

**EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA  
EN DAÑOS POR ACTIVIDADES PELIGROSAS:**

**Una defensa del actual régimen jurisprudencial de responsabilidad objetiva en actividades  
peligrosas a partir del fin socioeconómico de reducir los accidentes.**

**MATÍAS MOLINA CÁRDENAS**

**(Trabajo de grado para optar por el título de abogado)**

**Asesor: Juan Esteban Vélez Villegas  
(Profesor del curso de Derecho y Economía en EAFIT)**

**Universidad EAFIT  
Escuela de Derecho  
Medellín  
2023-II**

## **RESUMEN:**

En el presente trabajo se empieza por brindar una exposición de lo que es el Análisis Económico del Derecho (AED), sus conceptos y su aplicación al Derecho de daños, en especial la Responsabilidad Civil Extracontractual por las llamadas “actividades peligrosas”. Se muestra que el AED aboga por un sistema objetivo de responsabilidad en este tipo de casos (y las razones para ello), con el fin principal de reducir los accidentes y los costos que implican para la sociedad. Por otro lado, se exponen las principales críticas al AED y sus aplicaciones en el tema que se trabaja, defendiendo a la vez por qué no afectan la conclusión de que aun así sigue siendo conveniente aplicar en ese tipo de casos su recomendación de que la responsabilidad sea objetiva.

Luego de esto, se muestra el desarrollo jurisprudencial que ha llevado al actual sistema objetivo en actividades peligrosas en Colombia, y se hace evidente la necesidad o importancia de que la Corte Suprema de Justicia y el Congreso tengan en cuenta los postulados del AED en aras de consolidar de una vez un régimen objetivo de Responsabilidad Civil para los casos de actividades peligrosas.

## **ABSTRACT:**

This work starts by giving an exposition of what Economic Analysis of Law (EAL) is, and its concepts and application to the Law of torts, especially in the liability for the so-called “dangerous activities”. It is shown that EAL defends a system of strict liability for those cases (and the reasons for it), with the main goal of reducing accidents and the costs that they imply for society. On the other hand, the main critiques to EAL and its application in the topic developed are exposed, defending at the same time why they don’t affect the conclusion that it would still be convenient to apply in that type of cases its recommendation of making strict the system of liability.

After this, the jurisprudential development that has led to the current strict liability system for dangerous activities in Colombia is shown, and it is made evident the necessity or importance that the Supreme Court of Justice and the Congress take into account the postulates of EAL in order to consolidate once and for all a rule of strict liability for the cases of dangerous activities.

**PALABRAS CLAVES:**

Análisis Económico del Derecho positivo, Análisis Económico del Derecho normativo, Responsabilidad Civil Extracontractual o Derecho de daños, responsabilidad objetiva o sin culpa, responsabilidad subjetiva o con culpa, reducción de accidentes y costos sociales, eficiencia económica, incentivos, Common Law y Civil Law.

**KEY WORDS:**

Positive Economic Analysis of Law, Normative Economic Analysis of Law, civil liability or Law of torts, strict liability or liability with no guilt, subjective liability or liability with negligence, reduction of accidents and social costs, economic efficiency, incentives, Common Law and Civil Law

## ÍNDICE:

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>Capítulo 1: Breve historia del AED, conceptos básicos y defensa ante críticas</b> .....	15
1.1. Críticas al AED y respuestas a las mismas.....	24
<b>Capítulo 2: El AED aplicado a la Responsabilidad Civil Extracontractual</b> .....	36
2.1. El problema de los costos terciarios.....	36
2.2. Comparación de la responsabilidad subjetiva y objetiva desde el AED de cara a la reducción de accidentes (Costos primarios).....	38
<b>Capítulo 3: Críticas al AED aplicado a la Responsabilidad Civil Extracontractual</b> .....	60
3.1. Enumeración de las críticas puntuales.....	60
3.2. Respuesta a las críticas.....	64
<b>Capítulo 4: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el régimen de responsabilidad en casos de actividades peligrosas</b> .....	77
4.1. Consolidación del régimen de culpa presunta indesvirtuable de 1938.....	78
4.2. El concepto de actividad peligrosa.....	83
4.3. El cambio de régimen con la sentencia del 24 de agosto de 2009.....	92
4.4. Regreso al sistema de 1938 con la sentencia del 26 de agosto de 2010.....	96
4.5. La sentencia SC 2107 del 12/06/2018: antecedente de la nueva objetivación.....	98
4.6. Nuevo antecedente: la sentencia SC 4420 del 17/11/2020.....	100
4.7. Objetivación del régimen una vez más hasta el presente con la sentencia SC 2111 del 2 de junio de 2021.....	102
4.8. Importancia de que el Congreso objetive el sistema en actividades peligrosas.....	105
<b>CONCLUSIONES</b> .....	107
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	110

## INTRODUCCIÓN

Desde el 2 de junio del año 2021, la Corte Suprema de Justicia estableció en Colombia un sistema de responsabilidad objetiva para los casos de Responsabilidad Civil Extracontractual por daños generados en ejercicio de “actividades peligrosas”, concepto que también había sido desarrollado por la propia Corte y que más adelante en la monografía se retomará en un sentido más técnico.

La responsabilidad objetiva es la que prescinde de la culpa como factor de imputación de responsabilidad al causante del accidente<sup>1</sup>, con lo cual se rompe con toda una tradición jurídica muy arraigada en nuestra cultura, que se remonta al famoso Código Civil de Napoleón de 1804. Por el contrario, echa mano del riesgo creado como factor de imputación de responsabilidad al causante (sin perjuicio de que en otros sistemas de responsabilidad objetiva se pueda atribuir la responsabilidad a un título diferente del riesgo, y por supuesto, diferente también de la culpa).

Si bien en la tradición jurídica continental -tan influida por el mencionado Código Napoleónico- parece en algún grado novedoso el sistema de responsabilidad objetiva en la Responsabilidad Civil, en el contexto de la familia jurídica del *Common Law*, especialmente en Estados Unidos, se viene analizando con interés dicho sistema desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), corriente teórica que encontró en el ámbito anglosajón un terreno mucho más fértil.

Dicho enfoque ha examinado el Derecho bajo una nueva luz, especialmente desde la forma como la estructuración de las normas puede generar incentivos que llevan a determinados resultados socioeconómicos, como el aumento o no de la eficiencia económica, o la reducción de

---

<sup>1</sup> En adelante, se empleará esta expresión para una mayor simplicidad, con la intención de hacer referencia al sujeto que desplegó la actividad peligrosa que produjo el accidente, en contraposición a la víctima de los daños y/o perjuicios. Se evitarán deliberadamente casos puntuales como por ejemplo la causación por parte de un menor de doce años (incapaz absoluto) bajo la guardia de sus padres, porque se llegaría a problemas más especializados del estudio de la Responsabilidad Civil que desbordan el objeto de este trabajo. Salvo que se indique lo contrario, como en casos de accidentes con concurrencia de actividades peligrosas por ambas partes, al hablar de los accidentes por actividades peligrosas se tendrá en mente la sencilla estructura de causante, víctima y daño/perjuicio.

los accidentes, considerados como hechos que generan un costo social indeseable. En tal sentido, al aplicarse al Derecho de daños, el AED se ha preguntado si realmente es preferible el sistema de responsabilidad objetiva respecto del sistema subjetivo o con culpa y en qué supuestos, de cara a cuestiones como la reducción de los accidentes.

En contraste, se tiene una tradición continental que se caracteriza en primer lugar por preocuparse más por el juicio de reproche -en muchos casos incluso moral- que justificaría la imposición a un causante de la obligación de indemnizar los daños en la Responsabilidad Civil, a partir de la constatación de que hubo un actuar culposo o negligente de su parte. En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, se caracteriza por dejar de lado consideraciones sociales o económicas (como en el AED), para enfocarse en la aplicación literal y exegética de la ley para el caso de unos sujetos particulares que hayan tenido parte en un supuesto de hecho tipificado en una norma, como un accidente.

Precisamente por ese apego a la interpretación literal del Código Civil, que de ninguna manera parece permitir prescindir de la culpa (como se verá más adelante en la monografía, el tema se ha centrado en gran medida en la interpretación del art. 2356), la Corte tardó mucho tiempo en decidir dar el paso hacia una eliminación total de la culpa como factor de imputación de responsabilidad. Únicamente se llegó a ello en 2021, como se dijo ya, aunque con un antecedente en 2009. Sin embargo, a decir verdad, sólo faltaba un paso para llegar al régimen actual, porque se tenía un sistema de culpa presunta indesvirtuable. De hecho, en la práctica no parece haber una diferencia en la solución de casos concretos, aunque en otro apartado se argumentará que las implicaciones de tener uno u otro sistema sí pueden ser distintas.

Algo fundamental antes de emprender cualquier estudio teórico del AED en Colombia, es asumir conciencia de una vez (como se viene haciendo ya en el texto) de la distancia que han tenido los juristas de este medio con el AED, lo cual hace un poco más difícil la obtención de información, y hace necesario desconfiar de lo que en este medio se dice o crítica de dicha corriente, porque es muchas veces impreciso. De ahí la importancia de tener en cuenta tanto autores clásicos -especialmente estadounidenses- como autores que han importado el AED a

Iberoamérica. Eso es lo que se intenta en este texto. De hecho, como lo reconocen Mauricio Rubio y Ana María Arjona de la Universidad Externado de Colombia:

A diferencia de lo que ha ocurrido en Norteamérica, y probablemente con mayor fuerza que en otros países de tradición civilista, parece claro que en las sociedades regidas por el derecho iberoamericano la penetración del AED tanto como herramienta positiva para la comprensión del derecho, o como elemento normativo para el diseño de las políticas, la doctrina legal, las discusiones legislativas, o la jurisprudencia es bastante más precaria. No parece prudente, ni conducente, limitarse a argumentar que estas fallas en la aceptación del AED se explican en su totalidad por la débil formación económica de los abogados, los jueces o los legisladores. Es indudable que existen problemas de mayor calado, obstáculos de fondo a la comunicación entre juristas y economistas que vale la pena tratar de identificar (2007, p. 34).

Teniendo eso claro para el resto del trabajo, se puede volver a la sentencia del 2 de junio de 2021: ¿Se trató de un paso positivo? ¿desde qué punto de vista podría serlo? ¿es suficiente que el sistema haya quedado así por lo pronto? ¿qué dirían los teóricos del AED? Tales son las preguntas cuya respuesta se desarrollará a lo largo del trabajo. Conviene sin embargo adelantar algo en esta introducción: sí se considera de entrada como algo positivo que haya una mayor apertura académica por parte de los juristas de nuestra tradición jurídica, de manera que tengan en cuenta nuevos enfoques (en realidad no tan nuevos) como el análisis de las normas y el sistema desde perspectivas sociales y económicas, y no sólo centradas en los individuos implicados en cada caso.

En concreto, explorar el AED en el contexto colombiano puede aportar un poco de aire fresco a la forma como tradicionalmente se ha concebido la Responsabilidad Civil, muy cerrada en torno a la culpa y a la aplicación de la norma en el nivel de los sujetos particulares, sin pensar en consecuencias ulteriores. Es además una corriente teórica que cuenta ya con cierta riqueza en sus desarrollos, por llevar ya poco más de seis décadas, y, en definitiva, es mucho lo que tiene para ofrecerle a los magistrados de las altas cortes y a los congresistas de la República.

Adelantando pues algo todavía más específico, en la presente monografía se defenderá que el referido cambio jurisprudencial probablemente sí fue un paso acertado, de cara a la búsqueda de una mayor reducción de los accidentes. Ésta se toma como un interés o principio superior por su conexión innegable e inseparable con la protección de la vida y la integridad de las personas, el cual, a pesar de ser susceptible de someterse a ponderaciones con otros intereses o principios en un ámbito de tipo político, difícilmente se vislumbra cómo podría resultar “vencido” en alguna de esas ponderaciones. En otro apartado se pondrá un ejemplo de uno de tales ejercicios de ponderación y cómo se evidencia razonablemente que no llevaría a la conclusión de que haya que poner en duda la primacía del interés en la reducción de los accidentes; pero desde ya se puede asumir como axioma o punto de partida.

Ahora bien, lo que se defenderá es que, al menos en los casos de actividades peligrosas según la forma como las ha planteado la Corte, El AED parece mostrar con un alto nivel de confianza que efectivamente un sistema objetivo de responsabilidad genera los incentivos correctos para lograr una reducción de los accidentes que se producen como consecuencia de la materialización del riesgo creado con la realización de dichas actividades.

Como se verá, esta conclusión se debe someter a muchos matices por las críticas presentes o concebibles en cada etapa del análisis, pero ello no obsta que dicha afirmación siga siendo verdad, como mínimo, para un pequeño porcentaje de los casos o como una predicción con un grado más moderado de certeza. Sin embargo, si lo anterior se aplica a los millones de accidentes que se presentan a lo largo de las décadas, al final aquel porcentaje, por más reducido que esté, se sigue traduciendo en un gran número de vidas que se podrían estar salvando, sin mencionar los daños materiales como costo económico ahorrado a la sociedad en su conjunto.

Lo anterior presupone evidentemente defender primero la importancia de tener en cuenta el AED para este campo de estudio, a pesar de las críticas que se le han formulado. ¿Puede tener algún valor el AED a pesar de los rechazos entre muchos juristas y hasta economistas? Parece obvio que sí se le rescatará alguno (y no tan insignificante), pero se considerará mucho más



valioso aún para la aplicación de las conclusiones a las que apunta en el tipo específico de casos que se abordan en la monografía: en concreto, la recomendación de que la responsabilidad sea objetiva para los casos de actividades peligrosas.

Con las explicaciones precedentes se puede intuir que se defenderá la tendencia de la Corte Suprema a alejarse de los límites impuestos por la interpretación estricta y exegética del Código Civil basada en su tenor literal. En efecto así se hará, puesto que en primer lugar fue un Código pensado para una sociedad del siglo XIX, no para la del siglo XXI, con todo lo que esto implica en diversas cuestiones; y, en segundo lugar, porque no deja de ser enriquecedor el hecho mismo de complementar la perspectiva basada en los casos de los individuos, con la del AED basada en los efectos sobre la sociedad en su conjunto y en la economía del país. Así, cuando la Corte estira los límites que impone la interpretación literal del Código, parece estar intentando aplicarlo de una forma más acorde a la sociedad, tendencias y necesidades actuales, y ello es bienvenido en este trabajo.

Como se deriva lógicamente de la premisa referente a la deseabilidad del régimen objetivo para los casos en cuestión (que como se dijo se defenderá a su vez a lo largo del trabajo desde los desarrollos del AED), es preferible que dicho sistema se consolide tanto por la vía jurisprudencia como por la legal, o al menos por alguna de las dos, en vista de que no se puede considerar aún como algo consolidado en ninguno de los dos ámbitos, y es significativa la posibilidad de que en cualquier momento se vuelva al régimen anterior dado el actual estado de cosas.

En cuanto a la jurisprudencia, ya se sabe que la actual construcción ha sido controvertida y tal vez algo frágil desde el punto de vista jurídico (como se verá con más detalle), teniendo en cuenta la redacción de las normas aplicables del Código Civil, que son las que la Corte Suprema está llamada a aplicar en tales casos. Si a esto se suma que el anterior régimen (culpa presunta) imperó unánimemente por algo más de setenta u ochenta años, siendo reiterado en varias decenas de sentencias, resulta razonable pensar que dicha línea jurisprudencial aún podría tener una gran fuerza de atracción respecto de la nueva, que tan sólo consta de un par de sentencias.

Es como si un gran río, después de secarse, dejara su cauce marcado en la tierra, y con él la posibilidad de que el agua vuelva a correr por ahí y no por un nuevo arroyo; o como si se prefiriera caminar por un sendero recién creado que por una avenida ya existente. El anterior sistema se arraigó tanto en la jurisprudencia, que bien podría inspirarles a algunos magistrados la confianza que da lo conocido, lo que ya se probó útil para la resolución de los casos, lo que estudiaron en la facultad de Derecho, y más aún tratándose de un régimen que tiene una cercanía mayor con el espíritu del tradicional Código Civil, que sí que se encuentra en los fundamentos de nuestra familia jurídica.

Por ello, muchos magistrados podrían sentir el deseo de aprovechar cualquier oportunidad para volver de una vez al régimen anterior. De hecho, cuando el 24 de agosto de 2009 se objetivó la responsabilidad, el régimen apenas duró un año, pues se volvió al subjetivo el 26 de agosto de 2010. Aquí es donde surge la importancia del AED: el hecho de que pase de estar en los terrenos desconocidos, a ser algo mucho más familiar (sus métodos, objetivos, razón de ser, argumentos), podría ayudar a abrir la mente de ciertos magistrados y a convencerles de las ventajas de conservar el régimen objetivo.

En fin, podría aportar un gran fundamento teórico para defender el actual sistema, e incluso desde una perspectiva jurídica: en efecto, si se comprueba la mayor idoneidad del régimen objetivo para incentivar la reducción de los accidentes en beneficio de la sociedad, ¿por qué no se podría echar mano de principios que incluso dentro de la Constitución tienen un lugar privilegiado, como el de la prevalencia del interés general (art. 1), o la protección, entre otros bienes jurídicos, de la vida y bienes de los ciudadanos (art. 2)? Esto, en un ordenamiento cada vez más constitucionalizado, en el cual la norma de normas prevalece sobre todos los códigos y moldea cada vez más todas las ramas del Derecho.

De la misma manera, pasando de la Corte Suprema al Congreso, todos esos desarrollos del AED podrían servir para fundamentar un proyecto de ley que objetive la responsabilidad de una vez por todas, caso en el cual los argumentos aportados servirían para convencer a los

congresistas más reacios a los sistemas objetivos de responsabilidad. Tal escenario sería el ideal, puesto que ya se vio cómo el temor a apartarse de la ley -que según la división de poderes es la que en teoría debe aplicar, no modificar- es lo que hacía que la Corte Suprema fuera más reacia a cambiar el régimen de responsabilidad, aunque sólo faltara un pequeño paso hacia el objetivo desde el régimen que ya había construido, que era casi que objetivo de facto. Además, como se verá, no sería la primera vez que el Congreso se encargue de volver objetivo un régimen concreto de responsabilidad.

Pronto se verá la distinción entre AED positivo y AED normativo. Con las anteriores ideas, resultará claro que en este trabajo se está asumiendo un enfoque más desde el normativo -aunque con un gran respeto por el positivo-, pero sólo en la medida en que se toma la reducción de los accidentes como un ideal para el sistema jurídico, en tanto dicho enfoque normativo se preocupa precisamente de volver más ideal el Derecho.

En este punto, se hace necesario empezar a delimitar el tema, pues hay muchas formas en que se podría extender el trabajo hasta convertirse en una empresa inabarcable. Como ocurre siempre en el conocimiento humano, que puede ser visto como un gran sistema interconectado -en la medida en que la realidad que describe parece tener también esa misma estructura basada en sistemas, como se mencionará de nuevo más adelante-, cada elemento o tema tiene conexiones con otros temas. Desde cualquier punto de partida, se abren nuevos horizontes como las ramas o raíces de un árbol. El Derecho no es la excepción, y de ahí la necesidad de delimitar cualquier investigación. Además, el sentido común dicta que, a mayor precisión en el objeto de estudio de cualquier tipo de investigación, mayor calidad tienden a tener sus conclusiones.

Dicha reflexión se plantea para decir que todos los problemas derivados del estudio minucioso de los elementos de la Responsabilidad Civil Extracontractual desbordan las ambiciones de la monografía. Hay problemas relacionados con las diferentes teorías de la causalidad (como la concurrencia de causas, la causación que podría denominarse pasiva o por omisión; problemas de daños causados por menores incapaces y la pregunta por el tratamiento jurídico a sus padres o guardianes, etc.); con la distinción precisa entre daño y perjuicio, si es que

se admite que la hay; con el llamado nexo de imputación, y qué hay de jurídico o fáctico en esto, e incluso, por si todo eso no fuera suficiente, muchas veces ni siquiera hay acuerdo en cuáles son exactamente los elementos mismos de la Responsabilidad Civil. Como se sabe, el Código Civil poco desarrolló el asunto, y las construcciones debieron ser jurisprudenciales y doctrinales.

Así pues, en este trabajo se evadirán dichos problemas -o si acaso se considerará alguno de ellos de forma tangencial-, y se asumirá para todos los efectos que los elementos de la Responsabilidad Civil son: el hecho generador de responsabilidad; el nexo de imputación jurídica de éste a un sujeto (categoría en la cual se puede analizar la culpa según el caso); el nexo causal entre el hecho y el daño, y por último, el mismo daño o perjuicio, lo cual genera una obligación indemnizatoria a cargo del sujeto sobre el que recae la imputación.

Se partirá de la comprensión básica o corriente que tiene cualquier estudioso del Derecho Civil sobre estos conceptos, sin perjuicio de que en otros apartados se recurra a definiciones más técnicas si llega a ser necesario. En otras palabras, generalmente se estarán estudiando situaciones básicas en que un sujeto causa un daño o perjuicio a otro, sin entrar en detalles de los problemas mencionados, aunque sí se abordarán otros más básicos como las situaciones de hecho exclusivo de la víctima.

En el mismo sentido de delimitación del tema, téngase en cuenta que la aproximación no es desde la Filosofía del Derecho, y aunque se citen autores como Jules Coleman y Diego Papayannis, que han tenido un enfoque más desde la justificación de la Responsabilidad Civil, no se tendrán en cuenta conceptos como la justicia distributiva y correctiva como concepciones aristotélicas, y si se hace alguna mención a la justicia en sí, no se hará de una manera sistemática o con rigor filosófico, sino más desde el lenguaje natural, de nuevo, por desbordar el objeto del trabajo (únicamente se planteará de manera más bien superficial la cuestión de los choques que puede tener la elección de la eficiencia económica como ideal, con otros principios o valores en relación con alguna noción de justicia que prefiera el legislador).

El concepto cuyo desarrollo sí está mucho más relacionado con esta investigación es el de actividades peligrosas. Habrá una sección para detallar el desarrollo de la respectiva línea jurisprudencial, pero por ahora se puede adelantar que tienen que ver con actividades que, a pesar de ser lícitas, sean difíciles de controlar una vez desplegadas, por lo cual los demás quedan en un estado de indefensión al resultarles de gran dificultad poder evitar la materialización del riesgo. Ese riesgo particularmente alto que generan implica cierta situación de desequilibrio de fuerzas.

Con este concepto en mente de manera preliminar, téngase en cuenta también que la más importante delimitación del problema de la investigación es que se refiere estrictamente -como se ha reiterado ya- a ese tipo de casos con actividades peligrosas, porque no necesariamente sería conveniente volver objetivo todo el régimen de responsabilidad civil extracontractual, como también se mostrará.

Con todo lo expuesto anteriormente, se puede comprender mejor la siguiente pregunta, que es la que orientará el desarrollo del trabajo: ¿Hasta qué punto se puede sostener que el Análisis Económico del Derecho, a pesar de las críticas que se le han formulado, debería ser tenido en cuenta por la Corte Suprema de Justicia y por el Congreso de la República en aras de consolidar un régimen de responsabilidad objetiva para los casos de responsabilidad civil extracontractual por daños generados en ejercicio de actividades peligrosas?

Por supuesto, se puede plantear también como objetivo: Sustentar con razones suficientes si el Análisis Económico del Derecho debería ser tenido en cuenta por la Corte Suprema de Justicia y por el Congreso de la República en aras de consolidar un régimen de responsabilidad objetiva para los casos de responsabilidad civil extracontractual por daños generados en ejercicio de actividades peligrosas. Tal es pues el objetivo principal de este trabajo.

En cuanto a la estructura, se empieza con una presentación general del Análisis Económico del Derecho, en la cual se expone su historia, sus conceptos y postulados básicos, y la forma como las críticas que se le han formulado no obligan a desecharlo, aunque sí a aceptar

que puede tener algunas limitaciones. No se pretende hacer un tratado exhaustivo sobre AED. Se trata de un capítulo que se toma tan sólo una especie de presupuesto para el estudio posterior que constituye el objeto central del trabajo: la aplicación del AED a los casos de actividades peligrosas en la Responsabilidad Civil Extracontractual, la cual se aborda en el capítulo 2, en el que se aportan las razones para fundamentar la tesis de que el AED sugiere un sistema objetivo para tales casos.

Seguidamente, se dedica un capítulo entero a plantear y resolver las críticas que se pueden concebir frente a las conclusiones del capítulo 2, por lo emparentadas que están con las conclusiones de la monografía misma. El último capítulo, que es el más extenso, se dedica a presentar el desarrollo histórico de la línea jurisprudencial sobre la Responsabilidad Civil en el ejercicio de actividades peligrosas, dedicando una gran parte a su vez a presentar lo que la Corte ha entendido con ese concepto. Se finaliza con las conclusiones del trabajo y la bibliografía.

## Capítulo 1: Breve historia del AED, conceptos básicos y defensa ante críticas

Para empezar a abordar el Análisis Económico del Derecho como tal, hay que hablar primero más precisamente del Law and Economics (Derecho y Economía). Se trata de una corriente académica que, más allá de antecedentes aislados que se remontan a autores tan clásicos como Adam Smith y Jeremy Bentham, o al famoso juez Holmes con su obra de 1881 *The Common Law* (Landes y Posner, 1987, pp. 126-127), empezó ciertamente como estudio sistemático o materia académica independiente en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, con los trabajos del profesor Aaron Director en la década de los 50 del siglo XX. Enseñó allí por cerca de 20 años, y al ser economista de profesión, resultó ser la persona clave para impulsar la corriente; sin olvidar que además fue el fundador del primer programa de Derecho y Economía en Estados Unidos y la *Journal of Law and Economics* (Mercurio y Medema, 2006, pp. 96-98).

Para continuar con el recuento histórico, y de paso seguir ilustrando el AED -para luego volver sobre sus conceptos y presupuestos fundamentales para una mayor comprensión del tema- se puede adoptar como estrategia de clasificación de las etapas históricas (como lo han hecho ciertos autores empezando por Posner) identificar “olas” del AED en su desarrollo histórico, y con estas, exponer a los principales autores del movimiento.

De todas maneras, no se puede perder de vista que este tipo de clasificaciones de momentos históricos son arbitrarias por naturaleza, y se deben vislumbrar a grandes rasgos. Por ejemplo, ¿cuándo empezó el “renacimiento”? Unos dirán que, en 1492, otros que en 1453 con la conquista de Constantinopla, y así sucesivamente.

Comenzando pues con la primera ola, se ha dicho que se formó con el mismo Aaron Director; con el famoso artículo de Ronald Coase de 1960 llamado *The problem of social cost*, que fue publicado en la revista de Derecho y Economía de Director en Chicago; con el artículo del juez Guido Calabresi *Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts* de 1961 (“Algunos pensamientos sobre la distribución de riesgos y el Derecho de daños”) y sus obras

posteriores (Morales, 2011, pp. 18-24), como el también clásico trabajo *The costs of accidents. A legal and economic analysis*, de 1970.

