

DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA A LAS ARENAS MOVEDIZAS DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA: EXAMEN DE DERECHO COMPARADO A PARTIR DE ALGUNAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS

Olenka Woolcott Oyague

Introducción

Habiéndose dedicado el primer capítulo a una exploración y reflexión sobre lo que atañe a los criterios de imputación de la responsabilidad a partir de las tendencias que se observan en el derecho europeo de daños, con énfasis en la imputación por culpa y la responsabilidad por riesgo, se considera oportuno para el presente capítulo, adelantar un examen del contraste de la responsabilidad subjetiva y objetiva de la responsabilidad civil en el escenario de los sistemas jurídicos latinoamericanos.

Para cumplir con el objetivo señalado en el párrafo que precede, se han seleccionado las experiencias jurídicas peruana, colombiana y chilena, entre las cuales se encuentran puntos de convergencia, principalmente en el origen del tratamiento de la responsabilidad por culpa, así como algunas líneas diferenciales en cuanto a la aplicación de la regla de la imputación subjetiva y en la determinación de la imputación de la responsabilidad por riesgo.

Se podrá apreciar que las experiencias latinoamericanas examinadas revelan una progresiva orientación hacia la flexibilidad de la regla de imputación por culpa: desde el recurso a la inversión de la carga de la prueba hasta la consagración de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, comprobación a la cual se llega, fundamentalmente, por la vía jurisprudencial. Se advierte que las conclusiones formuladas al final del capítulo intentan comprender y enlazar el tratamiento del tema desarrollado en el capítulo primero del presente libro.

La experiencia peruana de la responsabilidad por culpa: La imputación subjetiva en la jurisprudencia anterior al Código Civil de 1984, el camino hacia la responsabilidad objetiva

El Código Civil de 1852 fue el primero que adoptó en el Perú el principio de la responsabilidad por culpa para la imputación de la responsabilidad. Tratándose de un código decimonónico, se inspiró en el *Código de Napoleón* y en esta línea ubicó la materia bajo el título *Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos*, de lo cual se podía inferir el carácter de hecho ilícito que genera la responsabilidad, así como la presencia del criterio subjetivo de responsabilidad.

Con este esquema legislativo se reguló la responsabilidad directa o por hecho propio, en la cual, la víctima con pretensión indemnizatoria debía probar el daño, la relación causal y la culpa del agente que causó el daño. Los atisbos de una apertura de la responsabilidad civil hacia una inversión de la carga de la prueba de la culpa o una consideración del riesgo, se podían encontrar en el referido código, en relación a la responsabilidad indirecta (responsabilidad de los padres, guardadores, maestros y en general, personas que tengan a alguien bajo su cuidado). Con mayor rigor estaba prevista la responsabilidad por el hecho de los animales, en el sentido que no admitía la liberación del dueño del animal si este no se hubiera extraviado, aunque probara que no podía hacer nada para impedir el daño y, finalmente, respecto a la imputación de la responsabilidad por hecho de las cosas¹,

1 El artículo 2128 del CC de 1852 establecía lo siguiente: "Se obligan también a reparar los daños que causen: 1) El que tiene alguna cosa puesta o suspendida en un lugar donde pasan o en que se paran hombres, y cuya caída puede causar daño; 2) el que corre por las calles a bestia, o en cualquier especie de carro; 3) el que va dentro del carro y ordena la carrera al conductor; 4) el que arrea bestias por las calles haciéndolas correr; y, 5) el que caza con armas de fuego o pone trampas en el camino". Como se puede desprender de la citada norma, el legislador de 1852 se refería a situaciones que comportan un nivel de riesgo o peligro, aunque la pauta inicial seguía siendo la culpa en el régimen general de la responsabilidad.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

el legislador peruano de 1852 tuvo una visión objetivista de la responsabilidad al imputarla a quien no era el autor del daño en una época en que la teoría del riesgo no había sido formulada. Sin embargo, estas previsiones normativas se enmarcaban en un texto determinado por la preeminencia del principio de la culpa.

Luego siguió el Código Civil de 1936 que conservó la tradición subjetivista de su antecesor para la responsabilidad por hecho propio, con algunas variantes de responsabilidad objetiva para los casos de la responsabilidad indirecta y por hecho de las cosas. Así, el art. 1136 de ese cuerpo legal dispuso, tal cual como lo hizo su antecesor² que, “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.

