, G. (2010). *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI* (Vol. 2). Temis
- Páez, M. (2013). Acercamiento teórico al concepto de solidaridad. *Realitas: revista de Ciencias Sociales, Humanas y Artes*, 1(1), 42-50.
- Pino, A. (2012). Justicia distributiva, responsabilidad civil y terremotos. *Derecho y Justicia*, 1, 1-28. <https://doi.org/10.29344/07196377.1.926>
- Pino, A. (2013). Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. *Revista chilena de derecho privado*, 21, 89-135. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722013000200004>

- Pochard, M. (2008). La indemnización de las víctimas bajo el fundamento del principio de la solidaridad nacional. *MEMORIAS SEMINARIO FRANCO COLOMBIANO SOBRE LA REFORMA A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA*, (pág. 474). Bogotá.
- Pombo, E. L. (2007). Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños. En *La responsabilidad y su problemática actual*. pp. 447-448. Madrid: Dykinson S.L.
- Decreto Extraordinario 1547 de 1984.
- Rojas Quiñones, S. (2012). Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria. *Vniversitas*, 61(125), 339-375.
<https://www.proquest.com/docview/1771632177/abstract/AD18AD4A504E4C3EPQ/1>
- Rojas Quiñones, S. (2014). *Responsabilidad Civil La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*. Grupo Editorial Ibañez.
- Rosso Elorriaga, G. (2014). El Principio De La Responsabilidad Civil Objetiva Limitada: Un Elemento De Equilibrio Sistémico Que No Contradice Al Denominado Principio De La Reparación Integral Del Daño. *Revista de Derecho Privado*, (26).
- Serrano, Enrique. (2005). La teoría aristotélica de la justicia. *Isonomía*, (22), 123-160. Recuperado en 19 de mayo de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006&lng=es&tlng=es.
- Stordeur, E. (2011). Análisis económico del derecho. Una introducción. *Bueno Aires: Abeledo Perrot*.
- Superfinanciera. (17 de Mayo de 2006). Concepto 2006014991-001. Colombia.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2.

Tamayo Jaramillo, J. (2017). Responsabilidad médica en Francia. El sistema ideal. *Ámbito Jurídico*. Recuperado 13 de noviembre de 2023, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/responsabilidad-medica-en-francia-el-sistema-ideal>

UNGRD. (2020). *Registro de atención de emergencias*. Obtenido de <http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/Documents/Emergencias/EMERGENCIAS-2020-DICIEMBRE.xls>

Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. (2013). *Cartilla: Derecho a la Reparación Integral a las víctimas del conflicto armado preguntas frecuentes*. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/escuela-de-reparaciones/derecho-la-reparacion-integral-las-victimas-del-conflicto-armado-preguntas>