De hecho, podría decirse que Calabresi se encontró casi en el límite entre la primera y la segunda ola, pues fue también un autor muy destacado de la segunda ola junto a Gary Becker y Richard Posner, el autor más famoso de la disciplina (pp. 25-38). ¿Dónde radicaría pues la distinción entre ambas olas? La respuesta la brinda el mismo autor, Carlos Morales de Setién Ravina, profesor de la Universidad de Los Andes:

La evolución de la corriente está determinada por la sucesiva ampliación del objeto de estudio entre una etapa y la siguiente. En lo que se conoce como la primera ola del análisis económico del derecho, los juristas dedican su esfuerzo a la aplicación de la teoría económica a áreas de la vida social en las que el comportamiento de los sujetos tiene lugar en el mercado tradicional de bienes y servicios, como son el derecho de la competencia, el derecho tributario o el derecho de servicios públicos.

En la segunda ola, la aplicación del análisis económico se extiende a otras áreas del derecho a las que tradicionalmente los economistas habían prestado poca atención: el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, el derecho de contratos, el derecho penal o el derecho administrativo. El análisis económico del derecho se expandía así progresivamente a otras áreas del derecho privado no relacionadas con el derecho societario o los impuestos, y después estudiaría el derecho público con cada vez mayor frecuencia (pp. 17-18).

Así pues, la primera ola dotó al movimiento de sus fundamentos teóricos, y esto preparó a los autores de la segunda ola (llamada de “consolidación”) para ir más allá y “aplicar la lógica de la economía a ramas del derecho ajenas al mercado” (p. 25). Hablando pues de la segunda ola, destaca la aplicación de Calabresi del AED a la Responsabilidad Civil Extracontractual, la aplicación de Becker al Derecho Penal, y cómo no, las prolíficas obras de Richard Posner, que lo llevarían a la fama junto con el propio movimiento. Por ejemplo, es un clásico su libro *Economic*



*Analysis of Law* de 1973, que desde entonces ha tenido sucesivas ediciones cada pocos años. Con este trabajo llevó la materia a muchas ramas del Derecho ajenas al mercado en sí. Como se ve, desde este momento como mínimo se puede hablar ya propiamente de Análisis Económico del Derecho, en vez de decir simplemente Derecho y Economía (*Law and Economics*).

Antes de entrar en la tercera ola, conviene en este punto plantear una distinción de enorme importancia: existe un AED normativo, y un AED positivo. El primero se refiere a lo normativo en el sentido de valorativo, prescriptivo, ideal; lo que debería ser. El segundo se refiere a lo positivo en el sentido de científico (recuérdese el ideal del Positivismo Científico de Augusto Comte en el siglo XIX), como estudio descriptivo de lo que es.

Así, el AED normativo se interesa por el sistema jurídico considerado ideal a la luz de un criterio de eficiencia económica o de maximización de los recursos (es decir, el interés por aumentar la eficiencia económica de las normas, especialmente mediante la propuesta de cambios legales), y el AED positivo simplemente se preocupa por entender el funcionamiento real del sistema jurídico, y, por ejemplo, por dar cuenta de en qué medida la eficiencia económica ha influido efectivamente en el legislador o los jueces a la hora de ir dando forma a las instituciones jurídicas del sistema, o por predecir los efectos de las normas (Posner, 2007, pp. 57-59)<sup>2</sup>.

La razón por la que se plantea la distinción en este punto es porque para exponer mejor a Calabresi y a Posner como autores, hay que aclarar que Calabresi se distingue por ser el principal exponente del AED normativo en la Responsabilidad Civil Extracontractual, mientras que Posner se preocupó por no salirse nunca del ámbito de lo descriptivo, siendo así un referente del AED positivo. Por ejemplo, criticaba el AED normativo de la siguiente manera: “El resultado de la preferencia por el análisis normativo es que nuestra comprensión del sistema jurídico es pobre, incompleto y asistemático, lo cual, irónicamente, es una situación que hace muy difícil proponer

---

<sup>2</sup> Esta distinción es muy clásica y relevante, y suele estar presente en la mayoría de los tratados. Por ejemplo, véase también Shavell, 2004, pp. 737-742, quien los llama “análisis descriptivo: los efectos de las disposiciones legales”, en contraste con el “análisis normativo: la deseabilidad social de las normas jurídicas”. Se puede consultar además a Torres, 1987, pp. 38-42, al igual que Miceli, 2009, pp. 2-3.

reformas sensatas del sistema” (1975, p. 99). Sin embargo, como se ve al final de la cita, es curioso que ni siquiera Posner perdía de vista el interés por reformar sensatamente el sistema.

En cuanto a la llamada tercera ola, continúa explicando Morales:

En la tercera ola se presenta una especialización marcada del análisis económico por áreas del conocimiento y se incorporan teorías económicas que se apartan del paradigma clásico de la economía para explicar la incidencia de las normas jurídicas en el comportamiento humano, como la teoría neoinstitucional o la economía de la conducta (*behavioral economics*) (p. 18).

Se trató pues de una ola marcada por la reacción de los académicos del movimiento ante las fuertes críticas que se empezaron a formular contra sus propios fundamentos. En gran medida la llegada de tan fuertes críticas fue algo natural, si se tiene en cuenta la visibilidad que logró el AED en todos los campos del Derecho durante la segunda ola, y las mismas tendencias expansionistas que tuvo, que no fueron bien recibidas por muchos, como se verá en el próximo apartado de este capítulo.

Hasta este punto, la breve historia brindada permite tener una mayor comprensión del AED, así como formarse una idea de quién era cada autor. Partiendo de esto, ahora sí se pasará al análisis de los principales conceptos del AED como tal para un entendimiento más profundo sobre el tema. En primer lugar, por supuesto, se debe presentar una definición del Análisis Económico del Derecho en sí. Se puede construir acá una definición propia, a partir de la investigación que se ha realizado:

El Análisis Económico del Derecho es el estudio de las normas de un determinado sistema jurídico a la luz de los principales métodos, presupuestos, criterios y conceptos propios de la economía -tales como la racionalidad de las personas, la eficiencia en sentido técnico, o los incentivos y precios-, para comprender la incidencia que tienen dichas normas en el comportamiento de los individuos, predecir los efectos de cambiarlas, y describir el papel que

juegan o los efectos que tiene en el funcionamiento de la economía del respectivo país (enfoque positivo); y en ocasiones, para sugerir cambios en el sistema jurídico de manera que se incentiven comportamientos que lleven a una mayor eficiencia económica y a una maximización de la riqueza social (enfoque normativo).

Uno de los primeros presupuestos que se toman prestados de la economía es el de la racionalidad de los agentes. El concepto lo explica el Profesor Carlos Morales:

El sentido formal de racionalidad que usa la teoría de la elección racional se basa en el supuesto de que las preferencias de los sujetos tienen las propiedades de ser completas, reflexivas, transitivas y continuas. Que el conjunto de preferencias sea completo significa que el sujeto las conoce y puede ordenarlas [...]. La transitividad implica que, si un sujeto prefiere una opción A antes que una opción B, y la opción B antes que la opción C, entonces necesariamente preferirá también la opción A sobre la C. La continuidad implica que si existen dos alternativas cercanas entre sí que ocupan una posición superior a otra, el individuo escogerá una de los dos superiores, aunque la cercanía de las alternativas le dificulte la elección específica entre una y otra. Por otro lado, la propiedad de la reflexividad es trivial en la mayoría de los casos: implica que todo conjunto de preferencias es al menos tan buena como sí misma. Estas características de las preferencias permiten ordenarlas dada una determinada función ordinaria de utilidad, es decir, les permite escoger entre preferencias en función de los resultados deseables de acuerdo con una determinada utilidad para el individuo. La racionalidad definida de esta forma es un axioma para los economistas. (2011, pp. 44-45)

De manera similar a la racionalidad, hay un concepto económico que también hay que comprender en su sentido técnico, y es el de la eficiencia. El concepto más clásico entre los economistas es el desarrollado por el economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923). Supóngase una sociedad de tan sólo 2 individuos, y con cierta cantidad de bienes y servicios a distribuir entre ellos. Si en una situación B de distribución de los recursos al menos uno de los dos está mejor que en una situación A, y el otro sujeto está al menos igual, entonces la situación

B es más eficiente que la A en términos de Pareto. Si se sigue mejorando la situación respecto a la distribución de los bienes y servicios entre ambos, llegará finalmente una situación en la que no es posible mejorar más la situación de alguna de las 2 personas, sin desmejorar la de la otra. Eso es precisamente un óptimo de Pareto (Miceli, 2009, pp. 4-5).

Sin embargo, como las sociedades constan de tantas personas, es prácticamente un ideal inalcanzable que por ejemplo alguna medida legislativa no desmejore la situación de absolutamente nadie. Por eso muchos economistas han considerado más realista y práctico el criterio de eficiencia desarrollado en los 60 por los famosos economistas Kaldor y Hicks (premio Nobel de 1972). Es como un criterio de Pareto más relajado, llamado “eficiencia de Pareto potencial” (pp. 5-6). La definición del criterio de Kaldor-Hicks presentada por Mario A. Pinzón Camargo resulta muy clara:

Establece una situación eficiente como aquella en donde el beneficio que obtiene el individuo o individuos beneficiados por un instrumento legal, es suficiente como para compensar potencialmente la pérdida generada a aquel grupo o individuo perjudicado por la medida, y aún así conservar un margen de ganancia por parte de los ganadores (2010, p. 149).

Estos dos son los criterios de eficiencia más empleados por los economistas. Sin embargo, este último autor va un poco más allá al exponer otros dos criterios preferidos por algunos. El de Pareto-Wicksell es como el anterior, sólo que exige que la compensación de los beneficiados hacia los perjudicados sea efectiva, y no simplemente potencial (p. 149), y el que propuso Posner se conoce como “maximización de la riqueza”. Surge ante las críticas de la imposibilidad de sumar y comparar preferencias individuales, y por lo tanto pretende “lograr monetizar las preferencias de los individuos [según su disposición a pagar], de tal forma, que sea posible comparar dos o más situaciones, y definir de manera objetiva, cuál es la que maximiza la riqueza de la sociedad” (p. 149)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Para una exposición mucho más técnica y detallada de la aplicación de los conceptos de eficiencia, véase Mercurio y Medema, 2008, pp. 68-93.

Como explica Diego Papayannis -uno de los autores más influyentes en nuestro medio Iberoamericano sobre las diferentes aproximaciones teóricas al Derecho de daños-, “la mayoría de las veces los analistas emplean una versión del criterio Kaldor-Hicks interpretado en términos monetarios, es decir, desprovisto de su componente utilitarista. Lo que importa no es la maximización del bienestar, sino de la riqueza agregada.” (2014, p. 35). Es la noción de eficiencia en la que él mismo se basa para su trabajo.

Tener claridad sobre el concepto de eficiencia permite hablar ya sobre el famoso teorema de Coase, y sobre Calabresi. El teorema de Coase, que ni siquiera fue formulado expresamente como un teorema por dicho autor en su ya mencionado artículo de 1960 *The problem of social cost*, ni consistía en el tema central de dicho artículo, tiene una fama casi inexplicable en el AED. Sin embargo, tal vez sí se pueda explicar por su importancia histórica, al ser una de las ideas iniciales que abrieron camino para pensar el Derecho en términos económicos.

Para la argentina María Josefina Tavano, autora de un capítulo sobre el tema en la compilación *Análisis Económico del Derecho*, “su importancia radica en haber sido capaz de hacernos repensar el Derecho, conduciéndonos a su relectura” (Kluger, y otros, 2006, p. 59), o como sostiene Posner, “el artículo de Coase fue el más importante a largo plazo para el desarrollo del nuevo campo del derecho y la economía. Creó un marco para analizar la asignación de derechos de propiedad y la responsabilidad por daños desde un punto de vista económico” (1975, p. 84). El propio posner presenta el teorema en estos términos:

Coase demostró que en el caso de costos de transacción insignificantes se consigue un resultado eficiente si las partes negocian privadamente entre ellas, al margen de cuál pudo haber sido la asignación inicial de los derechos de propiedad o de responsabilidad civil. De cualquier modo, en los casos en que los costos de transacción no son insignificantes, no se puede confiar en que la mera atribución de responsabilidad legal a la persona que “causa” el accidente garantice un resultado eficiente (1975, pp. 84-85).

Como explica pues el profesor Carlos Morales de Setién Ravina, el teorema de Coase tiene dos partes. La primera es que “en ausencia de costos de transacción el derecho es irrelevante para la obtención de asignaciones eficientes de recursos” pues “la negociación en el mercado permitirá encontrar la solución más eficiente” (2011, pp. 50-51). Sobre los costos de transacción explica:

Un costo de transacción es cualquier costo relativo al establecimiento, mantenimiento o conservación de un derecho con valor económico. Muchos de los costos de transacción están relacionados con la intervención del derecho (minutas de abogados, pago de licencias, documentos públicos notariales, registros, etcétera). Otros son inevitables, como el uso del tiempo que tenemos que dedicar para llegar al acuerdo, directa o indirectamente, o los derivados de asegurarnos, por medios legales o extralegales, que cada parte cumplirá con lo pactado. (pp. 51-52)

En resumen, “si los costos de transacción fueran nulos, y se partiera de la racionalidad de los agentes, estos negociarían entre sí y aquel que le asignara una mayor utilidad al bien podría adquirirlo del otro”. (p. 52). Sin embargo, es evidente que siempre hay costos de transacción, y que de hecho suelen ser demasiado altos para las partes. Por eso la importancia para este trabajo de la segunda parte del teorema, la cual sostiene que “si los costos de transacción van a impedir celebrar una negociación que produzca una redistribución eficiente de los derechos, entonces el sistema jurídico podría efectuar una asignación de derechos que condujera a la situación más eficiente” (p. 53). Esta idea, aunque algunos puedan considerarla evidente, no se puede perder de vista como un gran punto de partida o premisa general en este trabajo.

Como dice Tavano, ya mencionada, “[Coase] no acepta el axioma de que quien daña paga, se pregunta por el verdadero sentido de quién es el que daña. Y responderá: no es necesariamente quien realiza un determinado acto, sino quien pueda evitarlo más económicamente” (Kluger, y otros, 2006, p. 62). Como se va evidenciando, Coase se preocupaba por el problema de los costos sociales (de ahí el nombre de su artículo), y cuestiones como la

forma más económica de evitar daños, entendiendolos como un problema de la sociedad y no sólo de particulares.

Esta forma de pensar remite precisamente a los planteamientos de Guido Calabresi. De hecho, sólo con el nombre de sus dos trabajos mencionados, se evidencia cómo en 1961 hablaba ya de la distribución de los riesgos en el Derecho de daños, y en 1970 analizaba económicamente el costo de los accidentes. De nuevo, quedaba ya bastante claro que los accidentes implican un costo para la sociedad, y son de este modo un problema público, y no sólo de los agentes privados implicados en un conflicto de intereses generado por un accidente.

En este sentido, Calabresi realizó una distinción de tres formas o tipos de costes que podrían -y deberían- intentar minimizar los diferentes sistemas de Responsabilidad Civil, aunque al final se concluye, como lo explica Papayannis, que “no es posible lograr la reducción de una categoría de costes más allá de un punto sin incrementar a la vez los correspondientes a otra categoría” (2014, p. 39). Los llamó costes primarios, secundarios y terciarios. Papayannis los explica con mucha claridad: “Los costes primarios son los que resultan de sumar los daños que efectivamente se producen con lo que se invierte en las precauciones destinadas a evitarlos” (pp. 39-40). Es muy fácil de entender esta categoría, y son los más importantes para este trabajo.

Ahora bien, los costes secundarios “son los que se vinculan con el hecho de que los costes primarios de los accidentes recaigan sobre pocas personas o sobre quienes están en peores condiciones económicas de soportarlos” (p. 41). Por ejemplo, no es lo mismo un daño de 100 millones recaiga sobre 10 personas de clase media (10 millones cada una), a que los 100 millones recaigan sobre una sola de esas personas, caso en el cual es mayor la reducción del bienestar social; y de la misma manera, reduce mucho menos el bienestar social hacer recaer un daño de 100 millones sobre una persona muy rica, que hacerlo recaer sobre una persona que gana poco más del salario mínimo (p. 41). Respecto de los costes terciarios, finalmente, se refieren simplemente a los costos de administrar el sistema de Responsabilidad Civil (costos de litigio, salarios de los jueces, peritos, etc.) (pp. 43-44).

Para concluir con Calabresi, basta con recordar que se destacó por ser un exponente del AED normativo, especialmente enfocándose en el Derecho de daños. De esta manera, lo que hizo fue abogar por que la eficiencia económica -como ya se explicó- fuera el ideal de todo sistema de Responsabilidad Civil, centrándose en mejorar el diseño de las normas para que generaran los incentivos correctos para la mayor reducción posible de los costos sociales. No cesaba de ver las pérdidas o daños ocasionados por los accidentes como una fuente de ineficiencia económica, que, como se dijo, asumía como ideal supremo, y desde el AED encontraba un vínculo intrínseco entre el diseño de las normas y los costos sociales efectivos.

Desde Calabresi, surgió pues la tradición de analizar económicamente los modelos de responsabilidad objetiva y los de responsabilidad subjetiva. En el próximo capítulo se analizarán con más detalle los incentivos que genera cada uno de esos sistemas según el AED, con autores que continuaron esa tradición como Steven Shavell o el propio Posner, quien realizó aportes para casi todas las líneas de estudio del AED.

### **1.1. Críticas al AED y respuestas a las mismas**

Antes de empezar este apartado, se debe hacer una aclaración importante: la siguiente sección es una construcción propia, como un resumen efectuado tras una extensa revisión de los trabajos o bibliografía sobre el tema. Como pronto se reiterará, las críticas son típicas y casi siempre las mismas, aunque expresadas con palabras diferentes. Por lo tanto, poco sentido tendría en general parafrasear a alguno de los autores, cuando así se dejaría entonces de mencionar a todos los demás que han referido las mismas críticas. Elaborar una lista semejante de citas sería prácticamente imposible, por lo cual se plantearán las ideas en palabras propias con mayor fluidez en el desarrollo del texto, salvo que se decida introducir alguna cita.

No obstante, se puede mencionar el valor del trabajo del profesor Morales de Setién Ravina, entre las páginas 60 y 66 (quien elaboró sus propias categorías de las críticas al AED), el texto de Mark Kelman (“La mala comprensión de la vida social: una crítica a las premisas fundamentales del Análisis Económico del Derecho”); el trabajo citado del profesor Mario A.



Pinzón Camargo de la Universidad Externado, con un espíritu particularmente crítico del AED (especialmente útiles son las páginas 57 a la 62); el capítulo XII del texto referenciado de Hugo A. Acciari; el libro citado del español Pedro Mercado Pacheco, especialmente entre las páginas 54-125 y 274-284;

Asimismo, el excelente libro referenciado de José Ramón Cossío Díaz (Derecho y Análisis Económico), con un particular interés en el capítulo III sobre Derecho y Sociología Jurídica; las críticas encontradas entre las páginas 71 y 95 del citado trabajo de Juan Torres López; y la magistral obra de Mauricio Rubio con la colaboración de Ana María Arjona, destacando particularmente las críticas a la racionalidad desarrolladas a lo largo del capítulo segundo. No obstante, como se dijo, son muchos más los autores y trabajos que se podrían mencionar, pues la lista de críticos es casi interminable, pero la deuda más grande es con los mencionados. Con esta aclaración, se empieza ahora sí con la síntesis propia, fruto no sólo de la revisión de textos, sino también de las fructíferas conversaciones académicas mantenidas con el asesor de esta Tesis de grado, y de la reflexión personal sobre el tema.

Naturalmente, desde que el AED se empezó a expandir y a ganar cada vez más visibilidad, empezó a ser blanco de múltiples ataques, que en gran medida provinieron de juristas. No sobra decir que las tendencias a criticarlo han sido más marcadas en la familia jurídica del *Civil Law*, especialmente en medios latinoamericanos. Al ver muchas de las críticas planteadas, es obvio que parten de un desconocimiento del sentido técnico, preciso y real de algunos de sus conceptos más básicos, como la eficiencia y la racionalidad, tal y como se explicaron en el apartado anterior.

En su lugar, se emplea por el contrario una comprensión relajada de dichos términos y basada más en las nociones cotidianas del lenguaje natural que en lo que verdaderamente tienen en mente los teóricos del AED. Por lo tanto, terminan siendo críticas dirigidas contra una caricatura del AED -una especie de muñeco de paja inexistente- y no contra el AED real. Ese tipo de críticas se ignorarán por completo.

Sin embargo, en muchas ocasiones sí se ha partido de un verdadero conocimiento del AED tras una considerable profundización en el estudio del mismo, para efectuar críticas bien fundadas. Diversos académicos muy respetables han planteado críticas de este tipo. Ahora bien, a decir verdad, después de una revisión bibliográfica considerable sobre el tema para la elaboración de esta monografía, se concluyó que en realidad nunca logran escapar de 4 categorías.

Yendo incluso más allá, se puede decir que en realidad es como si sólo existieran 4 grandes críticas, pues, sin importar las expresiones lingüísticas particulares que emplee cada autor, la idea de fondo que tiene en cada crítica es la misma, si se acepta que el lenguaje es meramente un instrumento para expresar ideas (que pueden ser compartidas por diversos sujetos). Honestamente, es difícil encontrar argumentos o críticas novedosas u originales que se alejen de esas 4 (obviamente, salvo que se dirijan a planteamientos muy puntuales de algún autor, por ejemplo), incluso por más que se lean las publicaciones más recientes sobre el tema. Es como si las críticas más evidentes y naturales al AED hubieran sido encontradas ya desde hace mucho tiempo.

De hecho, en realidad aunque se puedan plantear como 4 diferentes, están muy emparentadas entre sí, y en ocasiones las fronteras entre una u otra pueden ser difusas, por lo cual hasta se puede presentar una versión unificada. Todo esto por supuesto no les quita fuerza, pues una sólo crítica bien formulada puede ser más fuerte que muchas juntas elaboradas a la ligera, y obligar a abandonar total o parcialmente alguna teoría o hipótesis. En este caso, lo que se pretende es tener una postura muy abierta y objetiva ante dichas críticas, y valorarlas con sobriedad, seriedad y sensatez, para finalmente llegar a alguna síntesis que pueda estar más cerca de la verdad sobre el asunto<sup>4</sup>, y que no caiga en los excesos de uno u otro bando.

---

<sup>4</sup> Como opinión personal, se parte de la base de que nunca hay que tenerle miedo a la Verdad, sea la que sea y en cualquier asunto. Tampoco hay nada que perder al reconocer cualquier cosa que los buenos argumentos obliguen a reconocer, y sí mucho que ganar. La razón hay que dársela a quien la tenga, y la honestidad intelectual es una condición indispensable para el avance del conocimiento humano en todas las materias.

¿Cuáles son entonces las 4 críticas o categorías en que se enmarcan? Aquí se les dará una especie de título, para desarrollarlas inmediatamente: en primer lugar, críticas dirigidas o relacionadas con la eficiencia; en segundo lugar, las críticas al supuesto de la racionalidad de los agentes; en tercer lugar, las críticas a las diferentes formas de reduccionismo del AED, y por último, lo que se ha denominado el imperialismo del AED (“Críticas a las pretensiones académicas del movimiento”, como diría el profesor Morales de Setién Ravina).

Las críticas a la eficiencia se manifiestan cuando se cuestiona el hecho de que la eficiencia económica sea elegida como ideal privilegiado, sin tener en cuenta muchos otros principios e ideales de justicia con los que en ocasiones parece chocar. Esto, si se critica el AED normativo. Lo que plantean es que la búsqueda de la eficiencia económica no necesariamente tiene por qué ser un ideal absoluto, porque muchas veces puede chocar con otros principios e intereses políticos, generalmente vinculados a alguna concepción particular de justicia<sup>5</sup>.

Por poner sólo un ejemplo, supóngase que el AED concluye que la pena de muerte tiene como efecto la mayor prevención de los delitos que con ella se sancionan (en realidad Becker mostró lo contrario, pero para simplificar el ejemplo, se hace la suposición de que el AED lleva de manera indiscutible a la conclusión de que la pena de muerte reduce el número de delitos).

Ahora bien, supóngase también que un congresista presenta un proyecto de ley para introducir la pena de muerte, y se basa en esas hipotéticas consideraciones traídas del AED, y además les suma otras también orientadas a la eficiencia económica, como el argumento de que los presos le salen caros al Estado. ¿No choca esto con todo tipo de principios y garantías, empezando por el carácter inviolable de la vida humana consagrado en el art. 11 de la Constitución; así como con todo tipo de concepciones básicas sobre la justicia?

Muchas veces esta misma crítica a la búsqueda de la eficiencia económica va más allá para manifestarse en la forma de cuestionamientos a lo que se ve como los presupuestos políticos

---

<sup>5</sup> Como lo expresa también el autor español Pedro Mercado, “la eficiencia no es el único valor social, y por ello debe ceder cuando otros valores se consideren como prioritarios [...] la eficiencia es un componente de la idea de la justicia pero no el único ni el más importante” (1994, p. 58).

o ideológicos del AED, diciendo que con este se disfraza el Neoliberalismo; la defensa absoluta del mercado y su expansión indebida (con todo esto se toca también uno de los sentidos en que se ha usado la palabra imperialismo, con claras connotaciones estadounidenses además, por ver a dicho país como el que ha impulsado el Neoliberalismo de forma “imperialista”, aunque realmente no se le dará aquí importancia a una crítica semejante); el utilitarismo frío cuestionable moralmente; el consecuencialismo contrapuesto al deontologismo con el que tantos juristas tienen más afinidad, etc.

Solamente para ilustrar un ejemplo de estas críticas que no provenga de autores latinoamericanos, se presenta esta cita de Landes y Posner: “por ejemplo, Epstein y Dworkin argumentan que un sistema de derecho pensado para hacer que la sociedad sea más rica es simplemente inmoral” (1987, p. 134).

Si la crítica se dirige al AED positivo, se plantearía como una negación del hecho de que la búsqueda de la eficiencia pueda explicar todas las construcciones judiciales y legislativas que en efecto han llevado a las características actuales y efectivas del sistema jurídico, aduciendo que en muchos casos, o tal vez la mayoría, otros principios han sido tenidos en mente por encima de la eficiencia a la hora de diseñar las normas.

Otras de las críticas a la eficiencia se dirigen directamente a su concepto técnico, por ejemplo, cuando se cuestiona el criterio de Pareto diciendo que es imposible que las decisiones públicas no desmejoren la situación de nadie, aunque la obvia respuesta a esto es que para eso surgieron otros como el de Kaldor-Hicks; o como se dijo ya, parten simplemente del desconocimiento de lo que verdaderamente la eficiencia significa.

En cuanto a las críticas relacionadas con el presupuesto de la racionalidad de los agentes, lo que se suele plantear es que en realidad las personas no siempre actúan de forma racional. Hay una versión superficial de esta crítica que no tiene en cuenta el verdadero concepto de racionalidad que aquí ya se vio, puesto que muchas veces se tildan de irracionales algunas conductas de las personas hablando meramente desde el lenguaje natural, a pesar de que si se

examinan bien, para ellas esas preferencias sí tienen las propiedades de ser completas, reflexivas, transitivas y continuas, en el sentido formal. En su escala de prioridades pueden generarles más bienestar que las que sean juzgadas como más racionales o normales por la sociedad.

Sin embargo, hay críticas mucho más serias que aluden desde la Psicología a las complicadas cuestiones conductuales que hay detrás del comportamiento del ser humano. Aquí se habla de los sesgos conductuales, de trabajos como los que le merecieron el Nobel de Economía a Daniel Kahneman, de comportamientos impulsivos en los que la razón se ve cegada instantáneamente por algún sentimiento “primario” fuerte, etc. Son cuestiones que llevan al complicado campo de la economía conductual.