Aunque la línea subjetivista de la responsabilidad se mantuvo en el Código Civil de 1936, un sector importante de la doctrina peruana³ que surgió durante la vigencia del Código Civil de 1852 intentó infundir a la citada norma del art. 1136 una doble connotación, es decir, un sentido de responsabilidad por culpa y otro de responsabilidad objetiva a partir de una osada, para la época, interpretación del vocablo “hechos” previsto en el mencionado texto legal. Si bien la reforma del Código Civil de 1852 se vio influenciada por las nuevas teorías de la responsabilidad sin culpa que asomaban en la época, estas no tuvieron eco en la redacción del texto final del Código de 1936. De esta manera, la vigencia del nuevo código estuvo marcada con unas tendencias objetivistas en oposición a la clásica teoría de la imputación subjetiva.

Indiscutiblemente, la señalada caracterización de la época de la vigencia del Código Civil de 1936 tuvo eco no solo en la doctrina sino también en la jurisprudencia. En efecto, la aplicación jurisprudencial de la cláusula general de la responsabilidad por culpa se vio enfrentada a las nuevas ocasiones de daños y bajo esta consideración, los jueces recurrieron en numerosos casos a la técnica de las presunciones de culpa o inversión de la carga de la prueba, llegando incluso

2 El artículo 2191 del CC de 1852 prescribía lo siguiente: “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un daño a otro, está obligado a subsanarlo”. Esta norma no hizo sino resumir en un solo texto las dos principales normas del Código Civil francés: artículo 1382 que dispone: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer*” y artículo 1383: “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son faite, mais encoré par sa négligence ou par son imprudence*”.

3 Fernando De Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual*, (Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, T, Fondo Editorial PUCP, 1999), 101.

a prescindir de la prueba de la ausencia de culpa. Fernando De Trazegnies⁴ ilustra, con claridad conceptual, la inclinación de los fallos jurisprudenciales en ese sentido, lo que permite inferir que, con particular referencia a las situaciones que se presentan cuando se utilizan ciertos elementos o se realizan ciertas actividades que entrañan peligro personal o colectivo, el razonamiento judicial se inclinaba por establecer la responsabilidad, cierto es a la luz de la única norma disponible en el Código Civil vigente, la cláusula de la responsabilidad por culpa, aunque de culpa solo quedara el nombre, toda vez que los jueces eran conscientes de que para los casos de accidentes automovilísticos, ferroviarios y otros que representarían un riesgo no cabía sino determinar al responsable para hacer frente a los daños aún cuando la víctima no hubiera probado la culpa, sin conceder espacio, en la generalidad de estos casos, a descargar la responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de culpa. En esta línea de interpretaciones, incluso se llegaba a otorgar un carácter omnicompreensivo a la cláusula de la responsabilidad por culpa, con alcance aplicativo a todo hecho que causara un daño.

De esa manera, resultaba como corolario de la aplicación jurisprudencial del Código Civil de 1936 un ambiente de incertidumbre para la implementación de la cláusula general de la responsabilidad por culpa y los postulados de la responsabilidad objetiva, siendo la sombra subjetivista aquella bajo la cual se concedieron las indemnizaciones para los casos de actividades que implicaban algún riesgo. Este panorama de vaivenes interpretativos acompañado de unas ambigüedades teóricas, de “justificaciones sobre la base conjunta de los principios objetivo y subjetivo”⁵ y a la luz de un código de corte subjetivista como fue el de 1936, pues “[...] inconcusamente la culpa se hace presente como causa determinante de la responsabilidad”, tal como lo resaltó el preclaro jurista peruano José León Barandiarán en sus comentarios al Código Civil peruano (1983, p. 76), con una jurisprudencia que más bien asumió una actitud de inclinación objetivista, impulsaría indiscutiblemente a los redactores del Código Civil de 1984 a reconocer la necesidad de contemplar un supuesto de responsabilidad especial y autónomo en relación con la responsabilidad por culpa, para los casos de imputación por riesgo, tal como se muestra en los puntos que siguen en el presente capítulo.

4 Ibid., 102-118.

5 Ibid., 118.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

La responsabilidad por culpa en el Código Civil de 1984: Una cláusula general como herencia del régimen de responsabilidad civil del Código de Napoleón

El supuesto de responsabilidad por hecho propio está contemplado en el art. 1969 del CC y contiene un criterio de imputación subjetivo, el dolo o la culpa, como base de la imputación de responsabilidad.