En tercer lugar, en cuanto al reduccionismo del AED -en el sentido despectivo de la palabra como se suele emplear en la academia-, ese sí que se dice que se manifiesta de muchas formas: cuando se intenta reducir todo el Derecho a la Economía como ciencia social (de nuevo, “imperialismo” académico de la Economía); cuando se reducen todas las políticas jurídicas a la búsqueda de la eficiencia económica (nexos con las críticas a la eficiencia); cuando se reduce a una simple fórmula básica algo que en realidad se ve condicionado por un número incontable de variables imposibles además de determinar; cuando se reducen a una simple cuantificación monetaria bienes jurídicos invaluable como la vida humana, o en general cada vez que se reduce a lo cuantitativo lo que es en realidad cualitativo.

Asimismo, cuando se reducen las complejidades del comportamiento humano a unos pocos supuestos de racionalidad (nexos con las críticas a la racionalidad); o las complejidades de la vida social en vez de hablar del comportamiento humano, como cuando se reducen todas las normas sociales a las normas jurídicas (precisamente lo que dice la crítica es que las normas jurídicas son sólo una especie en la categoría mucho más amplia de normas sociales, que son las que inciden en general en el comportamiento de los sujetos).

Como ejemplo de esto último, una norma jurídica dice que los motociclistas deben usar casco, so pena de incurrir en multa. Sin embargo, en los barrios populares de Medellín se puede

constatar que prácticamente ninguno lo usa. La razón es que se creó una fuerte norma social por las situaciones históricas de violencia en la Ciudad, puesto que las bandas criminales debían poder reconocer a todos los motociclistas que estaban llegando al barrio, para asegurarse de que no fueran algún miembro de una banda enemiga. Ha pasado en diversas ocasiones que se le dispara de manera preventiva al que lleva casco.

Por eso, obviamente prevalece el miedo a no recibir un disparo, que es la posible sanción de violar aquella norma social, en vez del miedo a la posibilidad casi nula de recibir una multa por una norma que en esos contextos nadie cumple, y cuyo cumplimiento sería imposible de exigir para las autoridades de Policía. Con el ejemplo se ilustran las limitaciones de las normas jurídicas, y la necesidad de distinguir de ellas otras normas sociales, a veces incluso contrarias.

Finalmente, en cuanto al llamado imperialismo del AED, ya se mencionó un poco en qué consiste, pero se puede decir que es principalmente la queja de juristas especialmente, que ven con malos ojos el hecho de que se quiera hacer ganar cada vez más terreno a la Economía en el dominio propio del Derecho, incluso al punto de subyugar académicamente el Derecho diciendo que se reduce por completo a la Economía. Es vista por estos críticos como una tendencia invasiva.

Como se vio ya, son difusas las fronteras entre estas cuatro críticas (que la eficiencia no es siempre el principio más importante, que la racionalidad no logra explicar todos los comportamientos de los seres humanos, y que el AED es reduccionista, e imperialista en sentido académico). Casi que se podrían fusionar en un solo texto de apenas media página, en el cual la cuestión del reduccionismo del AED tendría el papel central, por ser la que más puntos de contacto tiene con las otras críticas o categorías.

¿Cómo responder entonces a todas estas críticas? Por las razones ya mencionadas, algunas afirmaciones de los párrafos precedentes simplemente no se tomarán en serio. En todo caso, a las que sí son fuertes por ser planteadas con verdadera objetividad académica, se les debe dar una respuesta clara y sin evasivas. Se empezará la cuestión del “imperialismo”, pues es fácil

de resolver: obviamente es cierto que el Derecho no se reduce a la Economía, y en realidad muy pocas personas tratarían de defender algo semejante.

Debe en todo momento respetar los desarrollos propios del Derecho como disciplina, sin pretender llegar a reemplazarlos todos de forma simplista. Sin embargo, también son muchas veces infundados los temores de los juristas respecto a una excesiva expansión de la Economía. El punto medio que aquí parece sano y razonable (casi obvio), es que el Derecho y la Economía tienen mucho que aportarse mutuamente, que tienen una relación de complementariedad en el marco de las ciencias sociales, así como se encuentran relaciones provechosas con la Sociología o la Psicología, por ejemplo. Lo ideal es que haya un permanente diálogo entre el Derecho y la Economía, construyendo puentes entre ambas, pero sin que cada una deje de ser una disciplina con identidad y métodos propios para quienes se quieran dedicar a su estudio y ejercicio.

En segundo lugar, se le debe dar respuesta a lo referente a la eficiencia. Para empezar, las cuestiones políticas e ideológicas son algo que se sale del objeto del presente estudio, que pretende ser un poco más técnico. Muchas veces son además injustas, al tildar de político lo que en realidad no es más que un desarrollo académico. Además, si se aplica a la materia concreta de esta monografía, poco sentido tiene de tildar de inmoral el hecho de priorizar la búsqueda de la eficiencia cuando lo que se pretende en el fondo es salvar vidas humanas, en lo cual se profundizará más adelante.

Sin embargo, es totalmente cierto que muchas veces hay otros principios que deben prevalecer sobre la eficiencia (y que en efecto lo hacen en el ordenamiento jurídico, si se parte del AED positivo). En este sentido, en cuanto al argumento basado en el ejemplo hipotético de la pena de muerte, inmediatamente hay que decir que no se piensa entrar en ningún tipo de discusión para negarlo. Se le da la razón por completo y se comparte en esta monografía: de nuevo, en efecto, es cierto que muchas veces la eficiencia económica puede chocar con otros principios, y que muchas veces, luego de una ponderación, esos otros principios (empezando por la vida humana) deberían prevalecer sobre la eficiencia económica, que no es un valor absoluto.

Por ello, de entrada se reconoce que el AED, en especial el normativo, tiene una limitación en ese sentido y por lo tanto no se puede absolutizar la búsqueda de la eficiencia. Sin embargo, también es cierto que hay que mirar cada caso concreto, porque en una gran cantidad de supuestos sí es más que deseable para la sociedad que se persiga una mayor eficiencia económica, bien entendida. Por eso, en el capítulo 3 se volverá a presentar esta crítica pero ya relacionada con el Derecho de daños y la idea central de este trabajo, para ver qué pasaría en dicho ámbito.

Por último, se adelantará primero la respuesta a las críticas al reduccionismo, para luego juntarla con las de la racionalidad. Aquí se comparte plenamente la idea de que el reduccionismo en general es indeseable. Aproximadamente desde los años 80 empezaron a ganar mucha fuerza las críticas al reduccionismo en las diferentes ciencias (como la Biología y la Física), con la aparición o fortalecimiento de la Teoría de la complejidad, el concepto de “emergencia” de nuevos niveles de complejidad desde los inferiores, los desarrollos en la Teoría general de sistemas en la que una premisa fundamental es que en ellos “el todo es más que la suma de sus partes”, etc.

Con todo ello, empezó a quedar en evidencia que lo más complejo no se puede reducir a componentes o principios explicativos más básicos (como ecuaciones), pues cada nivel de complejidad tiene rasgos propios y *sui generis*, que “emergen” de una forma impredecible, y que no se encuentran en esos principios y componentes más sencillos a los que se intenta reducir la explicación del sistema complejo.

Así, ante la constatación de que la realidad en gran medida consiste en sistemas ubicados en diferentes niveles de complejidad, empezó a parecer cada vez más cuestionable la tendencia a reducirlo todo, que en su versión más extrema es la famosa búsqueda de la “teoría del todo” por parte de muchos físicos; es decir, la búsqueda de una gran ecuación unificadora de la física fundamental que logre explicarlo todo en el universo. Sin perjuicio de que pueda existir tal



ecuación fundamental, el problema es creer que explicaría todos los demás niveles de complejidad de la realidad, como la Biología, las dinámicas de las sociedades, etc.<sup>6</sup>

Por supuesto, el punto es que con la sociedad sí que ocurre lo mismo con mayor razón. Ni siquiera es una analogía. Es una crítica directamente aplicable. Ahora bien, ¿es cierto que el AED es reduccionista? La respuesta corta y honesta es que muchas veces sí lo es, en los casos en los que incurre en obvios excesos, en los que este trabajo de ninguna manera pretende incurrir. Sin embargo, como las cuestiones más fuertes son las relacionadas con el asunto de la racionalidad y el de las normas sociales en general, se fusionará en este punto la respuesta a la críticas del reduccionismo y a las del supuesto de racionalidad de los agentes.

¿Qué decir entonces de la cuestión de que los análisis conductuales de la Psicología muchas veces revelan la complejidad del comportamiento humano y que no siempre se actúa de forma racional, incluso entendida como la conciben los economistas?<sup>7</sup> ¿Y qué decir del hecho de que la sociedad parece estar regida por normas sociales entre las cuales las jurídicas podrían verse tan sólo como una categoría más?

La respuesta es que aquí se considera es cierto aquello a lo que apuntan las críticas, pero sólo en parte. Es decir, sin lugar a dudas el comportamiento racional no representa el 100% de conjunto mayor llamado comportamiento humano, y del mismo modo, las normas jurídicas no representan el 100% del conjunto mayor de las llamadas normas sociales. La clara conclusión a la que eso lleva es que no se puede absolutizar o totalizar el AED, ni el valor predictivo de sus conclusiones en relación con el comportamiento de los sujetos en los casos concretos.

---

<sup>6</sup> Es evidente que todo esto en principio no tiene nada que ver con el trabajo, aunque precisamente por esa interconexión de las disciplinas, son críticas también aplicables al Derecho o a la Economía, porque se está hablando de lo que parece ser una estructura de la realidad en general (el aumento de la complejidad, y la interconexión sistemática de casi todo). Simplemente se hace una recomendación de leer las obras divulgativas de científicos como Fritjof Capra, Robert B. Laughlin, Ilya Prigogine, Ian Stewart (matemático) entre muchos otros que han tocado dichos temas.

<sup>7</sup> La réplica más obvia a estas críticas es que ya han surgido en efecto escuelas conductuales de AED (“*Behavioral Law and Economics*”). El de hoy no es el mismo AED de los años 70. Sin embargo, este trabajo no las tiene en cuenta porque precisamente pretende centrarse en los incentivos netamente racionales generados exclusivamente por normas jurídicas, indagando acerca del alcance de sus efectos.

Sin embargo, también es cierto que la crítica no se puede llevar tan lejos como para pretender que se le debe quitar al AED todo el valor que le corresponde. Es decir, así como hay que aceptar que se debe disminuir en alguna medida aquí desconocida<sup>8</sup> el porcentaje de precisión de sus predicciones (en atención a que parte del supuesto de que las personas siempre actúan racionalmente, cuando no siempre lo hacen; y a que se basa en los incentivos racionales generados por las normas jurídicas, cuando no siempre son las que verdaderamente incentivan el comportamiento efectivos de los sujetos), también es cierto que no se puede afirmar que dicho porcentaje sea sencillamente nulo.

De este modo, lo que hacen dichas críticas es obligar a reconocer las limitaciones en el alcance del AED y en el nivel de certeza de sus predicciones; pero lo que eso significa al mismo tiempo es que se reafirma o consolida el dominio del AED dentro de dichos límites. Volviendo a analogías científicas, la Relatividad General de Einstein de 1915 no refutó la teoría de Newton sobre la gravedad. Lo que hizo fue abarcarla en una teoría más amplia que mostrara a su vez los límites en los que dejan de ser ciertas las predicciones newtonianas. Siempre y cuando no se trate de supuestos de velocidades cercanas a la de la luz, o de masas enormes como la de un agujero negro, como ocurre en el planeta Tierra, es posible seguir usando las leyes de Newton para construir edificios y puentes, para volar aviones, y para enviar satélites al espacio, como en efecto se hace. Con el AED puede suceder algo muy similar: ni se puede extralimitar entonces en sus pretensiones, ni se pueden extralimitar sus críticos al quitarle todo su valor.

Como es bien sabido, al igual que la propia Economía, el AED emplea modelos teóricos en los cuales es posible introducir todo tipo de variables numéricas. Sin embargo, ¿qué otro método de estudio podría emplear? ¿no es necesario realizar simplificaciones de la realidad mediante el uso de modelos? En la misma línea de lo que se acaba de explicar, obviamente hay que reconocer las limitaciones de los modelos, y cómo llevan a conclusiones en mayor o menor medida imprecisas según el tema y el modelo en cuestión.

---

<sup>8</sup> Sin lugar a dudas, resultaría absolutamente imposible adivinarlo, y mucho menos se llega en este trabajo a un análisis de cifras o estadísticas medidas en la realidad, pues posiblemente tomaría años.

No obstante, son la mejor herramienta que hasta ahora se tiene en el estudio de la realidad, y no sólo en la Economía. Siempre habrá alguna brecha entre el conocimiento teórico de la realidad, y la realidad en sí misma. Criticar el uso de modelos hoy por reflejar una visión borrosa de la realidad, sería como criticar una fotografía en blanco y negro de 1898, que no sólo es borrosa, sino que reduce los diferentes colores a los diferentes tonos entre el blanco y el negro. En este sentido, resulta muy pertinente una cita de Shavell sacada de la introducción de su obra *Economic Analysis of Accident Law*, que como luego se verá bien podría ser la mejor que hay sobre el tema del presente trabajo:

La ventaja de estudiar modelos es que permiten que las preguntas predictivas y normativas sean respondidas de una manera no ambigua. La practicidad, sin embargo, requiere que los modelos sean mantenidos simples; aunque no hay una obstrucción conceptual a la introducción en ellos de toda forma de complicaciones, admitir tan sólo unas pocas tiende a volver los modelos difíciles de resolver o interpretar. Así, la comprensión de la realidad basada en modelos debe ser inexacta, y deben hacerse juicios bruscos sobre la adaptación de los modelos (Shavell, 2007, p. 3)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> The advantage of studying models is that they allow predictive and normative questions to be answered in an unambiguous way. Practicality, however, requires that models be kept simple; although there is no conceptual bar to introducing in them all manner of complications, admitting even a few tends to make models difficult to solve or to interpret. Thus, the understanding of reality gained from models must be inexact, and rough judgements about the fit of models must be made.

## Capítulo 2: El AED aplicado a la Responsabilidad Civil Extracontractual

### 2.1. El problema de los costos terciarios

Se debe recordar en primer lugar que por costos terciarios, bajo la denominación de Calabresi expuesta, se hace referencia a los diferentes costos de litigio o costos de administración del sistema, lo cual incluye el salario de los funcionarios judiciales, honorarios de peritos y abogados, y el muchas veces largo tiempo empleado en el caso, etc. Este problema de los costos terciarios es el primero que se analizará al comparar ambos regímenes de Responsabilidad Civil desde el AED (que es la idea de este capítulo), para poder entrar a evaluar lo referente a los costos primarios en sí, o mejor dicho, a la posible diferencia entre uno u otro sistema de responsabilidad en cuanto a la reducción de accidentes.

Generalmente es una cuestión que no omiten los autores del AED en sus tratados sobre el tema, y sin la cual el análisis quedaría incompleto, porque como dicen Cooter y Ulen, “En el modelo simple, la meta económica del sistema de responsabilidad por los ilícitos culposos es la minimización de la suma de los costos de la precaución y el daño causado por los accidentes”, lo cual se refiere precisamente a la definición tradicional de costos primarios, mientras que “Un modelo más complejo incluye otro elemento importante de los costos: la administración [...]. Por ejemplo, un sistema de derecho privado incurre en los costos de abogados, jueces y otros funcionarios en la resolución de las disputas legales” (1998, p. 409).

Para este pequeño apartado se consultaron los siguientes trabajos que se encuentran en la bibliografía: Cooter y Ulen, 1998, pp. 409-411; Landes y Posner, 1987, pp. 163-170; Abraham, 2007, pp. 170-171; Papayannis, 2014, pp. 65-67; Coleman, 2010, pp. 254-255; Shavell, 2004, pp. 318-319; y sin duda el análisis más detallado si se quiere una profundización mucho mayor en el tema se encuentra en el capítulo 11 de *Economic Analysis of Accident Law*, que incluso cuenta con un anexo técnico con un modelo matemático para la cuestión (Shavell, 2007, pp. 262-276). Aquí no se pretende sin embargo tal nivel de profundidad, limitándose este apartado a exponer

una síntesis de lo que tales autores plantean de forma casi unánime, y complementándose la cuestión en el siguiente capítulo en la réplica a la segunda crítica.

El AED invita a intentar explorar el efecto total sobre los costos terciarios que implican ambos regímenes. Como dice Shavell, “el costo total de los costos administrativos es igual al número total de demandas multiplicado por el costo promedio por demanda”<sup>10</sup> (2007, p. 262), refiriéndose con esto último al costo de procesarlas en el sistema judicial. Sin embargo, llegar a conclusiones numéricas concretas es muy difícil, y tan sólo se puede intentar predecir desde el punto de vista de los incentivos si uno y otro factor aumentarían o no.

En efecto, lo primero que se constata es que procesar los casos en un régimen de culpa es más costoso, porque implica un gran debate probatorio precisamente en la determinación de si hubo culpa o no en la conducta del causante (por ejemplo, en un accidente podría llegar a ser necesario contratar peritos para que determinen detalles técnicos como la velocidad probable a la que iba el causante al conducir su vehículo para determinar si hubo exceso de velocidad, a partir de las evidencias disponibles en el lugar del accidente). Se trata de una decisión más difícil para los jueces, y conlleva una mayor duración del proceso. La conclusión inicial de esto sería que el régimen de culpa generaría costos terciarios mayores.

Sin embargo, la anterior conclusión es puesta en entredicho con la constatación de que un sistema de responsabilidad objetiva, al hacer que para las víctimas sea más fácil ganar en un eventual proceso (y que este sería además más rápido y barato) por no tener que demostrar la culpa del causante, genera incentivos mucho mayores para demandar al sufrir un accidente. En otras palabras, se puede esperar una cantidad mucho mayor de demandas nuevas en un sistema objetivo, lo cual llevaría a una mayor congestión del sistema, y a la necesidad de invertir más dinero en el mismo por parte del Estado.

A simple vista, podría pensarse pues que este último factor prevalece en el balance total de los costos terciarios (el aumento neto de los mismos al haber más demandas, aunque sean más

---

<sup>10</sup> “total administrative costs will equal the total number of claims multiplied by the average cost per claim”.

sencillas de procesar). No se profundizará más por ahora en el tema, pero se continuará un poco con esto en el próximo capítulo en la respuesta a las críticas, para mostrar cómo en realidad parece difícil concluir que la balanza se inclina hacia un aumento de los costos terciarios con un sistema de responsabilidad objetiva.

## **2.2. Comparación de la responsabilidad subjetiva y objetiva desde el AED de cara a la reducción de accidentes (Costos primarios)**

**2.2.1. Aclaración previa: comparación del concepto de culpa en Estados Unidos y en la tradición continental.** Habiendo visto ya los terciarios, y antes de comenzar con los costos primarios, o más propiamente con el ideal de reducir accidentes en la sociedad con un adecuado diseño normativo, se debe empezar por aclarar una cuestión muy básica: en realidad, a pesar de haber similitudes importantes, también hay diferencias en la forma como se aborda el concepto de culpa en la familia jurídica llamada Continental, Civilista o Romanista, que es la que se encuentra bajo influencia del Código Napoleónico, como se decía ya desde la introducción; y la aproximación al concepto que se ha visto en el ámbito anglosajón.

Las similitudes son que en ambos casos se habla del sujeto que realiza la conducta (de ahí el término “subjetivo”), y se pone un especial énfasis en la forma como la desplegó, para constatar si efectivamente cumplió con un grado de diligencia y cuidado debido. Aquí se puede hablar en ambas familias jurídicas de acciones concretas encaminadas a evitar la materialización del riesgo. Si no cumplió con el estándar de cuidado que la ley le exigía, se convierte la culpa en un factor de imputación para imputarle la responsabilidad por los daños que haya ocasionado con la conducta.

Ahora bien, en cuanto a las diferencias, se puede decir que radican precisamente en lo referente a dicho estándar normativo de diligencia exigida. Para que no se malinterprete lo anterior, no es que se pueda decir *a priori* que el estándar es más alto en una u otra familia jurídica. En cambio, la diferencia tiene más que ver con que justamente ese nivel de cuidado

exigido varía mucho según el caso en el sistema anglosajón (Estados Unidos como mínimo), mientras que en el continental se busca que haya un estándar general y abstracto.

Para hablar de una forma más específica de la diferencia referida, el estándar de diligencia debida se calcula en Estados Unidos con criterios basados en la eficiencia económica, de una forma mucho más matemática y precisa. Acá, sin embargo, deliberadamente se aborda la culpa de una manera un poco más ambigua y se le da más discrecionalidad a los jueces y operadores jurídicos para aplicar el concepto, hablando de estándares como la diligencia de un “hombre medio”, de una “persona razonable”, o de un “buen padre de familia”, sin que exista algo así como una fórmula matemática que deban aplicar.

**2.2.1.1. La regla de Hand.** Como se decía, en Estados Unidos sí se emprendió dicho camino, y fue principalmente a partir de la famosa fórmula de Hand, derivada de una sentencia del juez Learned Hand del año 1947. La fórmula, que a continuación se explicará un poco mejor, se basa en 3 variables: la probabilidad de ocurrencia del accidente; su gravedad en caso de ocurrir y el coste de las precauciones que se necesitan para evitarlo.

Sin embargo, aunque ha sido la más influyente para resolver casos posteriores, en realidad algo muy similar se había planteado ya por parte de un tribunal en 1864, al reconocer la variación en el nivel de diligencia exigible a un hombre prudente según el caso, en virtud de las diferencias en el riesgo que se corra con la actividad, y la magnitud del perjuicio que se pudiera ocasionar en caso de materializarse dicho riesgo (Landes y Posner, 1987, p. 181).

Volviendo a la regla de Hand<sup>11</sup>, Papayannis expone su versión inicial de la siguiente manera, recordando las 3 variables que ya se enunciaron:

---

<sup>11</sup> Aquí se aprovecha para mostrar con un ejemplo muy básico que el planteamiento de Hand sobre la forma como se relacionan esas 3 variables es totalmente razonable y acertado. Supóngase que a un apostador le ofrecen realizar mil apuestas seguidas sobre el resultado de un dado (lanzándolo mil veces). Tiene dos opciones: apostar 50 a que el dado caerá en 1 o 2, con lo cual ofrecen pagarle 300, o apostar 125 a que el dado caerá en 4, 5 o 6, para ganar también 300. Lo que debe hacer si es racional es calcular en cada escenario la probabilidad de ocurrencia, multiplicado por el valor de la ganancia ofrecida, y luego comparar el resultado con la cantidad de dinero apostada. En el primer caso, la probabilidad es de 2/6, que es igual a 1/3. Si se multiplica por 300, el resultado es 100. Como sólo se apuestan 50, la ganancia sería

La diligencia adoptada disminuye las probabilidades de ocurrencia, pero incrementa los costes de la precaución. Simbolizando el daño como  $D$ , el coste de la diligencia ( $A$ ) que depende de las medidas adoptadas ( $x$ ) como  $A(x)$ , y la probabilidad de ocurrencia ( $p$ ), que también depende de  $x$ , como  $p(x)$ , entonces, un individuo es negligente si, y sólo si,  $A(x) < D \cdot p(x)$ , y omite las medidas. Lo que afirma la conocida fórmula de Hand es que un individuo que omite tomar precauciones es negligente solo si su coste de evitación era inferior al valor esperado del daño (el valor del daño, ponderado por la probabilidad de su ocurrencia). (2014, p. 45).

Asumiendo los mismo símbolos que Papayannis, y la misma estrategia divulgativa que él adopta en la página 46 (hacer una tabla), se construirá un ejemplo propio. En el ejemplo, el daño tendrá un valor de 1000 en caso de producirse. Se plantearán sólo 4 escenarios diferentes de medidas que se podrían adoptar para una mayor simplicidad ( $x_0$ ,  $x_1$ ,  $x_2$  y  $x_3$ ), con 4 costos diferentes de adoptarlas en la columna  $A(x)$  que es la que se refiere pues al costo de diligencia (por ejemplo, el de  $x_0$  será un costo 0, porque son 0 medidas); y se verá cómo disminuye la probabilidad de ocurrencia en función de las medidas adoptadas en la columna  $p(x)$ . Luego, en otra columna se multiplicará el daño ( $D$ ) por esa misma probabilidad de ocurrencia, en la columna  $D \cdot p(x)$ , y dicho resultado, en la última columna, se sumará al coste de diligencia encontrado en la columna  $A(x)$ , para obtener un coste total (recordar que eso es lo que son los costos primarios, pues incluyen tanto los del daño en sí, como los de las precauciones para evitarlo). A continuación la tabla con el ejemplo:

---

de 50 también ( $100 - 50 = 50$ ). En cambio, en el otro caso la probabilidad sería de  $3/6$ , que es  $1/2$ , y si se multiplica por 300, el resultado será 150. Como se apuestan 125, la ganancia sería de 25 (es decir,  $150 - 125$ ). Así, con las 1000 apuestas el sujeto tendería a ganar 50.000 en el primer caso, y 25.000 en el segundo, por lo cual le conviene más el primero. Se plantean 1000 a propósito porque con un número mayor de casos es que más marcadas se verán las predicciones o tendencias estadísticas. Volviendo a la vida real, como la regla de Hand se piensa precisamente para los miles de casos de potenciales accidentes en la sociedad, en conjunto permite saber cómo es que se ahorrarán más costos primarios en la sociedad. Tan sólo se quería constatar con esta nota el obvio hecho de que la disposición de las variables en la regla de Hand es totalmente correcta, y no arbitraria o caprichosa.



X	A(x)	p(x)	D	D.p(x)	Costo total
x0	0	80%	1000	800	800
x1	100	65%	1000	650	750
x2	200	53%	1000	530	730
x3	300	44%	1000	440	740

Como se puede ver, mientras se van tomando medidas más costosas, va disminuyendo la probabilidad de que ocurra el daño (primero se reduce en 15%, luego en 12%, y finalmente en 9%), que es la que se multiplica por el valor del daño en caso de ocurrir (1000), a lo cual se le suma al final el valor de las medidas tomadas, que por lo ya dicho obviamente deben hacer parte del costo total. Se empieza en una probabilidad del 80% con 0 medidas, y se termina en una probabilidad del 44% con medidas por valor de 300.

En el caso del ejemplo, si se aplicara la fórmula de Hand en su versión inicial, un sujeto que no adopte las medidas de x3, sería negligente, porque vale 300 reducir el costo del daño (multiplicado por la probabilidad de ocurrencia) de 800 a 440, es decir, reducirlo en 360, y 300 es 60 menos que 360. Sin embargo, los autores han mejorado dicho planteamiento inicial de Hand y han explicado que lo más lógico es aplicar la fórmula en términos marginales (Papayannis, 2014, p. 46).

La razón es que no se considera eficiente cualquier medida que tenga un coste inferior al del ahorro total ya explicado de la columna D.p(x). En efecto, si se mira bien el caso, también x1 y x2 serían medidas eficientes si no se aplicara la fórmula marginalmente, pues en el primer caso vale 100 un ahorro de 150 (es decir,  $800 - 650$ ), y en el segundo caso, vale 200 un ahorro de 270. Tanto x1 como x2 y x3 serían pues consideradas medidas eficientes, porque en todas resulta inferior el coste de la medida que el valor ahorrado en el daño ponderado esperado.

En cambio, aplicar la fórmula en términos marginales, llevaría a la que es la verdadera solución más eficiente, que es x2, así: pasar de x0 a x1 implica un costo de 100, y genera una reducción de 150 en el valor esperado del daño (penúltima columna). Desde ahí, pasar a x2 vale

otros 100, y se logra una reducción adicional de 120 en el valor esperado del daño. Sigue siendo una situación mejor, al ser 100 menos que la reducción de 120 obtenida. En cambio, pasar de x2 a x3 vale otros 100, pero en tal caso sólo se logra una reducción de 90 (de 530 a 440). No es pues menor el costo adicional que el ahorro obtenido respecto de la situación anterior. Por eso, ya x3 no sería eficiente económicamente, y la situación más eficiente sería x2. En efecto, por eso es que en x2 es que se obtiene el menor costo total (730), o al revés, por eso es que x2 es la situación más eficiente en términos de costos primarios para la sociedad.

Ahora bien, el ejemplo también se puede aprovechar para ilustrar la diferencia entre el sistema de Estados Unidos y el de la familia civilista. ¿Acaso admitiría un juez francés o colombiano por ejemplo, pensando en un estándar de “persona razonable”, “hombre medio” o “buen padre de familia”, que sería diligente quien adopte las medidas de x2, a pesar de que la probabilidad de que ocurra un daño de 1000 seguiría siendo incluso superior al 50%? Seguramente no. Eso no se vería como cuidadoso, porque sería más probable que improbable que ocurra el daño, que es en lo que se pone la atención.

Por eso, se exigiría x3 o incluso más, si existiera algún x4, (mientras que, como se acaba de ver, en Estados Unidos el estándar sería x2) para lograr la mayor reducción posible de la probabilidad de ocurrencia del daño, es decir, del peligro. Mayor diligencia es algo visto como mayor reducción del peligro, y seguramente los márgenes de peligro tolerados por un “hombre medio” no serían tan altos como un 53%, que en tal caso sería visto casi por cualquier juez como alguien temerario y poco cuidadoso. Por supuesto, hay un punto en el que no se consideraría que un hombre medio o razonable adoptaría medidas lo suficientemente costosas, pero el argumento es que en nuestra tradición jurídica, el estándar se encuentra un poco más difuso, y no tan formalizado con un modelo matemático.

Como se decía, la regla de Hand en su versión inicial fue tan sólo el punto de partida, pues luego fue refinada o complementada por diversos jueces y teóricos en aras de una mayor búsqueda de la eficiencia (mayor reducción de los costos primarios en la sociedad). Por eso, no sólo se encontró que debía ser aplicada en términos marginales, como ya se explicó, sino que se

empezó a plantear un modelo un poco más sofisticado que pudiera incluir la conducta de la víctima (su grado de diligencia), además de la del causante (Landes y Posner, 1987, p. 182).

Dicho modelo se expone en forma muy detallada y extensa en las obras de Shavell citadas. Sin embargo, no es necesario entrar en mayores detalles al respecto, pues lo único que se quería mostrar es cómo la construcción del concepto de culpa en el sistema anglosajón se ha encaminado en gran medida a buscar que el estándar de diligencia debida sea lo más eficiente posible de cara a la reducción de los costos sociales primarios totales de los accidentes.

Teniendo lo anterior muy claro, es decir, que podría sostenerse que en la búsqueda de la eficiencia económica el régimen subjetivo estadounidense es algo así como el sistema de culpa en su mejor versión (de nuevo, únicamente hablando desde el punto de vista del AED normativo); se partirá de dicha concepción anglosajona para la presente comparación entre el régimen subjetivo y el objetivo, pues la conclusión de que el régimen objetivo es más eficiente para reducir costos primarios quedaría más que reafirmada respecto del sistema de inspiración francesa que rige en Colombia respecto de la culpa.

En otras palabras, si es evidente que el régimen subjetivo de Estados Unidos es más eficiente económicamente que el de la familia jurídica continental (puesto que como se vió, desde su diseño mismo fue pensado para ello); y tras comparar el régimen objetivo (igual en ambas familias jurídicas) con el subjetivo en la que es su mejor versión desde el punto de vista del AED (la versión estadounidense), resulta la conclusión de que en efecto es más eficiente el objetivo para la reducción de accidentes y costos primarios; entonces quedaría también muy claro que con mayor razón es más eficiente que el sistema subjetivo del *Civil Law*. Por eso, se partirá del régimen subjetivo anglosajón que se acaba de exponer para la comparación entre los sistemas subjetivo y objetivo de responsabilidad.

**2.2.1.2. Críticas a la regla.** Sólo falta ya una última aclaración antes de pasar a efectuar propiamente la comparación entre ambos sistemas de responsabilidad, y es lo referente a las obvias críticas a la regla de Hand ya expuesta. Se plantearán las dos más evidentes: En primer

lugar, su carácter reduccionista (en el sentido negativo de la palabra) frente a la innumerable cantidad de variables reales presentes en cualquier situación de la vida social (y aquí se puede incluir como crítica lo inaceptable que es el pretender que un posible daño como la muerte de una persona se pueda reducir a una simple cuantificación económica<sup>12</sup>). En segundo lugar, la imposibilidad práctica de que un sujeto o el juez puedan conocer con precisión cifras como la verdadera probabilidad de ocurrencia del accidente, que sólo Dios conocería.

**2.2.1.3. Réplicas.** En respuesta a la primera crítica, se hace una remisión a lo planteado en el capítulo anterior como réplica a las críticas del reduccionismo del AED. En concreto, que es casi inevitable basar los análisis teóricos en modelos que de entrada son una simplificación de la realidad, y sin los cuales sería enormemente difícil trabajar en la mayoría de las ciencias, y más si se trata de ciencias sociales. Se usan teniendo siempre conciencia del carácter meramente aproximado de las conclusiones que con ellos se obtienen.

De hecho, puede decirse que estándares como el de “persona razonable” y similares, son igualmente una gran simplificación de la realidad. Son también modelos abstractos que no siempre se terminan correspondiendo mucho con la realidad. Frente al segundo aspecto de dicha crítica (la reducción de vidas humanas a cifras monetarias), debe decirse inmediatamente que se comparte aquí plenamente; pero ello no obsta para que la regla de Hand pueda ser útil como criterio -bastante razonable, aunque meramente orientativo- para un sinnúmero de casos.

En cuanto a la segunda crítica, ha tenido siempre una respuesta en el mismo sentido por parte de los autores, aunque una vez más se preferirá la exposición de Papayannis por su claridad:

Respecto de la indeterminación del estándar eficiente, hay un sentido en el que se trata de un pseudoproblema. Si lo que se sugiere es que los estándares eficientes pueden estar indeterminados porque podemos carecer de alguna información relevante sobre los factores que influyen en la probabilidad del daño, entonces, casi con seguridad, todos los

---

<sup>12</sup> Por supuesto, una crítica como esta se ha planteado. Ver Abraham, 2007, p. 65.

estándares de diligencia están indeterminados, porque nunca contamos con *toda* la información relevante. Pero esta postura es insostenible, porque los costes de información deben ser tenidos en cuenta al afirmar que existe un estándar más eficiente. Mediando costes de información prohibitivos, no hay estándar más eficiente que el que formulamos con la información que tenemos a mano. (2014, pp. 54-55).

Acto seguido, le da la razón a Calabresi cuando planteaba que no se pueden criticar los acuerdos de la Comunidad Internacional vigentes argumentando que debe existir alguna mejor asignación universal de los recursos, pues si la conociéramos, ya la habríamos intentado adoptar. En cambio, hay que hablar de lo óptimo en el sentido de Pareto es en relación con la información que sí está disponible, pues la falla informativa es un impedimento para alcanzar algún hipotético estado superior. (p. 55).

En cambio, sí reconoce como un problema que los agentes dañadores tengan más información que los tribunales y se vean incentivados a no compartirla (asimetría de la información). (p. 55). Aquí se puede adelantar una consideración que en principio se debería haber tenido en cuenta es en el siguiente apartado, y es que en esto mismo radica una ventaja del régimen objetivo respecto del subjetivo en los supuesto analizados:

Con una regla de responsabilidad objetiva, es indiferente que el estándar eficiente de diligencia esté bien determinado o sea perfectamente observable por los tribunales. El agente obrará en cualquier caso de manera óptima, ya que intentará minimizar el coste de la indemnización que habrá de afrontar (Papayannis, 2014, p. 56).

En todo caso, las diferentes críticas al sistema subjetivo de Estados Unidos y a la regla de Hand, no son parte del objeto central de este trabajo, puesto que el énfasis es en el régimen objetivo. No es que una de las propuestas del trabajo sea por ejemplo cambiar el estándar o modelo de culpa colombiano por uno más acorde con la eficiencia económica como la regla de Hand, sino que precisamente la propuesta está relacionada es con la objetivación del sistema (o más exactamente, con la consolidación del que hoy se tiene en actividades peligrosas).

Por lo tanto, más que defender la regla de Hand de las críticas, lo más importante es explorar si es defendible la responsabilidad objetiva y en qué supuesto o bajo qué condiciones. En el próximo capítulo se hace un énfasis mucho mayor en las críticas, porque ahí sí se trata de las relacionadas directamente con la responsabilidad objetiva. Con todas estas aclaraciones sobre la culpa en Estados Unidos y la regla de Hand, se puede ahora sí efectuar la comparación propiamente entre ambos tipos de responsabilidad.

**2.2.2. Comparación en sentido estricto.** Lo primero al realizar la comparación en sí (en relación con los costos primarios), es mencionar las fuentes consultadas sobre el tema (tal y como se hizo en el apartado sobre los costos terciarios), pues la idea es exponer un resumen del análisis efectuado por los autores, pero con términos y ejemplos propios, para que sea lo suficientemente claro y fluido, sin perjuicio de introducir citas pertinentes en ciertos puntos.

Se consultó el texto de Landes y Posner (1987), especialmente de las páginas 162 a 170 y 211 a 220; el de Abraham (2007), principalmente de la página 166 a la 181; el de Coleman (2010) de la página 247 a la 253 especialmente; el de Papayannis (2014) de la página 45 a la 64; el de Miceli (2009), de la página 19 a la 25; el de Cooter y Ulen (1998), de la página 384-399; el capítulo 8 de *Fundamentos del Análisis Económico del Derecho* de Shavell (2004), de la página 195 a la 228, el cual es un análisis muy completo sobre el tema<sup>13</sup>; y del mismo autor, el análisis que sin duda es el más detallado, en su obra *Economic Analysis of Accident Law* (2007), de la página 5 a la 46.

Se partirá de la distinción entre accidentes unilaterales y bilaterales inventada por Shavell en sus diferentes obras, y que se volvió una clasificación típica en los demás estudios sobre la materia. En la primera categoría estarán aquellos en los cuales “solo afecta a los riesgos de

---

<sup>13</sup> De hecho, ese capítulo será la base principal sobre la que se desarrollará la estructura de los siguientes planteamientos, puesto que presenta las ideas de una forma muy organizada como es habitual en Shavell, y además sintetiza de forma suficiente todos los elementos de la respectiva sección de *Economic Analysis of Accident Law*, con la ventaja adicional de que es algunos años más reciente (porque dicho libro es en realidad de 1987, pero aquí se cita con el año 2007 por ser el de la edición, en cumplimiento de las normas APA vigentes). No obstante, las otras obras mencionadas también se tienen en cuenta plenamente.

accidente la adopción de precauciones por parte del causante del daño; el comportamiento de las víctimas no influye en dichos riesgos” (2004, p. 196).

El ejemplo que pone es el de un avión que se estrella contra un edificio, pues las víctimas no tienen nada que hacer para prevenirlo. En tal categoría, para efectos prácticos, incluye también los accidentes en los que las víctimas tendrían un papel muy pequeño para la reducción del riesgo. (p. 196). Por otro lado, habla de accidentes bilaterales, en los cuales tanto víctimas como causantes podrían poner algo de cuidado y reducir así el riesgo de que ocurra el accidente.

Si se mira lo que pasa en los accidentes unilaterales si hay responsabilidad objetiva, es que los causantes se ven incentivados para adoptar el nivel de precaución socialmente óptimo (es decir, el más eficiente económicamente). Retomando el ejemplo que se planteó con la construcción de una tabla al hablar de la regla de Hand, adoptarían las medidas de  $x2$  por valor de 200, que en dicho ejemplo eran lo más óptimo económicamente en la búsqueda de la mayor reducción posible de los costos primarios totales (recuérdese que incluyen el costo de la diligencia, sumado al costo esperado del accidente, es decir, el que resultaba de multiplicar el costo de los daños por la probabilidad de ocurrencia).

Las razones de que esto ocurriría son bastante obvias: como los causantes buscan minimizar sus costos, incluirán en su análisis la reparación integral del daño que les impondría un juez al ser condenados por el accidente. Lo que para simplificar se asume con la responsabilidad objetiva es que prácticamente la causación del daño genera de forma automática el deber de indemnizar por completo a la víctima por el valor de dichos daños o perjuicios. Coleman tiene una forma elegante de expresar lo anterior:

Desde el punto de vista económico, la responsabilidad objetiva es una instancia de la práctica de internalización de externalidades (o costes sociales). Responsabilizar objetivamente a alguien es forzarlo a soportar los costos totales de las actividades que realiza [...]. Al igual que la persona racional que es agente dañador y víctima a la vez, una persona que es responsabilizada objetivamente será incentivada a tomar todas las

medidas precautorias cuyos costes estén justificados. En este sentido, la responsabilidad objetiva convierte al agente dañador y la víctima en una misma persona. Esto lleva a los agentes que realizan una inversión en seguridad individualmente racional a conseguir un resultado colectivamente racional o eficiente según PARETO (2010, pp. 247-248).

Si ahora se pasa al análisis de la responsabilidad por culpa en estos casos unilaterales, resulta que el resultado es el mismo, siempre y cuando los jueces y tribunales fijen el estándar de diligencia debida en el punto socialmente óptimo, según lo explicado a partir de la regla de Hand<sup>14</sup>. La razón es que al causante no le convendría tener una diligencia inferior a la debida porque incurriría en responsabilidad, pero tampoco estaría incentivado a adoptar un nivel de cuidado superior al del estándar, porque ya a partir de ese se logra exonerar de responsabilidad, y cualquier gasto adicional en medidas preventivas no haría que se exonere más: simplemente se exonera como con el estándar inferior a ese, y punto. No desearía pues incurrir en tales gastos adicionales innecesarios.

La única diferencia que habría entre ambas formas de responsabilidad en esos casos unilaterales, es que hay muchas variables de la conducta del causante que inciden sobre el nivel de riesgo del accidente, pero por razones prácticas no todas pueden estar incluidas en el estándar de diligencia efectivamente empleado por los jueces. Según un ejemplo de Shavell, no sólo incide la velocidad de la conducción, sino la frecuencia con la que el conductor mira el espejo retrovisor, y esto último es imposible de determinar para los jueces (2004, p. 200).

Así, la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad es que en la objetiva el incentivo para el causante es a tener una negligencia óptima respecto de todas las variables para evitar el accidente, mientras que dicho incentivo en el régimen subjetivo sólo aplica para las variables que sean tenidas en cuenta por los jueces. En ese sentido es entonces mejor el sistema objetivo.

---

<sup>14</sup> Es decir, según la referida tendencia en Estados Unidos a fijar el estándar de cuidado debido en el punto más eficiente económicamente, a partir de una aplicación de la regla de Hand en el caso en términos marginales. Si ya de por sí surgen dudas en cuanto a que eso efectivamente sea así con todos los jueces de Estados Unidos, ni hablar entonces del caso colombiano, donde ni siquiera se sabe que algo como la regla de Hand existe. Por eso, la conclusión sería que la responsabilidad objetiva incentiva un resultado mucho más eficiente que la subjetiva aplicada descuidadamente, como ocurre en Colombia.



Pasando ahora a los accidentes bilaterales, y con el supuesto de que en estos casos la forma de comportarse del causante incide en la de la víctima y viceversa (por ser ambos sujetos racionales según el modelo), es claro que existe un nivel óptimo de eficiencia al combinar el grado ideal de cuidado de ambos. Es decir, así como se hizo el ejercicio para el causante en la tabla que se usó más arriba al explicar la regla de Hand, se puede hacer eso mismo respecto del comportamiento de la víctima (sus posibles niveles de cuidado, el costo de ellos y la forma como inciden en la probabilidad de que ocurra el accidente, habiéndose pues también un óptimo para la víctima).

Lo que hacen los teóricos del AED es combinar en un solo modelo el comportamiento del causante y el de la víctima (de manera que el uno incida sobre el otro), añadiendo una variable adicional que represente el de ésta (por ejemplo, si la variable del causante era  $x$ , la de la víctima podría ser  $y$ ). Lo que resulta de esto es un ejercicio similar al de la tabla mencionada pero con una complejidad ligeramente superior.

Es decir, por supuesto se puede plantear con formalismos matemáticos lo que se deriva de ello, pero a decir verdad aquí no será necesario, puesto que con el sencillo ejemplo de la tabla ya se pudo ilustrar la conclusión de que existe un punto óptimo de diligencia de cara a los costos primarios totales, y lo único que aquí se exige es tener en mente que eso mismo ocurre al combinar el comportamiento del causante y el de la víctima: habrá un óptimo de cuidado para cada uno, y juntos representan el óptimo social de cuidado para estos casos bilaterales. Teniendo claridad sobre esta idea, será posible exponer los argumentos de forma simplemente verbal y sin formalismos, como se acaba de hacer con los casos unilaterales.

Lo que pasa entonces en los casos bilaterales con una regla de responsabilidad objetiva, es que los causantes seguirían con el mismo incentivo a obrar con cuidado (con el nivel de cuidado más eficiente), por las mismas razones ya expuestas en el caso anterior. En cambio, las víctimas tendrían un incentivo contrario, pues en cualquier caso serán compensadas por el monto de los perjuicios en un eventual accidente. Es decir, en el fondo el valor de los daños lo asumirá

el causante. Por lo tanto, la víctima en teoría no tiene incentivos para tener precaución, por lo cual sucedería frecuentemente que se adopte un nivel bajo de cuidado por parte de las potenciales víctimas.<sup>15</sup>

Por tal motivo, es necesario buscar una forma de corregir este defecto del sistema objetivo, y en efecto existe. De hecho, resulta ser el mismo mecanismo que generalmente se aplica en las legislaciones de los diferentes países, y que efectivamente es el que hay en Colombia. Como explica Papayannis, “una regla de excepción de culpa de la víctima, que reduzca la indemnización en proporción a su negligencia es capaz de crear los incentivos correctos” (2014, p. 47)<sup>16</sup>.

En efecto, en Colombia ha sido completamente reiterada por la jurisprudencia la posibilidad de interponer la excepción de “hecho exclusivo de la víctima” como causal de exoneración de responsabilidad, y además el art. 2357 del Código Civil contempla una reducción de la indemnización si la víctima se expuso imprudentemente al daño, lo cual opera de una forma más gradual a discreción de los jueces.

Como se decía, complementando el sistema objetivo con dicha regla o excepción, sí puede generar los incentivos correctos en cuanto a la diligencia de las víctimas. La razón es más que obvia, sin necesidad de entrar en detalles numéricos más precisos. Las víctimas no desearían

---

<sup>15</sup> Una obvia crítica es que la perspectiva de morir en un accidente sí puede desincentivar a las víctimas, porque ahí sí que asumirían el daño más allá de cualquier indemnización posterior a sus familiares. Sin embargo, hasta donde he entendido con las investigaciones para este trabajo, un enfoque más conductual del AED revelaría que en esos casos hay ciertos sesgos que hacen que las personas no se imaginen que serán ellos quienes mueran ese día siendo víctimas del peor escenario. Si así fuera, pocas personas saldrían a la calle. No tengo sin embargo las explicaciones a la mano. En todo caso, más allá de esos casos, los planteamientos no cambian para casos que sólo impliquen por ejemplo daños materiales. Incluso como se sabe en la práctica se intenta que hasta los dolores y lesiones físicas sean compensadas económicamente.

<sup>16</sup> Aquí se acude a Papayannis precisamente por ser sudamericano, porque Shavell habla es de la excepción de “*contributory negligence*” de Estados Unidos, que se diferencia del sistema colombiano (y el de otros países de la familia continental) en que con el simple hecho de que la víctima haya tenido un cuidado menor al exigido bajo el estándar eficiente, ya hay una total exoneración de la responsabilidad del causante, mientras que acá opera es una reducción más gradual en el monto de los perjuicios, salvo que la culpa del accidente sea exclusivamente de la víctima, donde la exoneración es total.

tener que cargar con los daños que sufran o una parte de ellos en proporción a su negligencia, y eso les haría tener los cuidados óptimos. En cambio, la situación no cambiaría para el causante, quien asumiría que con ese nuevo incentivo las víctimas tendrán cuidado, por lo cual él mismo debe asumir el cuidado óptimo, (pues no se exoneraría de responsabilidad en caso de que haya un accidente, por lo cual vuelve a la misma situación del último supuesto examinado).

Pasando ahora a analizar el régimen subjetivo en los casos bilaterales, lo que ocurriría es que tanto el causante como la víctima se verían incentivados a asumir los niveles óptimos de cuidado. Primero, desde el punto de vista del causante pasaría lo mismo que pasaba en los accidentes unilaterales bajo el régimen de culpa, como ya se explicó. Segundo, desde el punto de vista de la víctima, ésta asumiría que con dicho incentivo los causantes adoptarán la diligencia óptima, por lo cual ella misma tendría que asumir los perjuicios ocasionados por cualquier accidente que le suceda, y esto la haría asumir el nivel óptimo de cuidado en su situación.

Con lo que se acaba de exponer, se puede constatar que en los casos bilaterales, tanto un régimen objetivo -siempre y cuando esté complementado con una excepción de culpa de la víctima- como uno subjetivo generan incentivos para el mismo resultado: que tanto el causante como la víctima tomen las medidas eficientes de prevención.

**2.2.2.1. Los niveles de actividad.** Hasta aquí parece que la comparación arroja resultados muy igualados, pero en este punto es que se debe incluir el asunto del nivel de actividad (hasta aquí se ha hablado es de nivel de cuidado), y con ello la situación cambia drásticamente. Es evidente que en la probabilidad de que ocurra un accidente no sólo incide el nivel de cuidado con que se realice una actividad, sino que hay que tener en cuenta el número de veces en que se lleva a cabo por parte del potencial causante, el cual se multiplica por el riesgo. Se puede suponer simplemente que duplicar el nivel de actividad, haría que se duplique el riesgo de que ocurra un accidente (Shavell, 2004, p. 214).

Se debe partir del hecho de que realizar una actividad le genera algún beneficio a quien la realiza (bien sea porque la necesita, o porque le aumenta el bienestar), el cual se puede

cuantificar en términos monetarios (se le podría preguntar algo así: si debiera pagar cada vez que deseara hacer la actividad, ¿cuánto pagaría para poderla realizar?). Partiendo de esto, se construirá un ejemplo que luego se empleará también para las potenciales víctimas, pero que por ahora ilustra el punto. Es muy similar a la tabla que ya se hizo.

Nivel de actividad	Utilidad o beneficio	Costos de cuidado totales	Daños totales del accidente	Bienestar social total
0	0	0	0	0
1	850	50	100	700
2	1100	100	200	800
3	1140	150	300	690
4	1080	200	400	480
5	800	250	500	50

Se trata de una tabla similar a una presentada por Shavell en la página 215 de la obra que se viene citando. La primera columna es el número de veces que se hace la actividad. La tercera columna representa el costo de tener cuidado o precauciones al realizar la actividad (no hacerla ninguna vez cuesta 0, y luego, por cada vez que se haga, el costo de tener cuidado será 50. Se asume un costo invariante en los cuidados -supóngase por ejemplo que ese es el costo óptimo en cuanto al nivel de cuidado-, porque el énfasis es en el nivel de actividad).

La cuarta columna representa el costo del accidente multiplicado por su probabilidad de ocurrencia. Aquí se asume que el total fue 100 por cada vez que se realiza la actividad, por lo cual hacerla 5 veces eleva ese costo ponderado a 500 (pues hay 5 veces más probabilidades de que ocurra). En cuanto a la segunda columna, representa el beneficio subjetivo para la persona que lleva a cabo la actividad, y por eso son valores totalmente arbitrarios o extraños.

Por ejemplo, si se trata de alguien a quien le gusta salir a trotar, la primera vez en el día le genera mucho bienestar. La segunda vez su bienestar sigue aumentando, aunque ya menos que la

primera vez. Lo mismo ocurre a la tercera: todavía disfruta trotar, aunque el aumento es pequeño. Es una persona que prefiere trotar 3 veces en el día, que una sola.

A la cuarta vez, por el cansancio, ya está en una situación un poco peor que si hubiera trotado sólo 2 veces en el día. Finalmente, a la quinta salida a trotar, ya está tan cansado que el beneficio total que obtuvo es incluso un poco peor que si sólo hubiera trotado una vez, porque el cansancio le va restando cada vez más bienestar. En cuanto a la última columna, resulta de restarle a dicho beneficio subjetivo los costos de cuidado y los daños totales esperados de un accidente, y es la que verdaderamente refleja lo que Shavell llama el “bienestar social”, que se puede ver como un total de utilidad para la sociedad.

Por supuesto, así como se puede ver como una persona trotando de 0 a 5 veces en el día, puede usarse la misma tabla para una persona que sale a conducir su automóvil de 0 a 5 veces en el día (o que maneja 10, 20, 30, 40 o 50 kilómetros en total, por ejemplo). Con esa tabla como base para cualquier ejemplo, se podrá ahora seguir con el análisis de lo que ocurre en relación con el nivel o frecuencia de la actividad.

En la tabla anterior, se puede ver claramente que el nivel de actividad socialmente óptimo es 2 (hacer la actividad 2 veces en el período de tiempo del que se esté hablando: días, semanas, etc.), porque genera el máximo bienestar social que sería 800. La segunda mejor opción será que haga la actividad una vez, pues el bienestar social es 700. La tercera opción sería un nivel de actividad en 3, que llevaría a un bienestar social de 690. Luego este se desploma a 480 y 50, con niveles de actividad de 4 y de 5 respectivamente.

En cambio, si la persona pensara sólo en su propio bienestar, el nivel de utilidad subiría al hacer 2 veces la actividad (sería 250 más que hacerla una vez), y continuaría aún subiendo al hacerla 3 veces (subiría otros 40), para bajar luego desde la cuarta vez. Por eso, podría tener un interés en hacerla 3 veces. Ese sería su óptimo de bienestar.

Examinando ahora sí otra vez de los dos sistemas de responsabilidad (hablando primero del causante en los accidentes unilaterales), si es el régimen objetivo se vería incentivado a ubicar su nivel de actividad en 2, que es el socialmente óptimo. Aquí se hace una remisión a las razones dadas en el análisis completamente similar que se hizo respecto del nivel de diligencia, pues son las mismas: de una forma natural el propio causante hace la internalización del riesgo, es decir, tiene en cuenta el potencial daño social en sus cálculos porque debería responder por todos los perjuicios que ocurran.

En cambio, en un régimen subjetivo es que surge la gran diferencia: éste no logra incentivar ninguna reducción en el nivel de actividad de los causantes, y por tal motivo, tenderían a ubicarse en el nivel 3 de actividad, que no es el más óptimo socialmente sino apenas el tercero, pudiendo por lo visto ser considerado como excesivo o ineficiente desde la perspectiva social.