Se puede afirmar que aunque el Código Civil peruano de 1984 se distanció del esquema absolutamente subjetivista, característica de la codificación que le precedió, por fundarse solo en la imputación por culpa, mantiene —como la mayoría de regímenes de responsabilidad civil, propia de los sistemas jurídicos de base romano-germánica y herederos del régimen instaurado por el código francés— la “cláusula general de la responsabilidad civil por culpa”, con la cual, se inicia el régimen de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil de 1984.

En efecto, el art. 1969 del CC de 1984 dispone que “Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Se trata de una norma clave en la responsabilidad civil para permitir en términos sumamente amplios la indemnización de los daños, siempre que se cumpla con los elementos del supuesto de responsabilidad, a saber: el daño, la relación causal, la antijuridicidad y el criterio de imputación de responsabilidad que en la referida norma es la culpa.

Con semejante fórmula general de responsabilidad, el legislador peruano de 1984 se mantuvo en la línea trazada por la tradición francesa, en el sentido de consagrar la cláusula general de la responsabilidad por culpa, supuesto de responsabilidad que a su vez encabezó el régimen de responsabilidad extracontractual en el derogado Código Civil de 1936 y en su predecesor, el Código Civil de 1852. Así, el art. 1136 del CC de 1936 dispuso: “Cualquiera que por sus hechos, descuido e imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.⁶ Esta

6 El jurista peruano León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano (Derecho de Obligaciones)*, con relación al régimen de responsabilidad civil en el Código de 1936, explicó que el legislador asumió una orientación subjetivista con alguna concesión a la teoría del riesgo, de allí que afirmó: “Se puede decir firmemente que la idea de culpa sigue siendo la idea capital de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código. El principio del riesgo y de la culpa objetiva intervienen, pero solo en determinados casos”. Esta posición subjetivista se mantuvo en su obra más reciente, *Curso del Acto Jurídico*, con referencia al proyecto del Código Civil peruano, 1.ª ed., Lima, 1983, p. 76. Si bien por un lado, el régimen de la responsabilidad extracontractual de carácter fundamentalmente subjetivista, así como la doctrina de la época del Código de 1936 estuvo matizada de subjetivismo, por otro lado, buena parte de la jurisprudencia que aplicó el artículo 1136 del CC de 1936 se orientó en el sentido de una responsabilidad objetiva,

norma reprodujo en forma prácticamente idéntica el art. 2191 del CC de 1852 que a la letra señaló: “Cualquiera que por sus hechos, descuido e imprudencia, cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo”. A su vez, esta regla no hizo sino resumir en un solo texto los arts. 1382 y 1383 del CC francés. En efecto, el art. 1382 del Código Civil francés de 1804 prescribe lo siguiente: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer*” y el art. 1383 del mismo cuerpo legal francés prevé: “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”.

El art. 1969 es una norma vertebral del régimen de responsabilidad, de allí que encabeza la normatividad sobre la responsabilidad extracontractual, por tratarse de una “cláusula general” o “principio de clausura” de responsabilidad civil por culpa, ya que permite a la víctima que haya sufrido un daño y pretenda una indemnización invocar dicha norma, siempre que además de la prueba del daño y del nexo causal quede establecido que el daño fue generado por “culpa” del agente causante del daño. En otros términos, la operatividad de la norma requiere que concurra un daño, la relación causal entre el daño y la “acción” u “omisión” del causante del daño y que el daño haya sido producido con culpa.

El carácter de “cláusula general” o “principio general de la culpa” en dicha norma es heredado del Código Civil francés, el cual ha irradiado todos los códigos latinoamericanos y la mayoría de los códigos civiles europeos. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 2043 del Código Civil italiano de 1942⁷, norma que representó un referente importante para la formulación del Código Civil peruano de 1984, atendiendo a la influencia que tiene la civilística italiana en el desarrollo del derecho civil peruano.

Sobre la importancia de considerar como “principio general de responsabilidad por culpa” a la norma que contiene el clásico supuesto de responsabilidad en el art. 1969 del CC de 1984, se puede afirmar que es un dato clave para entender la bondad y laxitud de la norma a los fines de poder comprender “toda” hipótesis

pues una razón de fuerza era que los jueces trataran de adecuar sus fallos a la justicia de la indemnización de los casos concretos en que los daños se generaban mediante actividad riesgosa. En este sentido, en una mayoría de los casos, la responsabilidad se atribuyó al causante. De Trazegnies Granda, “*La responsabilidad*”, 110.