La razón de lo anterior es que en ningún caso los estándares de culpa incluyen el nivel de actividad del causante, sino sólo el nivel de diligencia. Además, en términos prácticos sería imposible que los jueces tuvieran dicho aspecto en cuenta, porque ¿cómo podrían averiguar la frecuencia con que se realizaba la actividad? A duras penas logran obtener las pruebas sobre la actividad puntual con la que se produjo el accidente. Por todo ello, los causantes saben que no incurrirán en responsabilidad, siempre y cuando cada vez que realicen la actividad lo hagan con el grado adecuado de diligencia, por lo cual les da igual cuántas veces realicen la actividad.

Para pasar a los casos bilaterales, hay que decir primero que así como se explicó que existe un nivel socialmente óptimo de cuidado para ambas partes (causante y víctima) estudiadas juntas en un mismo modelo para casos bilaterales, ocurre exactamente lo mismo en cuanto al nivel de actividad: hay un nivel óptimo de actividad para cada una que representa el escenario más eficiente económica y socialmente.

Naturalmente, para los causantes -en un régimen objetivo complementado por la regla de excepción por culpa de la víctima- ocurre exactamente lo mismo en los casos bilaterales que en

el supuesto de accidentes unilaterales, pero sucede lo contrario cuando se habla del nivel de actividad de las víctimas. En efecto, nunca deberá asumir el costo de los daños siempre y cuando realice la actividad con la diligencia debida, sin importar el número de veces que realice su propia actividad. Por tal motivo, no tendrá razones para reducir su nivel de actividad al socialmente óptimo, sino que lo mantendrá en el que más beneficios subjetivos le reporte (se puede volver acá al ejemplo de la persona que trotaría tres veces al día, sin incentivos para bajar la frecuencia a dos veces o una, que son situaciones más eficientes para la sociedad).

Pasando ahora al régimen subjetivo, el causante no tiene ningún incentivo para disminuir su nivel de actividad, por las mismas razones que en los casos unilaterales, por lo cual podría resultar teniendo un nivel socialmente excesivo de actividad. En cambio, las víctimas sí estarían incentivadas a escoger el nivel socialmente óptimo de actividad, por las mismas razones por las que escogerían el nivel de cuidado más eficiente en los casos bilaterales en un régimen de negligencia.

Se recuerdan aquí: sabiendo que los causantes tienen razones para actuar diligentemente, aunque con cualquier nivel de actividad (probablemente excesivo), y que por lo tanto no deberán responder por los perjuicios de un eventual accidente (que ya es incluso un poco más probable que ocurra por lo del nivel de actividad del causante) sino que los asumiría la propia víctima, ésta escogería el nivel óptimo de actividad en aras de la reducción del peligro.

Con esto se concluye el análisis, y queda en evidencia que ninguno de los dos regímenes de responsabilidad genera que en los casos bilaterales tanto los causantes como las víctimas escojan los niveles socialmente eficientes de actividad, como sí ocurría con los niveles de cuidado. Shavell lo explica así:

Podríamos preguntarnos si es concebible que exista algún régimen de responsabilidad que siempre dé como resultado los niveles óptimos de actividad. La respuesta es que no. La razón, en esencia, es que para que los causantes de daños elijan el nivel correcto de su actividad deben cargar con los perjuicios del accidente, mientras que para que las

víctimas escojan su nivel correcto de actividad deben también ellas cargar con los perjuicios del accidente. Y resulta que no es posible que tanto causante como víctima afronten los perjuicios del accidente cuando rige un sistema de responsabilidad. (2004, pp. 224-225).

En este punto, todos los autores examinados sin excepción llegan a la misma conclusión. Es una cuestión completamente unánime, pero será suficiente con ver tan sólo algunas citas a continuación:

Si es improbable que un cambio en el nivel de actividad del demandante sea un método eficiente de evitar accidentes, pero un cambio en la actividad del demandado sí pudiera serlo, la responsabilidad objetiva es una regla atractiva: impedirá que ocurran muchos accidentes (Landes y Posner, 1987, p. 169).

La siguiente, al ilustrar lo mismo, plantea explícitamente el ejemplo de los peatones y los conductores de automóviles, que como se ha podido ver parece ser el ejemplo arquetípico en esta materia:

Ya que ninguna regla es capaz de incentivar a ambos agentes [en cuanto al nivel de actividad], cuando el legislador o el juez se enfrente a un caso en el que sería eficiente que ambas partes limitasen su actividad deberá elegir entre incentivar al agente dañador o a la víctima, teniendo en cuenta la contribución relativa de cada uno al valor del daño esperado. El resultado será subóptimo, pero el mejor que puede alcanzarse con un sistema de responsabilidad civil. [...]. Así, al elegir entre los peatones y los automovilistas, claramente quienes deben ajustar su nivel de actividad son estos últimos, por lo que tendría perfecto sentido implementar un sistema de responsabilidad objetiva, con excepción de culpa de la víctima, para regular los accidentes de tránsito (Papayannis, 2014, pp. 52-53).



En esta otra cita se ilustra de forma original el mismo argumento, sólo que se encuentra tan sólo un poco más implícito, y se presenta con algo de sentido del humor:

Imaginemos un mundo en el que sólo haya dos actividades, una que realizan las víctimas, y otra que realizan los agentes dañadores: las reglas igualmente eficientes harán que una actividad sea en términos relativos más costosa que la otra. Si la actividad de la víctima consiste en ver la televisión en su sótano y la actividad del agente dañador consiste en entrar con su automóvil en los sótanos de otras personas, entonces una regla de responsabilidad objetiva determinará que el destrozo de sótanos resulte más costoso que ver la televisión, mientras que una regla de responsabilidad por culpa (a condición de que podamos imaginar un destrozo de sótano no negligente) determinará que los costes de ver televisión sean mayores que los costos de entrar en los sótanos. A su vez, esto podría generar que algunas personas abandonasen la práctica de ver televisión y se sumasen a la actividad de destrozarse sótanos, y ello incrementará la cantidad de sótanos destrozados en manos de quienes antes eran adictos a la televisión (Coleman, 2010, p. 253)

Y por supuesto, cómo no incluir citas del propio Shavell, quien, como se dijo, fue el primero en identificar la importancia de todo el tema de los niveles de actividad en la comparación de ambos regímenes de responsabilidad:

La responsabilidad objetiva provocará mayor bienestar social si es más importante para la sociedad controlar los niveles de actividad de los causantes de daños de las víctimas. Si controlar los niveles de actividad de los causantes de daños es o no más importante que controlar los de las víctimas depende del contexto. Como se ha discutido anteriormente, cuando la actividad de unos causantes de daños (pasear perros de una raza peligrosa) genera riesgos sustanciales a pesar de que se ejercite el cuidado debido, será deseable controlar la actividad (Shavell, 2004, p. 224).

De hecho, termina diciendo explícitamente que “una de las funciones del derecho es imponer la responsabilidad objetiva para aquellas actividades que son peligrosas” (2004, p. 228).

Esto no es un simple juego de palabras, pues cuando se llegue a la forma como la Corte Suprema de Justicia ha concebido este tipo de actividades, se verá cómo cumplen con todas las condiciones para ser actividades en las cuales sería más conveniente un régimen de responsabilidad objetiva, en los términos del análisis presentado en este capítulo.

En defensa de lo anterior, se puede considerar el hecho de que precisamente en Estados Unidos se ha implementado el régimen objetivo para lo que ellos llaman “*ultrahazardous activities*” o “*abnormally dangerous activities*” (actividades ultrapeligrosas o anormalmente peligrosas). (Landes y Posner, 1987, pp. 217-227), (Abraham, 2007, pp. 175-180) y (Shavell, 2004, pp. 226-228). Si se mira qué características tienen esas actividades o la lista de las que se considera que pertenecen a dicha categoría, se encuentra que en realidad no distan mucho de las consideradas como peligrosas en Colombia, con pocas excepciones.

Para concluir este apartado, el régimen objetivo presenta pues 2 grandes ventajas respecto del subjetivo en lo que se conoce como los casos de actividades peligrosas: en primer lugar, la diferencia se encuentra en los llamados accidentes unilaterales, que por la definición misma dada por Shavell (que poco o nada puede hacer la víctima para evitarlos) suelen ser casos de actividades peligrosas en los términos de la Corte. En estos, el causante tendrá en cuenta todos los factores relevantes para minimizar el costo, muchos de los cuales sólo él conoce. En cambio, en un sistema subjetivo hay múltiples problemas de prueba o información para los jueces, y en últimas muchas variables no podrán ser incluidas en el estándar de cuidado, por lo cual no hay incentivos para que el causante las tenga en cuenta, pues no sería condenado por omitir cuidados en ellas.

En segundo lugar, la diferencia fundamental de ambas formas de responsabilidad es que en los casos bilaterales, y en relación con el nivel de actividad, en un régimen objetivo complementado por la excepción de culpa de la víctima el causante se verá incentivado a adoptar el nivel óptimo de frecuencia con que realiza la actividad, mientras que la víctima tendrá incentivos para continuar con un nivel superior al óptimo que a ella le correspondería en el caso. En cambio, en el régimen subjetivo pasa todo lo contrario, y por lo tanto, en los casos donde lo

que más incide es el riesgo creado por el demandante -como las actividades peligrosas- es que más vale la pena objetivar el sistema.

### **Capítulo 3: Críticas al AED aplicado a la Responsabilidad Civil Extracontractual**

Para entender correctamente el título de este capítulo, téngase presente que se refiere en un sentido amplio a las críticas que se le pueden formular a los planteamientos y conclusiones del capítulo anterior, y sin perder de vista el caso colombiano. De hecho, precisamente porque es en este apartado que se critican las conclusiones que se obtuvieron en diferentes partes del capítulo anterior, en gran medida es una oportunidad para prever y formular las principales críticas a las conclusiones mismas de este trabajo investigativo (por estar tan vinculadas a los resultados del análisis presentado en el capítulo anterior). Por ello, será un capítulo un poco más argumentativo, y menos basado en la citación de autores.

#### **3.1. Enumeración de las críticas puntuales**

**3.1.1.** Empezando pues con las críticas, la primera sería la anunciada al final del capítulo 1, y se puede recordar así: a veces la eficiencia choca con otros principios, ideales y concepciones de justicia, y de una ponderación puede resultar que deba ceder ante ellos. Ahora bien, lo que diría la crítica es que en la Responsabilidad Civil puede ocurrir lo mismo. Alguien puede aceptar que un sistema objetivo de responsabilidad puede reducir los accidentes, pero puede argumentar lo siguiente: una cosa es hablar desde la prevención general, antes de que los accidentes ocurran, pero, ¿qué pasa si se pone el énfasis en el momento en que ya ocurrió uno de ellos, y se mira la situación desde el punto de vista del causante del accidente que será demandado?

Lo que pasaría para esa persona es que sin importar que estuviera conduciendo su vehículo con extremo cuidado, a tan sólo 40 km por hora, será con toda probabilidad condenado a una gran indemnización, por más que demuestre su diligencia y la total ausencia de culpa (por supuesto, no se habla acá de un caso de causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, ni de un caso de concurrencia de actividades peligrosas, como sería si la víctima fuera un motociclista). ¿No es algo “injusto” para el causante? ¿Qué tiene de malo conducir un vehículo?

Así, se muestra cómo la eficiencia económica podría chocar con otras concepciones de justicia incluso en el Derecho de daños.

**3.1.2.** Una segunda crítica podría plantearse de la siguiente manera: se empezaría por admitir que es cierto que un régimen objetivo de responsabilidad podría reducir hasta algún punto el número de accidentes, e incluso reconocerlos como un costo social primario en los términos de Calabresi, pero señalando que ello no implica una reducción también de los otros tipos de costos (en especial los terciarios), sino que al contrario aumentarían, con lo cual al final no necesariamente se llega a una situación más eficiente para la sociedad en la cual se hayan reducido los costos sociales netos. Se trata de retomar el planteamiento expuesto en el capítulo anterior respecto de cómo podría haber razones para pensar que la disminución de los costos primarios de los accidentes, llevaría de todas maneras a un aumento de los diferentes costos de administración del sistema judicial (terciarios), especialmente ante el aumento de demandas que se presentarían.

**3.1.3.** En tercer lugar, siempre habrá quienes puedan considerar que no es clara la diferencia entre ambos sistemas de responsabilidad, haciendo énfasis en que el resultado del análisis es que los incentivos para un causante son casi idénticos en ambos en relación con el nivel de cuidado a adoptar. Es decir, algún analista que le de un vistazo inicial al tema, podría concluir que ambos regímenes de responsabilidad incentivarán a llegar a un nivel óptimo de diligencia a la hora de desplegar las conductas de las que se puede derivar un accidente.

De hecho, como se vio en el capítulo anterior, a primera vista parece ser así. No hay diferencias respecto al incentivo generado por cada sistema sobre la forma de desplegar la conducta. La crítica podría partir de que lo dijo el propio Posner en su trabajo conjunto con el juez Landes (antes de que ellos mismos siguieran con una mayor profundización de la cuestión):

Los académicos tradicionales del derecho han supuesto que la responsabilidad objetiva llevaría a los causantes potenciales de un daño a ser más cuidadosos de lo que serían bajo

el criterio de la culpa. El análisis económico del derecho sugiere que esa conclusión es superficial (1987, p. 164).

**3.1.4.** Partiendo de la anterior crítica, pero añadiendo que sea una persona que tenga claridad sobre su réplica (verla en el siguiente apartado -que a su vez remite al capítulo anterior-, pero se adelanta resumidamente así: la gran diferencia es que el régimen objetivo sí puede incentivar la reducción de la frecuencia con que se realiza la actividad, además de incentivar su realización cuidadosa para evitar accidentes, mientras que el subjetivo sólo incentiva esto último, pero no incide sobre la frecuencia de la actividad por parte del causante), podría ponerse la mira en el nivel de actividad de las víctimas, no de los causantes, para argumentar que respecto de ello el incentivo opera de una forma casi contraria, pudiendo llevar a un aumento en la frecuencia de sus actividades<sup>17</sup>, que en últimas compensaría la disminución en el nivel de actividad de los causantes, y no se vería clara la disminución total de accidentes. Una vez más, una cita de Posner y Landes lo ilustra:

En un régimen de responsabilidad objetiva el causante del daño y la víctima tienen incentivos opuestos en la actividad del causante del daño y de la víctima que pueden llegar a anularse entre sí. En un sistema de responsabilidad objetiva [...] la víctima no tiene ningún incentivo para ajustar su nivel de actividad porque se le compensará por todos los daños producto de su actividad [...]. Por consiguiente, los diferentes efectos de la responsabilidad objetiva y por culpa en la actividad no ofrecen una razón económica para preferir la responsabilidad objetiva a la negligencia (1987, pp. 168-169).

**3.1.5.** De nuevo partiendo de la anterior, pero cambiando la última parte del supuesto (es decir, quitando lo del énfasis en la frecuencia de la actividad de las víctimas), alguien podría preguntar: ¿pero por qué es deseable incentivar una reducción en la frecuencia de actividades

---

<sup>17</sup> Sin embargo, no se habla aquí de supuestos en los que dichas actividades representen una culpa (exclusiva o compartida) de la víctima en el caso, pues en tales eventos se aplicaría la regla de exclusión de la responsabilidad mencionada en el capítulo anterior (o la reducción de la que habla el art. 2357 del C.C., si es compartida). Dichas reglas acaban por supuesto con el incentivo del que se habla en esta crítica, pero sólo para lo que respecta a un actuar culposo de la víctima, no a un actuar aceptable que igual pueda incidir en el número de accidentes.

como la conducción? ¿no son muchas veces buenas en sí antes que indeseables? ¿quién dejaría de ir en carro al trabajo por el simple riesgo de atropellar un peatón? ¿no son actividades de todas maneras necesarias en la sociedad, e incluso más si se pusiera el énfasis en el desarrollo económico? (Para pensar aún más como los economistas, tratando así de hacer más complicada la crítica).

En realidad, se trata de una crítica que tiene algo de fuerza, y como se puede notar, guarda cierto parecido con la primera crítica, al haber un choque de intereses y estar implicados derechos y libertades de los particulares que también deben ser protegidos por el ordenamiento. En todo momento se está hablando de actividades lícitas. Sin embargo, hay una réplica clara al llevar el análisis a una mayor profundidad, remitiendo al capítulo anterior.

**3.1.6.** Una crítica adicional bastante obvia, que esta vez va muy dirigida a la idea más fundamental del trabajo (recordando que se está estudiando el ordenamiento jurídico colombiano en particular), es que en la práctica no hay ninguna diferencia entre aplicar un sistema de responsabilidad sin culpa (objetivo), y uno en que la culpa se considera implícita, es decir, se presume, pero de una manera indesvirtuable, es decir, aunque se pruebe diligencia y cuidado por parte del causante. Precisamente esos son los sistemas entre los que se ha debatido la Corte Suprema, como en su momento se verá con detalle. Por ello, en el caso de Colombia no cambian los efectos prácticos de asumir un sistema objetivo de responsabilidad en actividades peligrosas. Por supuesto, en más de una ocasión se ha reconocido explícitamente.

Por ejemplo, en palabras de la profesora de EAFIT Felisa Baena en su monografía de grado de Derecho, “en todo caso se estaba aplicando en la práctica un régimen objetivo bajo la apariencia de una presunción de culpa” (2010, p. 87). En el mismo sentido, como lo dice el magistrado Luis Alonso Rico Puerta en su aclaración de voto a la sentencia SC 4420 de 2020, “Presumir la culpa de derecho, como pareciera venir haciéndolo la jurisprudencia, [...] y como ahora reitera, termina por tornar objetiva la responsabilidad por actividades peligrosas, muy a pesar de la amplificación del discurso para formular un entendimiento contrario”. (CSJ, 2020).

Sin duda, es una crítica muy fuerte frente al planteamiento central propuesto en la monografía; y cuando se hizo evidente, amenazando con obligar a replantear todo el trabajo, no tardó en aparecer a la vista una réplica convincente; aunque asumiéndolo con honestidad intelectual, la crítica parece obligar a aceptar una moderación o matización adicional de la fuerza de la idea principal del trabajo.

**3.1.7.** Finalmente, una séptima crítica concebible es que, de cualquier manera, la gente del común no se enteraría de un cambio normativo tan específico, al ser ambos regímenes de responsabilidad (objetivo y subjetivo con culpa presunta indeseable) un tema tan técnico para muchos ciudadanos sin formación jurídica. En nada cambiaría sus vidas cotidianas, y los incentivos pensados desde la perspectiva del AED no terminarían en nada en términos de incidir en las conductas de esas personas, pues el presupuesto de todo es que conozcan las normas y sus respectivas consecuencias, antes de hacer cualquier juicio racional sobre ellas. No es complicado responder a esta crítica, como en efecto se hará.

## **3.2. Respuesta a las críticas**

**3.2.1.** Para responder a dicha crítica desde el punto de vista de la idea defendida en este trabajo, lo primero es resaltar la gran diferencia que hay con el ejemplo relacionado con la pena de muerte que se mostró en el capítulo 1, que trataba sobre críticas más generales al AED. En efecto, en este ámbito concreto de estudio sucede todo lo contrario: lo que se está buscando es precisamente la protección de vidas humanas, como trasfondo de la búsqueda de reducir los accidentes; y tan sólo de manera secundaria, lo relativo a ahorrarle a la sociedad unos costos económicos dados principalmente por daños materiales. Por tanto, lo que aquí hay en juego es algo más que la simple búsqueda de una mayor eficiencia económica en la sociedad, aunque también es un objetivo completamente bienvenido.

En ese sentido, aún reconociendo que es negativo el hecho de que se condene a alguien de esa manera a pagar una indemnización, ¿es comparable con el mal de que se pierdan vidas



humanas, cuando lo primero tan sólo es una pérdida monetaria<sup>18</sup>? ¿se puede equiparar o valorar con algún monto monetario la vida humana? Más allá de esto, es sin embargo necesario volver a la perspectiva del individuo que causa el accidente y que será demandado, para poder responder mejor a la crítica, porque podría pensarse que hay cierto desajuste o brecha entre el nivel social y el nivel del individuo que está en esa situación.

De este modo, hay que decir también que así como se puede considerar injusto que alguien sea condenado de ese modo a una indemnización, pues no parece haber ninguna razón para ello en vista de que se desplegó la conducta sin culpa, mucho menos hay alguna razón para que la víctima deba asumir el detrimento patrimonial consistente en el monto de los perjuicios. Es evidente que con esto se entra en una discusión que desborda el objeto de presente trabajo, como se había aclarado ya desde la introducción, pues se refiere a aproximaciones más filosóficas de la Responsabilidad Civil, y más concretamente a la pregunta por los factores de imputación que podrían justificar la atribución de responsabilidad (con la consecuente obligación de indemnizar perjuicios) a una persona. En todo caso, la obra de Coleman citada contiene una gran defensa de la responsabilidad objetiva desde esos mismos puntos de vista.

Simplemente se recuerda aquí que en nuestro sistema se ha optado por el riesgo como factor de imputación. Más concretamente, el hecho de haber creado un riesgo al desplegar una conducta que a pesar de ser lícita es inherentemente peligrosa, cambiando pues el énfasis en la forma como se despliega dicha actividad, por el hecho mismo de realizarla. Más allá de plantear la opinión de que a simple vista parece más justo que alguien cargue con el monto de los perjuicios en virtud del riesgo que creó, a que otra persona (la víctima) cargue con ellos sin razón alguna (o si se quiere, por su mala suerte), realmente no se pretende en este trabajo entrar con rigor a hablar de diferentes concepciones de justicia más allá de ese análisis superficial.

---

<sup>18</sup> Se reitera: ni siquiera se trata de una condena penal como la privación de la libertad, lo cual es mucho más grave para una persona, sino sólo eso: una cuestión de dinero, el cual es siempre un medio y no un fin en sí mismo, como sí lo son la libertad o la vida humana.

Se trata de una cuestión que en nuestro sistema le corresponde definir a los magistrados y a los congresistas en sus debates. Por ello, lo que sí se quiere en esta monografía es invitar a que en tales discusiones, de manera complementaria a los tradicionales argumentos filosóficos (que probablemente apoyarían en esos casos la responsabilidad objetiva), se tenga también en cuenta la perspectiva del AED y todos sus desarrollos teóricos.

En otras palabras, se reconoce que por ejemplo el Congreso podría decidir en el futuro que ha cambiado el resultado de la ponderación mencionada, y como tiene la potestad de hacerlo en representación del pueblo, se aceptaría en principio dicha conclusión, pero lo que se pide es que más allá del resultado del debate, en éste se debería por lo menos valorar también el punto de vista del AED y sus conclusiones teóricas, para tener así una perspectiva algo más abierta y salir un poco de la “zona de confort” de la familia jurídica continental o civilista.

**3.2.2.** Frente a dicha crítica se pueden decir principalmente dos cosas: en primer lugar, se reitera que dentro de dicha categoría de costos primarios realmente hay un trasfondo de vidas humanas que se pierden en accidentes, o en muchos otros casos habría que hablar de lesiones que comprometen también la integridad física de las víctimas. Se continúa aquí con la resistencia a caer en la tentación de reducir tales cuestiones a simples cifras económicas. Sí son un costo social, pero no sólo de tipo económico, sino también en aquel sentido mucho más profundo y cualitativo, y por ello irreducible a lo meramente cuantitativo y económico.

En segundo lugar, aun si se hace énfasis en el aspecto económico de los costos primarios, el cual sí que puede ser computado con los costos terciarios (los de la administración del sistema judicial) que también son de naturaleza económica, resulta que con un análisis aún más profundo que el expuesto en el capítulo anterior, la conclusión de que la objetivación del sistema aumenta los costos terciarios no es tan clara.

De hecho, Papayannis considera en su propio análisis que los costos terciarios también disminuyen junto a los primarios, y eso que reconoce que la primera intuición es que la regla de responsabilidad objetiva generaría más demandas, aumentando así los costos terciarios (2014, p.

66). Se atreve así a insinuar que en realidad el número de procesos disminuiría, a pesar de esa primera intuición. Papayannis tuvo en cuenta algo que otros ignoran, y es el incentivo a las partes para resolver extrajudicialmente los litigios:

Las disputas sobre si la acción del agente dañador infringió el deber de cuidado vigente generan una mayor incertidumbre sobre el resultado del litigio. [...] En cambio, con una regla de responsabilidad objetiva, tanto los agentes dañadores como las víctimas tienen una certeza mayor sobre la indemnización que pueden esperar pagar y recibir, respectivamente, si se dejan de lado los errores en la estimación del daño. Por ello, ambas partes tendrán un incentivo para acordar extrajudicialmente y evitar los costes de litigar en los tribunales. Así las cosas, parece que la negligencia, y no la responsabilidad objetiva, garantiza una mayor cantidad de demandas. [...].

Así, parecería que bajo responsabilidad objetiva se litigan menos casos, y además son más fáciles de decidir por los tribunales. A pesar de todo, esta conclusión no puede sostenerse sin evidencia empírica relativa a los costes de la negociación, que variarían [...]. Sin datos concretos, es apresurado concluir que una de las dos reglas es más eficiente que la otra en términos de sus costes de administración” (2014, pp. 66-67).

Con la última parte se puede ver como reconoce con honestidad intelectual la falta de certeza sobre la conclusión, remitiéndola a datos sobre muchas variables prácticas con los que no se cuenta. Tal vez Papayannis esté sobreestimando la fuerza con que se incentivan las negociaciones extrajudiciales, pero lo que se quería mostrar es que no es un asunto del todo pacífico en la doctrina.

La tesis que se acaba de exponer respecto de cómo se ve incentivada la obtención de acuerdos conciliatorios, en realidad fue defendida también por Jules Coleman con anterioridad (véase Coleman, 2010, p. 255), teniendo en cuenta que *Risks and Wrongs* es originalmente de 1992, y a su vez Shavell parece haberlo dicho también aunque de una forma un poco menos explícita.

Además, este último autor, en su magistral obra *Economic Analysis of Accident Law* (y en las otras de la bibliografía), reconoce también la ambigüedad teórica de la cuestión del tamaño de los costos administrativos bajo uno u otro régimen de responsabilidad, por la compensación entre mayor número de demandas en el objetivo, y menor costo promedio de tramitarlas (2007, p. 264), como hacen casi todos los autores (es decir, Papayannis se diferencia en que sí se atreve a insinuar que cree que de hecho disminuyen los costos terciarios, mientras que los otros prefieren dejar la cuestión en una especie de empate).

Si a esto se suma que se está ignorando lo que ya se explicó en el capítulo anterior sobre el menor costo que tienen los procesos bajo la responsabilidad objetiva (al poderse evitar todo el debate probatorio sobre la culpa, en el cual podrían por ejemplo necesitarse peritos que suelen cobrar honorarios caros), resulta que no es tan evidente que haya tan siquiera un aumento en los costos terciarios, y mucho menos que dicho aumento, en caso de existir, tenga la suficiente magnitud como para superar el monto de la disminución de los primarios, generando así un balance total negativo en cuanto a los costos sociales de tipo económico.

**3.2.3.** Se trataba de una crítica que era necesario incluir, porque muchos analistas que sólo lleguen hasta ese punto en el examen del tema sin profundizar un poco más, se quedarían con dicha conclusión, pues es la que se desprendería de la valoración de los elementos que hasta ahí se tienen en cuenta. Sin embargo, eso empieza a cambiar inmediatamente cuando se incluye también la perspectiva de la frecuencia con que se realiza la actividad, sin agotar el análisis únicamente en la cuestión de la forma como se despliega la conducta y los cuidados que se toman o no. Como ya se dio tal explicación en el capítulo anterior, se puede remitir a lo planteado allí.

**3.2.4.** Partiendo de la anterior réplica, se debe añadir simplemente que si bien es cierto que como sostienen Posner y Landes, una regla de responsabilidad objetiva genera incentivos prácticamente opuestos para el causante y para la víctima (lo cual podría llevar a un aumento en el nivel o frecuencia de actividad de las víctimas que podría tender a anular la reducción en la

frecuencia de la actividad de los causantes), precisamente por eso se habla aquí de casos de actividades peligrosas. Como en la réplica anterior, aquí también es procedente una remisión a lo explicado en el capítulo 2 al respecto, con todos los autores que reconocen unánimemente (incluidos Posner y Landes) que sí hay una diferencia que vale la pena tener en cuenta en esos supuestos.

Se recuerda simplemente que la idea central sobre el asunto es que en ese tipo de casos no ocurriría de ninguna manera esa anulación de los efectos por los incentivos contrarios para “causantes” y “víctimas”, puesto que precisamente en las llamadas “actividades peligrosas” el riesgo particularmente alto proviene de la actividad en sí, que es precisamente la que despliega el causante, cuya frecuencia se reduciría por lo dicho anteriormente; mientras que poca incidencia tendría para reducir el riesgo la frecuencia de la actividad de las víctimas.

No obstante, la crítica vuelve a hacer evidente una limitación de la monografía que ya se reconoció explícitamente, y es que sus conclusiones únicamente tienen valor en la medida en que se hable de actividades peligrosas en las cuales hay un desequilibrio, porque tiene una incidencia mucho más alta la conducta del causante (el que crea el riesgo), que la de la víctima.

**3.2.5.** Es cierto que como ya se sabe, las actividades peligrosas son no sólo lícitas, sino que muchas veces son indispensables en una sociedad. Por supuesto el ejemplo perfecto es la conducción de automóviles. También es cierto que no parece deseable pretender que todas las personas que andan en automóvil para ir al trabajo, al estudio, a una reunión familiar o a cualquier otra cosa, dejen de hacerlo sólo porque se trata de una actividad peligrosa.

Sin embargo, no se debe perder de vista la eficiencia, y la forma como los propios sujetos al actuar racionalmente pueden llevar a ella. De este modo, en teoría cada sujeto valoraría la importancia que para él tiene realizar la respectiva actividad peligrosa, y la compararía con la nueva desventaja creada por los nuevos incentivos generados por el cambio hacia un sistema objetivo. Ello haría de una forma natural que las actividades peligrosas a las que se les dé importancia, efectivamente sigan siendo realizadas.

Es suficiente sobre esto con remitir al análisis del capítulo anterior cuando con una tabla se mostró el proceso de buscar el nivel más eficiente de realización de una actividad, teniendo en cuenta la utilidad que le reporta al sujeto. No obstante, recordando que el mayor efecto se daría sobre lo que podríamos llamar actividades peligrosas innecesarias, se quiere aprovechar este punto para ejemplificar el tipo de actividades sobre las que esto podría ocurrir.

En primer lugar, se pondrá un ejemplo basado en una práctica local de la ciudad de Medellín o sus inmediaciones que se presenta principalmente en ciertos entornos de estrato alto, y especialmente por parte de hombres jóvenes. Se conoce como “gasolinear”. A lo que se refiere dicha palabra en tales contextos es a la actividad de conducir muy velozmente, incluso para hacer carreras con otros. Es decir, sólo conducir no es lo que se llama gasolinear, seguiría siendo simplemente conducir; sino que para que lo sea debe ser una conducción particularmente temeraria y veloz. Si no, no tiene sentido llevarla a cabo en tales contextos.

Con el ejemplo no se intenta poner el énfasis en la culpabilidad o negligencia en la forma de llevar a cabo la actividad llamada conducir. Hay que llegar a entender que “gasolinear” es como si fuera un nuevo verbo, una actividad en sí. Con esa salvedad, el énfasis es el hecho de llevar a cabo dicha actividad, que de suyo es aún más peligrosa que la simple conducción.

Ahora bien, es en actividades como esas, que a decir verdad son totalmente innecesarias más allá de lograr un entretenimiento que puede ser obtenido de otras maneras, sobre las cuales podría notarse un efecto de generar desincentivos más fuertes por medio del diseño normativo. Sin embargo, alguien podría preguntar (se aprovecha aquí para presentar lo que se podría tomar como una crítica adicional): Pero, en casos como esos, ¿no es el Derecho Penal el que debería aportar los desincentivos, con delitos como el homicidio culposo y las lesiones personales culposas?

La respuesta es que es cierto pero sólo en parte, porque si se mira bien el asunto, es algo evidente que no todos los accidentes implican muertos o heridos, pues hay otros que sólo

generan daños materiales, y la gente sabe que si hay un accidente, el que haya sólo heridos o daños materiales es uno de los dos escenarios, junto a que haya muertos. Si se tiene en cuenta que en el Derecho Penal no hay un delito de daños materiales culposos (por ejemplo, daño en bien ajeno bajo la modalidad culposa), resulta que la tarea de desincentivar dichos daños recae sobre el Derecho Civil.

Además, no sería deseable que un delito así existiera, porque con cualquier choque se podría denunciar a quien tuvo la culpa. Sin entrar en debates ulteriores, aquí se adopta la opinión de que es más ideal un Derecho Penal mínimo, como se suele aceptar entre la mayoría de los juristas y académicos occidentales actualmente.

Una premisa adicional, similar a la de lo indeseable que es expandir el Derecho Penal, es que en nuestro sistema se rechaza la idea de tener indemnizaciones sancionatorias (las que van más allá de la reparación integral del daño, como si fueran sanciones ejemplarizantes). Si se juntan esas dos premisas, la conclusión es que la objetivación de la responsabilidad como aquí se describe, es la mejor forma que tiene el Derecho Privado de desincentivar la actividad de “gasolinear”, y otras similares.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que los desincentivos generados por el Derecho Penal y el Civil no son excluyentes. Alguien puede ser denunciado por lesiones personales culposas, pero a la vez recibir una gran demanda de Responsabilidad Civil Extracontractual en la que se solicita una indemnización por incapacidad laboral de varios meses, cirugías, etc.

Para sintetizar el anterior planteamiento, piénsese en un joven de 25 años que no sea muy racional y al que le guste “gasolinear”. Su razonamiento básico antes de hacerlo -siendo obviamente consciente de las posibilidades que hay de que ocurra un accidente- podría ser algo así, bajo un régimen subjetivo: “si muere alguien, iré a la cárcel, y es un problema grave. Si sólo hay daños, me demandarán, pero será difícil para el demandante. En ese caso, no hay muchos problemas”.

En cambio, bajo un régimen objetivo (imaginando que ha habido previamente una gran campaña de divulgación jurídica), pensaría: “si muere alguien, iré a la cárcel, y es un problema grave. Si sólo hay daños, me demandarán, y seré condenado a una indemnización, que podría ser grande. En ese caso, también tendría un problema”. Por supuesto, de ello resultaría que el desincentivo que tiene para emprender la actividad es mayor en este segundo régimen. Y aunque tal vez a él al final no le importe, si ahora se piensa en mil personas como él, innegablemente el efecto disuasorio se verá sobre algunos de ellos, sea cual sea el porcentaje.

La conclusión con esto es que hay que aceptar que los efectos del mayor desincentivo serán más moderados, pero no inexistentes. Sea cual sea el porcentaje de casos en que seguirán teniendo efecto (el cual es imposible de determinar en este trabajo), y por más que haya que aceptar que el porcentaje es menor de lo pensado antes de la crítica, tampoco se podrá decir de ningún modo que el porcentaje sea nulo, por lo cual el efecto no es inexistente, y esa es la tesis del trabajo. No importa si a la larga tan sólo se salva una vida, por decirlo de esa manera.

Para reforzar un poco la conclusión, es evidente que la lista de casos que se pueden plantear es inimaginable, teniendo en cuenta que en Colombia la lista de actividades consideradas como peligrosas no es taxativa. El efecto sería el mismo del ejemplo anterior en un caso de dos jóvenes que estén molestando o jugando mezclando sustancias químicas peligrosas en el laboratorio de su universidad. Se trata de una actividad peligrosa para ellos y las otras personas presentes, pero a la vez innecesaria, que es del tipo de actividades que se está hablando aquí principalmente.

Lo mismo pasaría con ejemplos mucho más obvios como el de una persona que esté evaluando montar una planta nuclear para la producción de energía como negocio. Ahí sí que se está en un escenario de una actividad plenamente racional y premeditada, por lo cual el efecto de los incentivos sería aún mayor, y el juicio racional llevaría a la solución más eficiente, porque se ponderaría entre los riesgos y las ventajas de llevar a cabo el proyecto, con lo cual se tomaría la decisión final.



**3.2.6.** En principio parece cierto lo que se dice en la crítica. No obstante, en la práctica sí hay diferencias entre ambos regímenes (responsabilidad objetiva y responsabilidad con culpa presunta indesvirtuable), pero no en cuanto a la solución de un caso concreto, sino en un sentido más social. La clave, de nuevo es pensar en el punto de vista de los incentivos que recibe la gente, que se basan en el mensaje que reciben sin ser expertos en la materia. Piénsese en gente con una comprensión jurídica promedio, como la mayoría de las personas.

Para ellos puede ser un mensaje confuso lo de culpa presunta. Les puede costar desligarse de pensar en la culpa, porque es lo que prima en nuestra tradición jurídica (y en el sentido común, pues la gente tiende intuitivamente a decir cosas como “yo no tuve la culpa” para defenderse), y también porque precisamente a primera vista se ve que se está hablando aún de culpa al mencionar dicha palabra en el mensaje (“culpa presunta indesvirtuable”), y no de riesgo como factor de imputación.

Además, para que el incentivo generado sea el mismo que el de un régimen objetivo, es necesario que la gente entienda hasta lo de “indesvirtuable”, y sólo unos pocos llegarán hasta ahí en su comprensión. Unos, como se dijo, se quedarán con la palabra culpa en sus ideas o comprensión del asunto. Otros llegarán hasta lo de “presunta”, al enterarse y entender efectivamente lo que ello significa, pero podrían seguir pensando que se puede demostrar lo contrario.

En cambio, sólo una minoría llegarían a conocer, y sobre todo verdaderamente entender la frase completa (“culpa presunta indesvirtuable”), pues a decir verdad, no parece tener mucho sentido la primera vez que se aprende (¿por qué hablar de culpa si no se podrá tener una defensa demostrando el cuidado? Parece difícil de creer a primera vista, pues generalmente uno está acostumbrado a constatar que el Derecho es “sentido común hecho norma”, y aquí no es así). Sólo quien lo estudia más allá de un vistazo inicial asimila finalmente el mensaje.

Todo lo anterior no se dice simplemente desde la especulación. En una clase sobre la responsabilidad objetiva en Responsabilidad Civil, un profesor nos contó una anécdota: cuando

salió la sentencia de la Corte Suprema que objetivó formalmente la responsabilidad, una persona con una empresa de buses (si no cambié pequeños detalles por fallas de memoria) le dijo que en esas condiciones no iban a poder seguir con el negocio, porque los gastos por indemnizaciones derivadas de demandas iban a ser muy altos. No tenía ni idea de que en la práctica no había cambiado nada, y estamos hablando de una persona con un buen nivel de educación e ingresos, que incluso tenía razones para estar directamente interesada en el tema. Ni hablar entonces de personas mucho más sencillas.

En contraste con todo lo anterior, hablar de “responsabilidad sin culpa sólo por crear el riesgo con la actividad” sería mucho más claro para todos. Se entendería con más facilidad que se eliminó explícitamente la culpa, y que ya lo que fundamenta la responsabilidad es el hecho de haber creado un riesgo. En tal caso, los incentivos tendrían pues mayor incidencia sobre el comportamiento de las personas, al haber una mayor comprensión y claridad.

Por otro lado, evidentemente el régimen de culpa presunta indesvirtuable está más cerca del de culpa presunta desvirtuable que el explícitamente objetivo, aunque en la aplicación sobre casos concretos sean lo mismo. Es decir, si la culpa presunta desvirtuable se representa con el número 1, la indesvirtuable con el 2, y la objetiva con el 3; es obvio que entre el 2 y el 1 hay una distancia mayor que entre el 3 y el 1; y por ello es más fácil pasar del 2 al 1 que del 3 al 1.

Como se está hablando de lo teórico y no de lo práctico (es decir, desde el punto de vista de los proyectos de ley, de los debates para las sentencias de la Corte, etc.), la conclusión es que es más fácil que se llegue a una reforma que vuelva completamente subjetivo el sistema si se parte de uno de culpa presunta indesvirtuable que si se parte de uno explícitamente objetivo, pues parecería un paso más pequeño en lo teórico para quienes propongan la reforma.

En otras palabras, se encontraría más consolidado el sistema si se reconoce como explícitamente objetivo ya desde lo teórico, que si se habla aún de culpa como factor de imputación, aunque sea presunta e indesvirtuable. En la jurisprudencia es más fácil imaginar que se pase en algún momento de un régimen de culpa presunta indesvirtuable a otro en el que sea

desvirtuable. Parece haber sólo un paso. Reiterando lo que se ha dicho, incluso no sería sorprendente que ciertos jueces, de primera instancia por ejemplo, no tengan total claridad sobre el tema y piensen que la presunción es desvirtuable. Cuando hice el semestre de práctica profesional de la carrera en un juzgado civil municipal, encontré que efectivamente el tema generaba dudas.

A esto se puede sumar que por ejemplo un magistrado manifestó expresamente la postura de que la culpa debería ser desvirtuable en su aclaración de voto a la SC 4420 de 2020. Se trata de Luis Alonso Rico Puerta, quien expresó que:

No obstante, esa presunción, edificada sobre sólidas bases jurisprudenciales, debe admitir prueba en contrario (mientras el legislador no disponga otra cosa). Dicho de otro modo, en mi respetuosa opinión, aún en tratándose de responsabilidad civil por actividades peligrosas, el agente puede exonerarse del deber de indemnizar acreditando suficientemente su diligencia (CSJ, 2020).

Respecto del gran significado de la diferencia teórica, es bastante obvio, pero se pone en palabras de la profesora Felisa Baena en su ya mencionada monografía, aunque no se profundizará más en ello por referirse más a los fundamentos filosóficos de la responsabilidad:

Sin duda, era necesario replantear el fundamento culpabilista en que se venía basando la Corte Suprema de Justicia para decidir los casos de responsabilidad por actividades peligrosas, pues si bien en todo caso se estaba aplicando en la práctica un régimen objetivo bajo la apariencia de una presunción de culpa, resultaba necesario aclarar, como lo hizo la Corte, que el fundamento de dicha responsabilidad se hallaba en la creación del riesgo, y no en la culpa. (2010, p. 87).

**3.2.7.** Lo que se puede responder a esa crítica es que si así fuera, nada en el Derecho, ni en el AED, tendría verdaderamente sentido, pues todo se basa en que las decisiones de las autoridades se den a conocer, para poder llegar a tener cierto grado de cumplimiento e incidencia

en la sociedad. En otras palabras, es obvio que el presupuesto de cualquier cambio significativo en la sociedad que se quiera lograr con medios jurídicos es que vaya acompañado de una gran campaña de divulgación de la norma y del funcionamiento del sistema.

Por supuesto que es verdad lo que dice la crítica, pero precisamente por eso también es evidente que aquí hay que abogar por que las personas de la sociedad cuenten con una mayor educación, y que esta incluya una mayor “cultura general jurídica”. En todo caso, con seguridad se trata de un proceso lento, pero a la larga se puede cambiar la idea de casi todos los ciudadanos de la familia jurídica, así como hoy en día cualquier persona conoce instintivamente el significado aproximado de la palabra culpa. Debe ser un trabajo conjunto de jueces, profesores, académicos, periodistas y todo tipo de divulgadores o educadores.

## **Capítulo 4: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el régimen de responsabilidad en casos de actividades peligrosas**

Con este capítulo se tienen principalmente 4 objetivos para continuar con el desarrollo de los planteamientos del trabajo. En primer lugar, se expone de forma básica el régimen de responsabilidad que la Corte adoptó desde 1938 y las variaciones recientes cuando fue objetivado. En segundo lugar, y más importante aún, se presentarán las definiciones que la misma Corte ha dado para las actividades peligrosas, para que se pueda constatar cómo coinciden con los supuestos en que según el final del capítulo 2 convendría que la responsabilidad fuera objetiva.

Para acompañar esas definiciones concretas, se ilustra lo que son las actividades peligrosas a partir de una lista no taxativa de actividades que expresamente han sido consideradas como tales. En tercer lugar, se analizan las pocas menciones del AED que se han hecho en sentencias recientes sobre el tema, y en cuarto lugar, se concluye que un escenario idóneo sería que el Congreso legisle sobre la materia.

Se trata de 4 objetivos básicos vinculados con el desarrollo de la idea central del trabajo. En cambio, no es necesario ahondar en cuestiones como los casos de concurrencia o colisión de actividades peligrosas<sup>19</sup>, puesto que no tienen que ver con el supuesto básico de causante-víctima que se analizó en el capítulo 2. Lo mismo sucede con la pregunta acerca de quién es el guardián de la actividad (es decir, los temas de guardia compartida, la casi abandonada tesis de la guardia jurídica, etc.). Del mismo modo, tampoco es necesario en ahondar en las curiosidades históricas que llevaron al régimen de 1938, por más interesantes que sean.

Lo único que se dirá sobre esto último es que la aparición del régimen de culpa presunta indivisible en Colombia fue fruto de una larga cadena eventos y “malos entendidos”, si se

---

<sup>19</sup> Sí se puede decir sin embargo que las soluciones de la Corte han sido principalmente 2: considerar que se neutralizan las presunciones, por lo cual el demandante debe probar una culpa adicional del demandado, o simplemente evaluar el grado de incidencia causal en la producción del daño y atenuar según eso la responsabilidad. Ninguna de las 2 afecta las conclusiones de este trabajo.

permite la expresión, que se remontan a detalles del Código Civil de Francia que Andrés Bello no copió, y particularmente a un acercamiento que Eduardo Zuleta (magistrado de la “Corte de oro”) tuvo con una solución de la doctrina francesa (G. Ripert) que duró muy pocos años antes de cambiar radicalmente. Zuleta la conoció justo en esos años, y esa teoría luego abandonada en Francia fue decisiva para la configuración del sistema colombiano.

Es toda una coyuntura histórica bastante curiosa, y se recomienda la profundización en el tema. No obstante, la conclusión que sí se quiere presentar aquí, es que toda esa cadena de eventos llevó a que en Colombia se diera una construcción propia y original, que es la doctrina de las actividades peligrosas. En efecto, terminó siendo un gran desarrollo jurisprudencial que Colombia aportó y que ha llamado la atención de algunos juristas en el extranjero, aunque generalmente en cada país haya una solución equivalente o similar.

#### **4.1. Consolidación del régimen de culpa presunta indesvirtuable de 1938**

Empezando entonces con la exposición del régimen de 1938, el 14 de marzo de dicho año la Corte Suprema de Justicia profirió la famosa “Sentencia del Joven Arnulfo”, con la cual se inició en Colombia un tratamiento jurisprudencial particular para los casos de responsabilidad civil extracontractual por “actividades peligrosas” (concepto que se introdujo en esa misma sentencia), consistente en presumir la culpa del causante del daño de manera indesvirtuable, y siendo posible la exoneración de responsabilidad únicamente mediante la demostración de una causa extraña (caso fortuito/fuerza mayor; hecho exclusivo de un tercero, y hecho exclusivo de la víctima).

Para esto, la Corte argumentó en resumen que el art. 2356 del Código Civil no se puede interpretar como una repetición del art. 2341 (consignación general de la responsabilidad extracontractual), puesto que aquel empleaba la expresión “son especialmente obligados a esta reparación...”. Según la Corte, debía entenderse pues que el 2356<sup>20</sup> contempla una situación

---

<sup>20</sup> El artículo dice: “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: 1º) El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2º) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre

diferente, y como tal la regula de manera diferente. No obstante, como al leer con detalle el art. 2356 del Código Civil resulta evidente que en ningún momento se prescinde de la culpa, se siguió hablando de un régimen subjetivo de responsabilidad con imputación a título de culpa, aunque como ya se dijo, esta se presumiría de manera indeseable, considerando más bien que se encontraba implícita. Esto es lo que dijo la Corte, en una magistral cita que hoy es ya clásica (tan importante y clara que se reproduce íntegra):

El art. 2356 *ibídem* [del Código Civil], que mal puede reputarse como repetición de aquél [el 2341] ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que ‘pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona’.

Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer.

Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta ahora sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus increíbles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de acueducto o fuente a través de un camino, apenas se

---

en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3º) 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”. (Subrayado propio, con énfasis en que no se abandona el tema de la negligencia).

podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo, y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial.

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

A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.<sup>21</sup>

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

Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, *onus probandi*, no es del

---

<sup>21</sup> Esta parte se subraya, no porque sea considerada la más importante -pues las otras también lo son, pero a la vez son muy claras en sí mismas-, sino porque cuando se pase a hablar de las sentencias que objetivaron expresamente el régimen, se tendrá en mente una idea similar: la importancia que había de dar un paso más hacia las necesidades de la actualidad, que a la vez representa un alejamiento adicional de la exégesis literal del texto del Código, lo cual requiere valentía sin lugar a dudas.



damnificado sino del que causó daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia. (CSJ, 1938a)

Fue así como empezó todo. Desde entonces ha sido una de las sentencias más influyentes y reiteradas de la jurisprudencia colombiana. Sin embargo, tales planteamientos se dieron como *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, por lo cual rápidamente la Corte los retomó en nuevas sentencias pero ya como *ratio decidendi*, de manera que sí pudieran sentar propiamente un precedente vinculante. Fue así como el 18 de mayo de 1938 el alto Tribunal reiteró lo planteado en la sentencia del joven Arnulfo, cuando volvía a expresar los siguiente:

Se deduce de la letra y del espíritu de ese precepto [el art. 2356 C.C.] que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse [...]. Hay que aceptar que el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual [...].

Con esta hermenéutica [...] se hace necesario en las sociedades modernas acompasar la jurisprudencia a las actividades y adelantos del mundo moderno, procurando que ese cúmulo de nuevas energías e iniciativas y la profunda intensidad de las fuerzas mecanizadas no vengán a producir un hondo desequilibrio en la vida social y a perturbar las normales relaciones de convivencia, sobre todo en los centros habitados por densos núcleos sociales.

La tesis antes expuesta adquiere plena oportunidad en el caso de autos, donde se dilucida la responsabilidad civil por daños causados por una locomotora de ferrocarril. [...] La aplicación de esos elementos a la vida nacional lleva consigo, por su propia índole, factores predominantes de peligrosidad que ocasionan necesariamente perturbaciones en las relaciones sociales y obligan a establecer un régimen jurídico severo que asegure la integridad patrimonial y garantice la indemnización por daños originados en una actividad peligrosa.

De aquí nace la moderna teoría de la presunción de culpa, según la cual el agente de la actividad peligrosa se presume responsable de sus consecuencias, habida consideración a los daños que de su natural actividad pueden originarse. (CSJ, 1938b).

Tan sólo 13 días después de dicho fallo, la Corte una vez más reiteró tales planteamientos en sentencia del día 31 de mayo de 1938, de nuevo como *ratio decidendi*:

A todo esto, provee el art. 2356 del C. C., que se repite no es una reproducción ni repetición del art. 2341 de la misma obra; las dos disposiciones que acaban de citarse son bien distintas desde el punto de vista de los principios que informan y de sus consecuencias. El art. 2341 se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto, la carga de la prueba corresponde al demandante. El art. 2356 parte de la base de la imputabilidad de culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el sólo hecho de ejercerla, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandado de su responsabilidad, a saber: a) Fuerza mayor; b) Caso fortuito; y c) Intervención de un elemento extraño, puede ser un descuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión o el atropello. Más así como en el caso del art. 2341 la carga de la prueba corresponde al demandante, en el caso del artículo 2356 esa carga corresponde al demandado, el cual para exonerarse de su responsabilidad debe demostrar, uno al menos, de los factores de que se acaba hacer mérito. Los daños ocasionados por el ejercicio de una actividad peligrosa, su misma naturaleza, están pues bajo el imperio del art. 2356 citado en la forma y términos que acaban de expresarse, y la prueba se desprende en ese caso del demandante al demandado (CSJ, 1938c).

Con todas las anteriores citas queda ya más que clara la forma como se consolidó el régimen de culpa presunta en la jurisprudencia. En todo caso, se reiteró tan sólo 17 días después (el 17 de junio de 1938), y menos de un año después, 2 veces más (el 18 de abril de 1939, y el 19 de mayo de tal año). Fue así como quedó rápidamente consolidado en Colombia el sistema de presunción de culpa en actividades peligrosas, indesvirtuable, salvo casos de fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero, y hecho o culpa de la víctima.

Si se mencionaran las sentencias que desde entonces han reiterado ese mismo precedente, no se exagera al decir que serían muchas más de 100, como se puede constatar en la presentación sobre las actividades peligrosas elaborada en 2021 por la misma Corte Suprema de Justicia que se encuentra en la bibliografía. Sin embargo, sería completamente innecesario, teniendo en cuenta que en realidad no hubo absolutamente ningún cambio<sup>22</sup> en el régimen descrito hasta el 24 de agosto de 2009 (lo cual se retomará más adelante). Se trata de un fenómeno impresionante y no tan común de reiteración de una misma línea jurisprudencial -de forma completamente unánime- por todas las sentencias sobre el tema durante más de 70 años (más de 80, si se excluye la de 2009).

Con lo anterior, se hace evidente la increíble fuerza de dicho precedente, y la consecuente imposibilidad de afirmar que el régimen objetivo se encuentra consolidado desde 2021 sólo por una o 2 sentencias que luego se verán, con lo cual se concluirá que lo mejor es que el Congreso expida una ley afianzando el régimen objetivo. Ahora bien, lo que sí es necesario a continuación, es centrar la atención en lo que son las actividades peligrosas en sí, por medio de sentencias que han intentado definir las (más allá de lo que se pudo percibir sobre lo que son, mediante las citas vistas de las 3 primeras sentencias de 1938).

#### **4.2. El concepto de actividad peligrosa**

Para ver ahora lo referente al concepto de actividad peligrosa, hay que partir de que en gran medida se ha evitado, tal vez deliberadamente, encasillarlas en un solo concepto, tal vez de manera que ante los rápidos cambios sociales y tecnológicos no suceda que quede obsoleta la definición. Como bien lo dijo la Corte en la sentencia SC 002 del 12 de enero de 2018:

---

<sup>22</sup> Lo único que se debe precisar es que se ha hablado en unas ocasiones de presunción de culpa y en otras de presunción de responsabilidad, casi indistintamente, y tal vez muchas veces por relajar el rigor lingüístico. Esto fue aprovechado en la mencionada sentencia del 24/08/2009 para elaborar una argumentación sobre el carácter en realidad objetivo del régimen, dándole para tal efecto una gran importancia a la distinción entre presumir la culpa y la responsabilidad. Tal vez la Corte tenga la razón en ello, y en realidad sí fue un gran debate en la jurisprudencia del siglo XX, más que un uso relajado del lenguaje, como aquí se dice.

El concepto de peligrosidad de la actividad, empero, no ha sido definido bajo un criterio jurídico general sino que suele explicarse mediante ejemplos tales como la velocidad alcanzada, la naturaleza explosiva o inflamable de la cosa utilizada, la energía desplegada o conducida, entre otras situaciones cuya caracterización ha sido delimitada por la jurisprudencia. (CSJ, 2018a).

También se dijo de forma más expresa en una sentencia de ese mismo año (la SC 5686 del 19 de diciembre), que luego se retomará: “En esta tarea, que el legislador ha delegado tácitamente al juez, pues no existe definición de lo que ha de entenderse por actividad peligrosa ni menos un catálogo de las que se tengan por tales, debe echar mano aquel de...” (CSJ, 2018c).

No obstante, en años más recientes la Corte sí se ha visto en la necesidad de intentar presentar una definición o criterios más claros, con lo cual dicha situación ha cambiado un poco. Se puede empezar por las sentencias más antiguas, para llegar a las recientes. Es claro en todo caso que el punto de partida es la sentencia del joven Arnulfo, especialmente la siguiente expresión empleada: “llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia” (CSJ, 1938a).

Por ejemplo, el 5 de abril de 1972 la alta corporación decía que son actividades que “llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales”, y que no importa que sean socialmente útiles, como se sabía ya desde 1938. También dijo en esa oportunidad que se trata de “una actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños” (CSJ, 1972).

El 30 de abril de 1976, la alta Corporación decía:

el uso constante y progresivo de máquinas y fuerzas motrices, la mayoría de ellas descubiertas, o inventadas, y puestas al servicio del hombre en el transcurso del siglo XX, ha traído como secuela el factor peligrosidad. [...]

Las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presentan, empero, un nuevo aspecto, más actual y acaso de mayor trascendencia que el del simple riesgo: muchos de esos elementos de corriente empleo en el medio social, comportan no solamente la amenaza de llegar a lesionar a terceros (accidente aéreo, colisión de automóviles, estallido de una caldera, verbigracia), sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole, aparentemente inevitables (CSJ, 1976).

Muy importante sobre el tema resulta también la sentencia del 4 de junio de 1992, en la cual se aclaraba lo siguiente sobre las actividades peligrosas:

El ejercicio de aquellas coloca a los asociados en inminente riesgo de ser lesionadas, así su autor la ejecute con la diligencia que ella exige. Busca, pues, este sistema ‘favorecer a las víctimas de aquellos accidentes en que el hombre, utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y por tanto capaces de romper el equilibrio antes existente, de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevare a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige (CSJ, 1992).

En el año 1995, en la sentencia del 22 de febrero, la Corte hablaba de la “apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño” que tienen dichas actividades (CSJ, 1995). Posteriormente, el 23 de octubre de 2001 aludió a su “aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que -de ordinario- despliega una persona respecto de otra” (CSJ, 2001). Esto del desequilibrio es una expresión muy importante, que de alguna manera ya se encontraba en las citadas sentencias de 1938.

Se puede tener en cuenta también la definición dada por la sentencia del 24 de agosto de 2009 (la que objetivó la responsabilidad), al decir que son “aquellas que aunque lícitas y permitidas

por el ordenamiento son potencialmente dañosas de acuerdo con las reglas de experiencia, probabilidad de su ocurrencia y cuya enunciación en el catálogo legal es descriptiva”. (CSJ, 2009d).

Pasando al 19 de diciembre de 2018, en la sentencia del conocido “caso de Machuca” (SC 5686-2018), -la cual ya fue mencionada por su énfasis en la ausencia de definiciones de “actividad peligrosa” y en la forma como el juez debe considerar caso por caso- la Corte expresó lo siguiente, que se transcribe íntegramente por su importancia en la materia:

La determinación de si una actividad -sin cosas o con cosas, inactivas o en movimiento- es peligrosa lo dicta por lo general la razón natural, esa capacidad del hombre de juzgar rectamente (sindéresis), la que, además, bien puede apoyarse en conceptos técnicos y demás elementos de juicio, cada vez más importantes dada la complejidad tecnológica que día a día se acrecienta, para arribar sólidamente a dicha calificación. No es por consiguiente una suposición a la que se llega sin más, sobre todo en los tiempos que corren y en ciertas actividades pues su índole misma, o la de la cosa con la que se despliega aquella, puede dar lugar, en la mayoría de los casos, a concluir en la peligrosidad o riesgos potenciales de que es capaz de desatar en desmedro de los derechos de terceros, pero en otros exigir precisiones sobre su naturaleza, composición, carácter riesgoso, etc. En procura de buscar esa particularidad no debe atenderse forzosamente al hecho de si la actividad en cuestión ha sido revestida de prevenciones especiales que puedan minimizar sus efectos perturbadores, pero ello es un buen indicador si esas pautas precautorias son de alguna manera necesarias y excepcionales. En esa medida, quizás por entender su guardián que se trata de una actividad que ofrece riesgos potenciales a terceros, generando un desequilibrio en desmedro de estos, se afana en guarecerla con vigilancia extrema y diseños especiales que minimicen sus riesgos [...].

La actividad peligrosa es pues, aquella que, ya en su estructura ora en su comportamiento, con cosas inertes o en movimiento o raramente sin el uso de ellas, genera más probabilidades de daño de las que usualmente puede un ser humano promedio soportar y repeler, es aquella cuyos efectos se vuelven incontrolables, imprevisibles, devastadores por

la multiplicación de energía y movimiento que supone o le es inherente, efectos además inciertos por su capacidad de destrozo mayor. En esta tarea, que el legislador ha delegado tácitamente al juez, pues no existe definición de lo que ha de entenderse por actividad peligrosa ni menos un catálogo de las que se tengan por tales, debe echar mano aquel de todos estos tópicos, de modo que no sea el capricho o el mero subjetivismo el criterio que predomine a la hora de encasillar una en particular dentro de esta categoría (CSJ, 2018c).

En la sentencia se subrayaron algunas expresiones para hacer énfasis en que se adoptó la diferencia francesa relativa a que las cosas pueden tener una peligrosidad en su estructura, o en su comportamiento (funcionamiento). Francisco Tamayo había abogado para que en Colombia se adoptara dicha distinción, es decir, dicho concepto de que la peligrosidad puede venir también de la estructura de las cosas. Fue en dicha sentencia que finalmente se acogió dicha teoría, en aquel caso de Machuca en el que le hicieron un atentado a un oleoducto, que por su propia estructura fue considerado peligroso por la Corte, responsabilizando así a la empresa petrolera.

Luego de esto, es necesario pasar a la sentencia SC 4204 del 22 de septiembre de 2021, en la cual la Corte desestimó que la actividad bancaria fuera peligrosa. En dicha oportunidad se hizo un recuento bastante completo (que en gran medida se ha usado en este apartado) sobre el concepto de actividad peligrosa en sentencias anteriores, precisamente para indagar si la bancaria se podía considerar como tal.

En dicha sentencia, la Corte decidió hacer un análisis profundo del art. 2356 del Código Civil, junto con la interpretación jurisprudencial tradicional sobre el mismo, y plantear los criterios que lo caracterizan. Comenzaba diciendo cosas como estas:

Tornase evidente, entonces, que el precepto alude, primero, a la realización de actividades y, segundo, a aquellas con una acentuada potencialidad de dañar a otros, porque sólo de ellas puede inferirse que el perjuicio ocasionado deriva de la mala intención, incorrección, descuido o falta de previsión de su autor.

[...]

dicho comportamiento debe revestir, por sí mismo, peligro para el tercero, esto es, tener el potencial suficiente de provocar la afectación de sus derechos (resultar herido o muerto, caer en la acequia o cañería o, en general, sufrir daño), razón por la cual hay lugar a pensar (presumir) que el proceder del agente, al ser el generador del mal experimentado por la víctima, fue realizado con culpa por parte de aquél, esto es, que puede imputarse a su malicia o negligencia. (CSJ, 2021b)

Luego de ello, y habiendo ya presentado el recuento jurisprudencial, la Corte llega al planteamiento de los criterios propiamente:

Aunados los elementos atrás identificados con base en el propio texto del inciso 1° del artículo 2356 del Código Civil, los ejemplos que el precepto contiene y la jurisprudencia, se establece, en definitiva, que los rasgos caracterizadores de las actividades peligrosas son los siguientes:

3.5.1. La norma concentró su atención en el comportamiento del infractor, ya se trate de una acción o una omisión (disparar, remover, destapar, mantener en estado de causar daño o no prevenir).

3.5.2. Dicho comportamiento debe ser, por sí mismo, peligroso, esto es, idóneo para ocasionar el perjuicio.

3.5.3. Es debido, precisamente, a esa aptitud, de provocar el daño, ínsita en la propia actividad, que cuando ello acontece, es dable presumir que tal resultado fue consecuencia de la mala intención, la imprudencia, la negligencia, la falta de cuidado o la imprevisión con que procedió su autor (culpa).

3.5.4. La peligrosidad de la conducta debe alterar las condiciones en que se encuentra la víctima, de tal modo que no pueda impedir el daño con el uso normal de sus propias fuerzas o de los mecanismos de evitación que tiene a su alcance. (CSJ, 2021b).



Se va viendo ya con el primer criterio cómo la Corte empezó a abandonar la idea de que una cosa en sí puede ser peligrosa, centrando su atención en las conductas de las personas. Un poco más adelante fue más explícita al respecto:

si bien, en los ejemplos propuestos en la comentada disposición legal, se alude a ciertas cosas (el arma de fuego o las losas de la acequia o cañería), la atención la centró el legislador en la conducta desplegada por el agente (disparar, remover, destapar o mantener en estado de causar daño).

Independientemente de que las cosas puedan o no calificarse como peligrosas, toda vez que ellas, por regla general, en estado de completa inactividad, no ofrecen amenaza alguna, de lo que se sigue que el riesgo que comportan surge únicamente de su funcionalidad, premisa de la que escapan sólo algunas sustancias, como las explosivas y las inflamables, o ciertas energías, como la nuclear, debate que no asume en esta oportunidad la Corte, por no ser necesario, la verdad es que la norma en estudio, como acaba de reseñarse, concentró su atención en el proceder del agente causante del daño. (CSJ, 2021b)

Con la expresión que se subraya se quiere hacer énfasis en la pregunta que surge respecto de si la Corte intentó abandonar la teoría adoptada en el caso del oleoducto de Machuca. A decir verdad, no es una cuestión clara, pero en todo caso generó una fuerte reacción del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona (el mismo magistrado ponente de la sentencia SC 2111 que se había proferido el 2 de junio de dicho año, y que fue la que objetivó la responsabilidad, como pronto se verá)

Dicho magistrado, en un salvamento de voto de 30 páginas se quejó de que la sentencia regresara a la tesis del hecho del hombre y dejando de lado el de las cosas, en contra de la tendencia internacional de los últimos 100 años aproximadamente. De paso, presentó una argumentación magistral sobre las razones por las cuales la intención de Andrés Bello no era crear un sistema

subjetivo para esos supuestos (como los del art. 2356). Ese salvamento de voto es un interesante complemento de la sentencia SC 2111-2021 que luego se verá.

De todas formas, volviendo a la definición de actividades peligrosas, es interesante la que aporta la Corte en dicha sentencia de septiembre de 2021, especialmente con los 4 criterios ya citados. Por último, se debe tener en cuenta la sentencia SC 065 del 27 de marzo de 2023, que las definió como “actividades que por sí mismas tienen la potencialidad de causar daño y, en su ejecución, los individuos quedan en imposibilidad de impedir ser afectados por ellas” (CSJ, 2023).

**4.2.1. Lista enunciativa de actividades peligrosas.** Ahora bien, con todas esas definiciones claras, también es conveniente hacer una lista meramente enunciativa de ejemplos de actividades que la Corte ha considerado como peligrosas, pues es algo que puede ayudar a llenar de contenido el concepto. Ya se vio que desde 1938 se consideraron como tales las actividades ferroviarias y la conducción. Sin embargo, se seguirá con el recuento cronológico.

Desde el 20 de octubre de 1942, en un caso de muerte por electrocución, se ha considerado como peligrosa la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica (sentencias posteriores que consolidaron dicha línea hablaron de esas 4 actividades) (CSJ, 1942). Desde el 27 de julio de 1945 se considera la aviación (el servicio aéreo) como una actividad peligrosa (CSJ, 1945a). Del mismo modo, aplicó la Corte la responsabilidad con culpa presunta por el hundimiento de una embarcación a vapor en el río Magdalena, en un fallo del 4 de diciembre de dicho año (CSJ, 1945b).

Aunque ya se mencionaron los automóviles, el 21 de agosto de 1951 se consideró expresamente como peligrosa la conducción de vehículos automotores para la resolución de un caso (CSJ, 1951). Desde el 5 de abril de 1962 se ha considerado como peligrosa la edificación de varias plantas (CSJ, 1962), aunque el 13 de marzo de 1970 la Corte precisaría que lo es tanto la construcción como la demolición de obras o edificaciones (CSJ, 1970).

En un fallo del 17 de julio de 1985, la Corte consideró que la conducción de bicicletas se puede considerar en principio como una actividad peligrosa, aunque precisó que lo es mucho menos que el manejo de automotores, por lo cual hay lugar a una compensación de culpas y a una rebaja cuantitativa de la indemnización que fue dejada al criterio del juez para cada caso. (CSJ, 1985). Sin esa última precisión, habría que decir que probablemente la Corte se excedió en su valoración de la conducción de bicicletas.

El 20 de agosto de 1987 se consideró como peligrosa la fumigación de cultivos efectuada con sustancias tóxicas (CSJ, 1987). Más adelante, sí hubo lo que se puede calificar como un exceso (como en efecto han hecho varios críticos), cuando en la sentencia ya citada del 22 de febrero de 1995 la Corte consideró como actividad peligrosa el hecho de tener un peaje sin ningún tipo de señalización o iluminación en medio de la noche (CSJ, 1995). Por supuesto, habría que hablar es de una conducta culposa o negligente en ese caso.

El 14 de marzo del 2000, en la sentencia 5177, fue declarada peligrosa la comercialización de gas propano (CSJ, 2000). El 12 de julio de 2005, se consideró peligroso el transporte marítimo de petróleo (CSJ, 2005). Luego, en la sentencia 068 del 27 de junio de 2007, se consideró peligrosa la manipulación de los embalses que se destinan a generar energía eléctrica (CSJ, 2007). En fidelidad al art. 2356, se consideró que el disparo de un arma de fuego es actividad peligrosa el 20 de enero de 2009 (CSJ, 2009a) Ocho días después, se valoró que la conducción de remolcador fluvial es actividad peligrosa (una remolcadora destruyó una muralla de contención, lo cual generó una inundación que destruyó un cultivo) (CSJ, 2009b). En relación con la del 2007, el 27 de febrero de 2009 la Corte precisó que es peligroso el manejo del caudal de un embalse de hidroeléctrica (CSJ, 2009c).

El 16 de mayo de 2011 hubo un fallo hito en materia de responsabilidad ambiental, en la cual se consideró que la explotación de hidrocarburos es una actividad peligrosa (CSJ, 2011). El 18 de diciembre de 2012, se encontró que los parques de atracciones mecánicas implican actividad peligrosa, pues hubo un accidente en uno de ellos (CSJ, 2012). En la SC 9788 del 25 de julio de 2014, se dijo que la explotación de una mina subterránea es peligrosa, luego de que una explosión

en el interior de una mina de carbón causara un accidente (CSJ, 2014). Finalmente, ya se mencionó el caso del oleoducto en 2018, y se dijo también que la actividad bancaria no fue encontrada como peligrosa (por una herida que una persona sufrió en medio del asalto a un banco).

#### **4.3. El cambio de régimen con la sentencia del 24 de agosto de 2009**

Con el anterior recuento de definiciones y de actividades consideradas como peligrosas por la Corte, se puede ya pasar al tema de la forma como el régimen cambió en el año 2009. Como ya se ha dicho, ocurrió con la sentencia del 24 de agosto, que tuvo ponencia del magistrado William Namén Vargas. Verdaderamente se trató de una sentencia extraordinaria desde cualquier punto de vista. El simple hecho de haber tenido el atrevimiento de romper con una tradición jurisprudencial de 71 años, fue un paso tan grande como el que en su momento se dio en la propia sentencia del joven Arnulfo en 1938. Además, como se verá, explícitamente se introduce el punto de vista económico, junto al social y al ético.

Se empieza con un recuento de las formas y fundamentos de la responsabilidad desde, literalmente, hace 4000 años. Se llega finalmente a la sociedad actual, con todas sus características desde un punto de vista industrial y tecnológico, y por supuesto se plantea la necesidad de adecuar la Responsabilidad Civil una vez más. Se hace también una exposición de todo el desarrollo histórico de las teorías que llevaron a la responsabilidad objetiva en países como Francia, por si se quiere profundizar en el tema.

Resulta muy interesante constatar que se llega incluso a citar a nada menos que Guido Calabresi, precisamente en los dos trabajos que aparecen en la bibliografía de esta monografía e incluso en algunos otros, hablando de cómo la responsabilidad objetiva es la que permite “la asunción del costo de las medidas de prevención de los sujetos, asignando a quien pueda soportarlo de la manera más económica posible” (CSJ, 2009d), y diciendo de paso que:

En este contexto, la responsabilidad estaría vinculada a las capacidades de prevención del daño, bajo la mayor aptitud para preverlo y evitarlo con la adopción de las medidas idóneas

para impedirlo a un costo menor, o sea, responde del daño aquel que se encuentra en la posición más adecuada para conducir el análisis costos-beneficios, esto es, a asegurar la conveniencia de evitar el daño comparando los costos relativos y el costo en el cual consiste el daño mismo. (CSJ, 2009d).

Como en el AED, se habla del análisis del “*cheapest cost avoider*” y del “*best cost avoider*”, citando de nuevo a Calabresi, y luego continúa la Corte con la siguiente afirmación, de gran importancia (subrayado propio para hacer énfasis en la relación con los postulados del AED):

De esta forma, cuando la capacidad de prevención del daño con la adopción de medidas idóneas se predica de un solo sujeto, aplica un criterio objetivo de responsabilidad y, por el contrario, en hipótesis de prevención bilateral, el de la culpa, y en cualquier caso, la responsabilidad objetiva encontraría explicación en el **análisis económico del derecho** para obtener la racionalización eficiente del riesgo, aunque, no siempre la solución jurídica coincide con el criterio de eficiencia del riesgo, presentándose una dificultad de valoración. (CSJ, 2009d).

Luego de esto, se hace un gran recuento de la responsabilidad objetiva en el Derecho comparado, citando, por poner un solo ejemplo, el concepto *abnormally dangerous activity* de Estados Unidos que ya se vio aquí.

Más adelante es que la Corte empieza argumentar sobre la necesidad de abandonar por completo el régimen subjetivo. Se escogerá un fragmento que se reproduce por la claridad con la que la Corte expone su argumentación. Citas como esas serán tal vez en el futuro equivalentes a la que ya se vio de la sentencia del 14 de marzo de 1938:

Por otra parte, la exigencia de imputación del daño a “malicia” o “negligencia”, para excluir la reparación del detrimento ajeno al dolo o culpa es francamente insostenible. [...] no es ni puede ser la *ratio legis* de la disposición, pues, tesis de tal naturaleza conduciría al inadmisibles por absurdo reconocimiento de una justificación jurídica para

causar daños en ejercicio de una actividad peligrosa, los que no serían reparables al no imputarse a la malicia o negligencia, dolo o culpa del sujeto. Postura como ésta, se ha expresado, en estrictez, dejaría impune el daño causado en virtud de una actividad peligrosa cuando no provengan de una conducta dolosa o culposa [...]

En este contexto, para algunos comentaristas, entendidas las expresiones “*malicia o negligencia*” como sinónimas de dolo o culpa, el artículo 2356 del Código Civil, dispone “*por regla general*” la reparación del daño “*que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona*”, y por excepción, la del daño que no “*pueda imputarse a malicia o negligencia*”, bastando su imputación a la conducta de quien ejerce la actividad peligrosa y el nexo de causalidad. Tal sería, en dicha orientación, el sentido genuino, racional y lógico del artículo 2356 del Código Civil en armonía con el artículo 2341 *ibídem*, donde el legislador patrio quiso consagrar un régimen jurídico singular de responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa.

En rigor, en estas hipótesis, no se trata de una responsabilidad subjetiva, por culpa presunta o probada, ni opera una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iuris*, de culpabilidad, responsabilidad o peligrosidad, pues la norma en su estructura *legis* no establece *expressis verbis* (art. 66 C.C.) presunción alguna, exigiendo tan solo la probanza plena de una actividad peligrosa, el daño y el nexo causal. [...]. Presumida la culpa, la responsabilidad o peligrosidad, en términos lógicos, la prueba contraria eximiría de responsabilidad, pero la jurisprudencia con acierto, no la admite.

Consecuentemente, la culpa, [...] no es que el legislador la presuma, sino que carece de relevancia para estructurarla o excluirla, en cuanto, el deber resarcitorio surge aún sin culpa y por el solo daño causado en ejercicio de una actividad peligrosa en consideración a ésta, a los riesgos y peligros que comporta, a la lesión inferida y a pesar de la diligencia empleada. [...]

En suma, una presunción de malicia o negligencia por la sola circunstancia de realizar actividades de peligro o riesgo, de suyo, lícitas, permitidas, reguladas y socialmente útiles, es un contrasentido. Una presunción de malicia o negligencia que no admite prueba en contrario, carece de todo sentido, máxime cuando solo la causa extraña exonera de responsabilidad, todo lo cual impone concluir que en esta especie singular de responsabilidad civil el debate se sitúa en el terreno de la causalidad y más allá de la culpa. (CSJ, 2009d)

Luego de todo esto, se continúa la argumentación con un gran recuento de todas las formas de responsabilidad objetiva que existen en la legislación colombiana, mostrando las razones por las que se han impuesto. Finalmente, se unifica la jurisprudencia anterior bajo el siguiente criterio:

La Sala, por tanto, en su labor de unificación, respecto de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, reiterando en lo pertinente la jurisprudencia expuesta desde las sentencias de 14 de marzo de 1938 y de 31 de agosto de 1954, con las precisiones y complementaciones antedichas, puntualiza su doctrina y concluye, en síntesis:

- a) Es una responsabilidad cuyos elementos estructurales se reducen al ejercicio de una actividad peligrosa, el daño y la relación causal entre éste y aquélla.
- b) Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está totalmente excluida [...].
- c) La responsabilidad recae en quien desarrolla una actividad que pueda estimarse como generadora de riesgos o peligros para la comunidad, en cuanto con la misma se incrementan aquellos a los que normalmente las personas se encuentran expuestas y, por ende, será responsable quien la ejerza, de hecho o de derecho, o esté bajo su dirección, manejo o control.
- d) En este sistema, por lo general, exonera solo el elemento extraño, esto es, la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero, cuando

actúa como causa única y exclusiva o, mejor la causa extraña impide la imputación causal del daño a la conducta del supuesto autor.

Como en seguida se verá, apenas un año después se tomó la decisión de regresar al régimen de culpa presunta. ¿Por qué entonces un apartado tan extenso para la sentencia de 2009? La razón es que probablemente será en los años venideros una sentencia fundacional para el régimen objetivo, similar a lo que fue la del joven Arnulfo en su propio régimen. Esto, teniendo en cuenta la tendencia hacia la objetivación en casos de riesgo o peligrosidad que se encuentra en el Derecho comparado desde hace muchas décadas y bajo diversas manifestaciones. Es una tendencia cada vez más fuerte ante la que Colombia no es ajena, y sentencias como esta o la SC 2111 de 2021 podrían ser apenas como las primeras crispetas que estallan en una olla que se está calentando gradualmente, si se permite la analogía.

#### **4.4. Regreso al sistema de 1938 con la sentencia del 26 de agosto de 2010**

A los 2 días de cumplirse un año del fallo, consideró pertinente la Corte regresar al régimen anterior, con ponencia de la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda. Al empezar citando de nuevo las anteriores sentencias del precedente que tan consolidado estaba, mencionó directamente la sentencia examinada:

Debe precisarse, que la sentencia de casación de 24 de agosto de 2009, expediente 01054-01, contiene una rectificación doctrinaria, tal como aparece en su motivación y la parte resolutive, circunscrita exclusivamente al punto relativo al tratamiento jurídico equivocado que le dio el Tribunal al aspecto atinente a la “conurrencia de culpas” en el ejercicio de actividades peligrosas, mas no frente a la doctrina tradicional de la Sala referente a que éstas se examinan bajo la perspectiva de una responsabilidad “subjetiva” y no “objetiva” (CSJ, 2010).

Así es como comenzaba atacando la sentencia del 2009, con el argumento de que en ella (que en realidad sí versaba sobre un problema de concurrencia de actividades peligrosas y de



culpas), la aclaración doctrinaria sobre el régimen de responsabilidad se refirió únicamente al problema de la concurrencia de culpas, más no a cambiar la doctrina general tradicional de la Corte sobre la materia. A decir verdad, parece un poco forzado el argumento, luego de estudiar detalladamente la sentencia de agosto de 2009. Luego fue que se ratificó propiamente el régimen anterior, diciendo que “la Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad” (CSJ, 2010). Luego, desarrolló un poco más dicha postura de la siguiente manera (subrayado propio):

Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho.

La interpretación judicial de la Sala que se ha consignado en inúmeros fallos de la Corte, emana del texto mismo del artículo 2356 [...].

Además, no es posible dejar de destacar que es la propia normatividad prevista en el Código Civil, respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación, la que gobierna la materia examinada y a la que forzosamente ha de aplicarse el brocardico latino “*lex non omitti incaute, sed quia dictum noluit*”, es decir, no es, que la ley haya omitido regular el punto sino que no fue su voluntad que fuera dicho, de donde se concluye que si la intención del legislador hubiera estado encaminada a dejar por fuera el elemento culpa de la responsabilidad extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas, sin duda alguna y muy seguramente habría efectuado tales precisiones conceptuales explícitas en el texto del ya referido artículo 2356 *ibídem*.

En suma, no se puede desconocer el postulado propio de la culpa que se halla ínsito en la norma ya citada que es clara (CSJ, 2010).

De esta forma, se retomó el sistema anterior. No es mucho más lo que se dijo al respecto, porque se pasó a hablar de otro tema. Si bien no fue una sentencia tan fuerte argumentativamente, es totalmente legítimo que se haya amparado en la exégesis literal del Código y en la fuerte línea jurisprudencial anterior. No obstante, como era de esperar, hubo discrepancias con ese aspecto particular del fallo en la forma de aclaraciones de voto por parte de 3 magistrados: el mismo William Namén Vargas, por supuesto; Jaime Alberto Arrubla Paucar y finalmente Arturo Solarte Rodríguez.

Estos 2 últimos, en aclaraciones de voto de apenas un párrafo, simplemente manifestaron adherirse a todos los argumentos del Dr. William Namén, considerando además que la doctrina adecuada sobre las actividades peligrosas es la del 24 de agosto de 2009. Por lo tanto, la aclaración de voto interesante es la de dicho magistrado. Tiene unas 19 páginas y una argumentación magistral, con razones muy similares a las de la sentencia del año anterior, aunque esta vez ocupándose también de refutar punto por punto lo dicho en el fallo de 2010. Finalizó diciendo que “El gran desafío del juez consiste en aplicar la normatividad, que no es pétrea, rígida e inflexible, que la modernidad para lograr la justicia con sentido social, solidario e igualitario” (CSJ, 2010). Con ello se evidencia cuál ha sido la cuestión de fondo: un gran debate entre las escuelas exegéticas y concepciones más dinámicas del Derecho.

#### **4.5. La sentencia SC 2107 del 12/06/2018: antecedente de la nueva objetivación**

Resulta importante mencionar una sentencia del 12 de junio de 2018 que tuvo ponencia del mismo magistrado de la SC 2111 de 2021: Luis Armando Tolosa Villabona. En esa oportunidad, aprovechó para reiterar la sentencia del año 2009 que se acaba de estudiar, con citas ya vistas que aludían a cómo la culpa nada tiene que ver en la estructuración de la responsabilidad en los casos de actividades peligrosas, y afirmaciones más explícitas sobre la responsabilidad objetiva como esta (subrayado propio).

En cuanto atañe al tipo de responsabilidad civil descrito en el cargo, la misma corresponde a la prevista en el artículo 2356 del Código Civil, esto es, la originada por el ejercicio de actividades peligrosas, la cual consagra una presunción de responsabilidad que opera en favor de la víctima de un daño causado producto de una labor riesgosa, aspecto que la releva de probar su existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente y, por tanto, para que el autor del mismo sea declarado responsable de su producción, sólo le compete demostrar la conducta o hecho antijurídico, el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio. Por ello, es el sendero en nuestro ordenamiento de múltiples actividades que entrañan una franca y creciente responsabilidad objetiva. (CSJ, 2018b).

No obstante, en dicha oportunidad tales planteamientos se hicieron como *obiter dicta*, pues como expresamente manifestó el magistrado Álvaro Fernando García Restrepo en su aclaración de voto (fue el único que hizo una):

Así encontramos una mirada puramente objetiva de la responsabilidad respaldada con una jurisprudencia que en su momento acogió esa forma de encarar los hechos demandados mientras que seguidamente se vuelve a figuras propias de la responsabilidad con culpa y sin hacer la correspondiente explicación se traen providencias que sirven para sustentar la responsabilidad fundada en la culpa y exponen el vocabulario y terminología propio de esa clase de responsabilidad. [...].

Por esa razón, tratándose de un asuntos que no son parte del tema decidendum, las afirmaciones del ponente deben quedar como no escritas para efectos de orientaciones jurisprudenciales futuras, guardando la Sala ese estudio para cuando sea verdaderamente necesario y conducente, pues no estando la atención de toda la sala en ese tema, su inclusión en la providencia resulta impertinente y bastaba simplemente que en las motivaciones se dijera lo que se acoge para definir el asunto problemático.

Por lo expuesto, aunque comparto lo decidido, dejo constancia que me aparto de la motivación por innecesaria en cuanto a las teorías que trata de imponer, principalmente porque deja entrever una vocación a introducir la responsabilidad objetiva sin discusión ni fórmula de juicio, es decir veladamente. (CSJ, 2018b) (Subrayado Propio).

#### **4.6. Nuevo antecedente: la sentencia SC 4420 del 17/11/2020**

De manera muy similar a lo que pasó con la anterior sentencia, en la SC 4420 de 2020, de nuevo con Ponencia de Luis Armando Villabona, este magistrado lo volvió a intentar por segunda vez con un poco más de fuerza. Reiteró de nuevo la sentencia de 2009, citándola incluso de una forma más extensa, y en la parte motiva de la sentencia trató de decir expresamente que la responsabilidad es objetiva y que la culpa nada tiene que ver en la responsabilidad por actividades peligrosas.

Sin embargo, de nuevo se trató de planteamientos en *obiter dicta*, y de una vez más encontró oposición por parte de otros magistrados que aclararon su voto. La excepción es el magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, quien también aclaró su voto pero para hacer una defensa de la responsabilidad objetiva, diciendo que antes apoyaba el régimen subjetivo, pero que le convencieron los argumentos en favor de esta.

No obstante, el magistrado Octavio Augusto Tejeira Duque realizó una fuerte crítica a la responsabilidad objetiva, diciendo cosas como esta en su aclaración de voto:

En ese contexto, me inclino a pensar que las reflexiones incluidas en la sentencia para sustentar la tesis de la responsabilidad objetiva están fuera del ámbito de la norma jurídica a la cual se aplican y de la regulación legal que existe en materia civil sobre actividades peligrosas, sin que el giro doctrinario propuesto mediante ese aserto tenga la solidez y el poder persuasivo requeridos para que pueda ser aceptado y por ahí derecho entre a reevaluar casi una centuria de jurisprudencia en sentido opuesto, la cual está vigente. (CSJ, 2020).

Por su parte, el magistrado Álvaro Fernando García Restrepo también hizo una dura crítica a parte motiva de la sentencia por haber tratado de presentar como objetiva la responsabilidad por actividades peligrosas. Finalmente, el magistrado Luis Alonso Rico Puerta también se opuso en su propia aclaración de voto. Lo más relevante de sus planteamientos para los propósitos de esta monografía es lo que se encuentra en la siguiente cita:

No cabe duda de que “objetivar” el problema de la responsabilidad civil por actividades peligrosas armonizaría con las tendencias actuales en la materia, y además podría generar incentivos para que quienes despliegan ese tipo de acciones (peligrosas) maximicen sus niveles de diligencia y cuidado, en orden a menguar los costos derivados de su operación, todo lo cual, en últimas, produciría un mayor bienestar social.

Lo más interesante es que tras la palabra operación, cita con una nota al pie el libro *Economic Analysis of Accident Law* de Steven Shavell, que evidentemente fue muy tenido en cuenta en esta monografía, así como otros importantes tratados de dicho autor, quien es todo un referente en el AED como ya se sabe. Sin embargo, el propio magistrado continúa su aclaración con lo siguiente inmediatamente después del citado párrafo:

Pero esos nobles propósitos no parecieran ser suficientes para acoger interpretaciones legales que están en contradicción con los postulados orientadores del Código Civil colombiano, en los que se establece un factor de imputación subjetivo para atribuir responsabilidad a quien ejerce una actividad catalogada como peligrosa. (CSJ, 2020).

Lo anterior pone una vez más en evidencia cuál ha sido el núcleo central de las discusiones al interior de la Corte, o en otras palabras, la gran dificultad para que ésta acepte con tranquilidad los argumentos en favor de una responsabilidad objetiva: en efecto, muchas veces se reconoce explícitamente su conveniencia práctica, pero se considera que la ley que como jueces están obligados a aplicar no permite una interpretación que prescinda de la culpa. Se podría ver

como un temor legítimo que tienen de extralimitarse como magistrados e invadir las funciones del legislador.

No obstante, a decir verdad, siempre han estado a un paso desde 1938, año en el cual ya hubo de por sí un alejamiento de la exégesis literal del texto del Código, a diferencias de las tendencias interpretativas del siglo XIX. En todo caso, precisamente por ser una postura completamente legítima y respetable, lo mejor sería que el Congreso regule la cuestión y que así la Corte pueda aplicar tranquilamente dicha nueva ley, como a continuación se planteará. Pero antes, se debe ver ahora sí la sentencia SC 2111 de 2021.

#### **4.7. Objetivación del régimen una vez más hasta el presente con la sentencia SC 2111 del 2 de junio de 2021**

Luego de los 2 intentos fallidos que se acaban de ver, finalmente lo logró el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona en su tercer intento, el día 2 de junio de 2021. En dicha oportunidad sí consiguió establecer el régimen de responsabilidad objetiva en la *ratio decidendi*<sup>23</sup> de la sentencia SC 2111 de dicho año. ¿Cómo se sabe que ahí sí fue en la *ratio decidendi*? Precisamente porque se usó como razón o fundamento normativo para la decisión adoptada, y por la extensión con la que se argumentó sobre el carácter objetivo del régimen en las consideraciones de la sentencia (fue un porcentaje importante de las consideraciones), citando o reiterando además de nuevo la sentencia del 24 de agosto de 2009. No fue pues algo dicho de paso pero sin ser necesario o relevante para la decisión adoptada, que es precisamente lo que significa la expresión *obiter dicta*.

En efecto, en la sentencia se dijeron expresamente cosas como estas con intención clara de definir la cuestión, obviamente más allá de los argumentos presentados, que aquí ya son conocidos:

---

<sup>23</sup> Aunque por supuesto hubo una vez más controversia en las aclaraciones de voto, pero el punto es que esta vez se logró que los planteamientos se dieran en la *ratio decidendi* de la sentencia, siendo así vinculantes para los jueces en el futuro.

5.2. En esa dirección, corresponde precisar si la responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades peligrosas la gobierna la “presunción de culpa”, cual en repetidas ocasiones lo ha pregonado la Corte.

5.2.1. En lo tocante con accidentes de tránsito, el esquema de presumir el elemento subjetivo de la responsabilidad, en estricto sentido, se encamina por la responsabilidad con riesgo u objetiva en donde el juicio de imputación subjetiva (negligencia, impericia o imprudencia), ningún papel juega, ni constituye un presupuesto en la hermenéutica del artículo 2356 del Código Civil.

[...]

5.2.2. De tal modo que la responsabilidad por actividades peligrosas no se ancla en un tipo de responsabilidad subjetiva, construcción que carece de consistencia lógica, histórica, económica, y de coherencia jurídica a la luz de la realidad automotriz y energética.

La responsabilidad en accidente de tránsito, entre otras actividades peligrosas, si bien se ha expresado, se inscribe en un régimen de “presunción de culpa” o “culpa presunta”, realmente se enmarca en un sistema objetivo, porque en ninguna de tales hipótesis el agente se exime probando diligencia o cuidado, sino cuando demuestra causa extraña (CSJ, 2021a). (Subrayado propio, para enfatizar en que no se pierden de vista las consideraciones económicas).

Un poco más adelante, se seguía reiterando la cuestión (de nuevo, con una argumentación basada en múltiples puntos de vista para fundamentar el planteamiento:

En estricto sentido, se trata de una “presunción de causalidad”, ante el imposible lógico de la “presunción de culpa».

Si la exoneración del demandado, como es conocido, deviene únicamente por la ruptura del elemento causal, ante la presencia de una causa extraña, el requisito de la culpa no resulta consustancial en un sistema de responsabilidad objetiva.

El artículo 2356 del Código Civil, en consecuencia, se orienta por una presunción de responsabilidad, de ahí, como lo tiene sentado la Sala, la culpa no sirve para condenar ni para exonerar. Demostrado el hecho peligroso, el daño y la relación de causalidad entre aquel y este, la liberación de indemnizar deviene de la presencia de un elemento extraño. Se trata, entonces, de una actividad guiada por la responsabilidad objetiva. Empero, ello no significa que no pueda hablarse o juzgarse la responsabilidad en otros confines bajo el marco de la responsabilidad subjetiva. Lo dicho aquí se relaciona con las actividades peligrosas. (CSJ, 2021a).

Finalmente, mucho más adelante, al hacer incluso cambiado parcialmente de tema para hablar del problema de la concurrencia de actividades peligrosas, se sostiene una vez más: “En esa línea de pensamiento, se impone reafirmar, en materia del ejercicio de actividades peligrosas, la responsabilidad objetiva, basada en la presunción de responsabilidad, y no en la suposición de la culpa, por ser ésta, según lo visto, inoperante” (CSJ, 2021a).

Más allá de todos los argumentos presentados y de las citas a la sentencia de agosto de 2009, hay que decir que esta vez no se presentaron argumentos explícitamente basados en el Análisis Económico del Derecho, salvo una breve alusión precisamente al hecho de que también existen argumentos económicos que apuntan a la responsabilidad objetiva, con una referencia únicamente al llamado “*deep pocket argument*” (lo mencionan como ejemplo). En este sentido, cabe destacar que el magistrado Luis Alonso Rico Puerta volvió a presentar la misma aclaración de voto que había usado en el 2020 en la que cita a Shavell, como ya se vio.

A decir verdad, aunque desde esta sentencia quedó objetivado el régimen hasta la fecha, parece ser una situación frágil, como se ha dicho ya. En primer lugar, porque 3 de los 4 magistrados que aclararon su voto se opusieron a la objetivación del régimen de responsabilidad



para actividades peligrosas. En segundo lugar, por la enorme fuerza de la línea jurisprudencial que se decantó desde 1938, y en tercer lugar, porque la sentencia SC 065 del 27 de marzo de 2023 (que ya se mencionó en otro apartado de este capítulo), empleó expresiones contrarias al régimen objetivo en dos ocasiones, aunque lo hizo de paso (*obiter dicta*).

La primera de ellas es cuando dijo: “más allá de la presunción de culpa que podría derivarse del ejercicio de una actividad peligrosa...”. En segundo lugar, de una forma un poco más explícita se empleó esta expresión: “al prever en favor del afectado una presunción de culpa, de la cual sólo podrá exonerarse el demandado demostrando la existencia de fuerza mayor, caso fortuito o una causa extraña” (CSJ, 2023).

Así pues, si bien no se abordó la discusión explícitamente como para cambiar el régimen (como se hizo el 26 de agosto de 2010), dichas insinuaciones revelan tal vez una intención de volver pronto al sistema anterior. No obstante, también hay que decir en sentido contrario que la ya mencionada sentencia SC 4204 de 2021 reiteró la SC 2111 del 2 de junio, por lo cual sí se puede afirmar que tuvo una reiteración.

#### **4.8. Importancia de que el Congreso objetive el sistema en actividades peligrosas**

Como se dijo ya y por las razones que se han dado, la mejor forma de consolidar el régimen objetivo de responsabilidad en actividades peligrosas, que es lo que se defiende con este trabajo, sería que el Congreso de la República legisle sobre la cuestión y establezca la responsabilidad objetiva para los supuestos de actividades peligrosas no concurrentes, con lo cual no se dependería de los vaivenes de la jurisprudencia. Aquí se proponen dos cosas.

En primer lugar, lo ideal sería que en aquella hipotética ley se recojan las definiciones, criterios, y ejemplos de actividades peligrosas que ya la Corte ha dado, tal y como se presentaron en este capítulo, puesto que se puede constatar que se acomodan a los supuestos planteados en el capítulo 2 en los cuales sí convendría objetivar la responsabilidad, según lo explicado allí a partir del AED.

En segundo lugar, sería muy bueno que en la exposición de motivos del proyecto de ley, entre otros tipos de argumentos y materias, se tengan en cuenta explícitamente los desarrollos y punto de vista del Análisis Económico del Derecho, como los que se presentan en este trabajo. Siempre es bueno valorar los aportes de una corriente teórica tan rica, y dejar un poco de lado las barreras culturales que separan las dos grandes familias o tradiciones jurídicas.

Al respecto, se puede considerar que en realidad no es algo tan difícil, teniendo en cuenta que no sería la primera vez que el Congreso legisla para volver objetivo el sistema de responsabilidad para algún tipo concreto de casos en los que las tendencias internacionales lo sugieren. Por ejemplo, estaría la responsabilidad por productos defectuosos prevista en el estatuto del consumidor del año 2011, donde en ningún momento se exige la prueba de la culpa<sup>24</sup>, y otros ejemplos que se mencionan precisamente en la sentencia del 24 de agosto de 2009, como la responsabilidad por residuos peligrosos en materia ambiental, el régimen que opera en accidentes laborales, o incluso la responsabilidad para los supuestos de los artículos 2354 y 2355 del propio Código Civil (daños causados por un animal fiero, y por una cosa que cae de un edificio, respectivamente).

En todo caso, desde 1991 nada menos que la Constitución Política expresa un mandato en su artículo 88 inc. 3, según el cual la ley “definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. Todo este trabajo se puede ver precisamente como una defensa de la idea de que es un interés colectivo o social la reducción de los accidentes, y de que la responsabilidad objetiva en actividades peligrosas sería mejor para la prevalencia del interés general, en los términos del art. 1 de la Constitución.

---

<sup>24</sup> De hecho, muchas de las obras sobre AED citadas en este trabajo, tienen algún capítulo o sección dedicada a defender la responsabilidad objetiva en Derecho de consumo desde el AED.

## CONCLUSIONES

1. El Análisis Económico del Derecho es una disciplina académica muy rica en desarrollos, pues cuenta ya con más de 60 años de historia, y debería ser tenida en cuenta en los países de la familia jurídica del Civil Law, donde diferentes tipos de bloqueos generan algún grado de reticencia a conocer este enfoque y adoptar sus aportes útiles, disminuyendo así el impacto que ha tenido en América Latina especialmente.
2. Más allá del entusiasmo inicial de algunos de sus autores, o de las fuertes y numerosas críticas planteadas por otros, parece sano una especie de punto intermedio: ni se le puede exigir al AED que dé más de lo que puede dar, ni se puede negar por completo su valor, sus métodos y sus puntos de partida. Así, hay que aceptar las limitaciones del AED como descripción de la realidad (y consecuentemente de sus predicciones), sin dejar de reconocer que tal vez en algún porcentaje no tan insignificante de casos acierta en sus planteamientos sobre la conducta de las personas a partir de los incentivos generados por las normas jurídicas.
3. La búsqueda de la eficiencia económica (si verdaderamente se sabe entender lo que quiere decir su sentido técnico en las versiones más aceptadas por los propios economistas), cuando se manifiesta especialmente en la reducción de los costos sociales generados por los accidentes, es un objetivo loable para las políticas públicas. Más especialmente aún, en la medida en que detrás de ello lo que termina habiendo en juego es la vida de muchas personas, y su integridad física.

No obstante, ello no excluye la posibilidad de que otros valores, principios e ideales deban ser perseguidos por las autoridades en otros casos de aplicaciones del AED, y que puedan llegar a prevalecer sobre la eficiencia. Sin embargo, no parece que sea así frente a la reducción de accidentes y costos sociales en general como aquí se plantea, en casos de Responsabilidad Civil por actividades peligrosas.

4. El Análisis Económico del Derecho aplicado a la Responsabilidad Civil Extracontractual revela que efectivamente la responsabilidad objetiva o sin culpa -complementada con una regla de exclusión de la responsabilidad por culpa de la víctima- es más idónea que la responsabilidad subjetiva o con culpa (tanto en su versión estadounidense, como en su versión colombiana y continental, con mayor razón) para generar los incentivos correctos de cara a una mayor reducción de los costos sociales generados por los accidentes, y con ello, de los accidentes mismos.

Sin embargo, ello es así sólo en relación con los casos que coinciden con lo que la Corte Suprema de Justicia ha denominado “actividades peligrosas”. La principal razón es que puede incentivar la reducción eficiente en el nivel de actividad de los potenciales causantes de daños, lo cual tiene grandes efectos en la disminución del riesgo en ese tipo de actividades.

5. El régimen jurisprudencial colombiano para casos de actividades peligrosas que prevaleció entre 1938 y 2021 (con una sola excepción en 2009) fue el de responsabilidad subjetiva con culpa presunta indeseable. A pesar de que en su aplicación práctica a los casos concretos tuviera los mismos efectos que la responsabilidad objetiva, hay razones importantes para decir que aún así el AED diría que es preferible que el régimen esté formalmente objetivado.
6. Desde el año 2021 hay un régimen objetivo de responsabilidad para casos de actividades peligrosas, que coincide con el que el AED normativo recomendaría. Sin embargo, no parece estar lo suficientemente consolidado, por lo cual lo ideal sería que el Congreso legisle sobre la materia y establezca de una vez por todas el régimen objetivo para tales casos, como lo ha hecho en otros temas.
7. En cualquier caso, para que haya verdaderos efectos en la realidad y en la vida social, se debe acompañar dicha ley o las nuevas sentencias que consoliden el régimen con una gran campaña de divulgación jurídica, que permita que los ciudadanos del país se vayan acostumbrando al régimen objetivo en actividades peligrosas, dejando de lado la gran

tradicón de la culpa que está fuertemente arraigada, y pudiendo así asimilar los incentivos en los que piensa el AED.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abraham, K. S. (2007). *The forms and functions of Tort Law*. New York: Foundation Press.
- Acciarri, H. A. (2009). *La relación de causalidad y las funciones del Derecho de daños*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá
- Baena, F. (2010). *Objetivación de la Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia: Tendencias, influencias y panorama*. Universidad EAFIT, Medellín. Obtenido de [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/458/Felisa\\_BaenaAramburo\\_2010.pdf;sequence=1](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/458/Felisa_BaenaAramburo_2010.pdf;sequence=1)
- Calabresi, G. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, 70(4), 499–553. Obtenido de <https://doi.org/10.2307/794261>
- Calabresi, G. (1970). *The costs of accidents. A legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press
- Coase, R. R. (1960). *The problem of social cost*. *Journal of Law & Economics*, 56(4), 837-878. Obtenido de [https://heinonline-org.ezproxy.eafit.edu.co/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jlecono56&id=853&men\\_tab=srchresults](https://heinonline-org.ezproxy.eafit.edu.co/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jlecono56&id=853&men_tab=srchresults)
- Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y daños*. Madrid: MarcialPons.
- Congreso de la República de Colombia. (1887). *Código Civil Colombiano – Ley 57/1887*. Bogotá
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Estatuto del Consumidor – Ley 1480/2011*. Bogotá
- Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y Economía*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Corte Suprema de Justicia. (2021). *De las Actividades Peligrosas: Algunos estudios contemporáneos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*. Bogotá: Relatoría de la Sala de Casación Civil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14-03-1938. (M.P Ricardo Hinestrosa Daza). ID: 420514

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18-05-1938. (M.P Fulgencio Lequerica Vélez). ID: 419723

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31-05-1938. (M.P Liborio Escallón). ID: 419753

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 17-06-1938. (M.P Eleuterio Serna). ID: 337166

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 18-04-1939. (M.P Pedro A. Gómez Naranjo). ID: 337219

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 19-05-1939. (M.P Aníbal Cardoso Gaitán). ID: 337221

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 20-10-1942. (M.P Liborio Escallón). ID: 418451

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 27-07-1945. (M.P Ramón Miranda). ID: 337615

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 04-12-1945. (M.P Ricardo Hínestrosa Daza). ID: 418122

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 21-08-1959. (M.P Luis Carlos Zambrano). ID: 338481

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 05-04-1962. (M.P José Hernández Arbeláez). ID: 343881

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13-03-1970. (M.P Enrique López de la Pava). ID: 344325

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30-04-1976. (M.P Humberto Murcia Ballen). ID: 344476

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia S-0147 del 17-07-1985. (M.P Humberto Murcia Ballén). ID: 344777

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia S-328 del 20-08-1987. (M.P Hector Marin Naranjo). ID: 344878

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia S-0318 del 25-08-1988. (M.P Rafael Romero Sierra). ID: 425414

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia C-196 del 04-06-1992. (M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss). ID: 15533

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 4345 del 22-02-1995. (M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss). ID: 16995

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 25-11-1999. (M.P Silvio Fernando Trejos Bueno). ID: 18837

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 5177 del 14-03-2000. (M.P Manuel Isidro Arcila Velásquez). ID: 238285

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 6315 del 23-10-2001. (M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo). ID: 223926

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 7676 del 12-07-2005. (M.P Pedro Octavio Munar Cadena). ID: 225780

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27-06-2007. (M.P Edgardo Villamil Portilla). ID: 226670

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 20-01-2009. (M.P Pedro Octavio Munar Cadena). ID: 227282

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28-01-2009. (M.P Arturo Solarte Rodriguez). ID: 227287

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27-02-2009. (M.P Arturo Solarte Rodriguez). ID: 227327

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18-09-2009. (M.P William Namén Vargas). ID: 227517

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26-08-2010. (M.P Ruth Marina Díaz Rueda). ID: 246644

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16-05-2011. (M.P William Namén Vargas). ID: 227790

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18-12-2012. (M.P Ariel Salazar Ramírez). ID: 240689

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC9788 del 25-07-2014. (M.P Ruth Marina Diaz Rueda). ID: 268775



- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-9788 del 29-07-2015. (M.P Fernando Giraldo Gutiérrez). ID: 424892
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-002 del 12-01-2018. (M.P Ariel Salazar Ramírez). ID: 621111
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-2107 del 12-06-2018. (M.P Luis Armando Tolosa Villabona). ID: 634132
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-5686 del 19-12-2018. (M.P Margarita Cabello Blanco). ID: 651942
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-4420 del 17-11-2020. (M.P Luis Armando Tolosa Villabona). ID: 714653
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-4204 del 22-09-2021. (M.P Álvaro Fernando García Restrepo). ID: 745206
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-065 del 27-03-2023. (M.P Hilda González Neira). ID: 800527
- Cossío Díaz, J. R. (2002). *Derecho y Análisis Económico*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- De Carvalho, V. (2016). *Análisis Económico del Derecho de Daños, Responsabilidad y Justicia Ambiental: reflexiones introductorias*. Revista brasileña de Derecho IMED, 13(2). (pp. 176- 193). Obtenido de: <https://ficp.es/wp-content/uploads/2016/11/De-Carvalho-Leal-An%C3%A1lisis-Econ%C3%B3mico-del-Derecho-de-Da%C3%B1os.pdf>
- Estrada García, P. A. (2021). *El Análisis Económico de la Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Bogotá: Diké.
- Kelman, M. G. (1987). La mala comprensión de la vida social: una crítica a las premisas fundamentales del Análisis Económico del Derecho. En C. Morales de Setién Ravina (Ed.) (2011) *Análisis Económico del Derecho* (pp. 245-269). Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar.
- Kluger, V., Cabanellas, G., Spector, H., Tavano, M. J., Zannoni, E. A., Gómez, F., . . . Dalla Via, A. R. (2006). *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta.
- Landes, W. M. y Posner, R. A. (1987). Una teoría económica positiva del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual. En C. Morales de Setién Ravina (Ed.) (2011) *Análisis Económico del Derecho* (pp. 123-243). Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar.

- Leitzel, J. (2015). *Concepts in Law and Economics: A guide for the curious*. New York: Oxford University Press.
- Mercado Pacheco, P. (1994). *El Análisis Económico del Derecho: Una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mercuro, N., & Medema, S. G. (2006). *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and beyond*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Miceli, T. J. (2009). *The Economic Approach to Law*. Stanford, California: Stanford University Press.
- Morales de Setién Ravina, C., Posner, R. A., Landes, W. M., & Kelman, M. G. (2011). *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar.
- Papayannis, D. M. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: MarcialPons.
- Pinzón Camargo, M. A. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Posner, R. A. (1975). El enfoque económico del Derecho. En C. Morales de Setién Ravina (Ed.) (2011) *Análisis Económico del Derecho* (pp. 77-122). Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar.
- Posner, R. A. (1983). *The Economics of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Posner, R. A. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rubio, M., & Arjona, A. M. (2007). *Economía jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Shavell, S. (2004). *Fundamentos del Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Shavell, S. (2007). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Shavell, S., & Polinsky, M. (2007). *Handbook of Law and Economics*. United Kingdom: North-Holland.

Taborda Jaramillo, A. J. (2007). *Una visión Ius-económica de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio*. Universidad EAFIT, Medellín. Obtenido de <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/455>

Torres Cortés, A. (2013). *Introducción al Análisis Económico del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual en accidentes de tránsito: una aplicación para Colombia*. Universidad de los Andes, Bogotá. Obtenido de <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/17620/u713937.pdf?sequence=>

Torres López, J. (1987). *Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal*. Madrid: Tecnos.