7 Artículo 2043 CC. It. “*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altrui un danno ingiusto, oblige colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

de responsabilidad, en la medida que se prueben los elementos del supuesto de responsabilidad, el daño, la relación causal. En cuanto a la culpa, criterio de imputación contemplado en el citado supuesto de responsabilidad, el legislador peruano ha sido, ciertamente, muy generoso frente a las víctimas de daños, al contemplar una inversión de la carga de la prueba de la culpa, a diferencia de la mayoría de códigos civiles.

Al respecto, la ilustre jurista italiana Giovanna Visintini explica que

[...] los redactores del *Code* quisieron formular el principio general de la culpa como fuente de la responsabilidad civil, principio susceptible de aplicaciones ilimitadas al que conducen todas las hipótesis de responsabilidad, comprendidas no solo las producidas por el *fait personnel* sino también por el *fait d'autrui* y el *fait de choses* [...]. En efecto, no hay duda de que se quiso atribuir a la culpa el rol de criterio de imputación de alcance general y que hasta la responsabilidad por el daño producido por las cosas custodiadas y por el hecho de otro encontraba fundamento en un defecto de vigilancia, en una negligencia o en una imprudencia del sujeto responsable”.⁸

La fórmula legislativa francesa permaneció intacta y, notablemente, permitió la posterior obra de ampliación de la jurisprudencia francesa.

En el Código Civil italiano la norma del art. 2043 del CC consagra la correspondiente cláusula general de responsabilidad por culpa, y ello determina la existencia de un sistema de responsabilidad, como señala Pier Giuseppe Monateri, “tendencialmente abierto”⁹ que el intérprete puede actualizar permanentemente. Para esta actualización de la norma italiana, equivalente al art. 1969 del CC peruano, la doctrina y la jurisprudencia italianas han hecho referencia a la Constitución como fuente de normas que conciernen al campo del ilícito civil, coordinación normativa que se advierte también en la doctrina civil peruana¹⁰ a través de una relación de exigencia recíproca con la Constitución, pues esta contiene los valores fundamentales sobre los que se construye el Estado de Derecho en un determinado sistema jurídico, en el que la persona humana y su dignidad son el centro de interés prioritario para el derecho y en ese sentido lo entendió

8 Giovanna Visintini, “La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad”, (En *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1. Buenos Aires: Astrea, 1999), 8-9.

9 Pier Luigi Monateri, “Le Fonti delle Obbligazioni 3”, (En *La Responsabilità Civile*, Turin: UTET, 1998), 4.

10 Carlos Fernández, “El Código Civil peruano de 1984: su elaboración, sus aportes, las enmiendas que reclama”, (*Themis*, 66, 2014), 2-40.

el legislador del CC de 1984. Al respecto, explica Monateri que la propia Corte Constitucional italiana ha afirmado lo siguiente:

[...] esta corte ha puesto en relieve el nuevo valor del art. 2043 luego y por efecto de la entrada en vigor de la Constitución, como un instrumento para la protección de los valores que ella prevé y asegura, entre los cuales tiene un especial relieve el principio de la solidaridad así como la estrecha relación que deriva entre dicha norma y los preceptos constitucionales, a los fines de la determinación del ilícito y de la reparación que deriva de la violación del precepto.¹¹

Si bien en Italia el supuesto de la responsabilidad por culpa es la cláusula general de responsabilidad, la misma se circunscribe a la responsabilidad directa, es decir, a la responsabilidad por hecho propio, pues a diferencia del Código Civil francés que en principio también abarcaba la responsabilidad indirecta, el legislador italiano contempló una norma especial para la responsabilidad indirecta, el art. 2049 del CC italiano, cuyo equivalente es el art. 1981 del CC peruano. Sin embargo, como cláusula general, el principio de la responsabilidad por culpa se mantiene en la práctica como una cláusula “residual”¹², lo que significa que de no ser aplicable alguno de los supuestos especiales del régimen de responsabilidad, la víctima puede ampararse en el principio de la responsabilidad civil por culpa consagrado en el supuesto del art. 2043 del CC italiano.

Es importante señalar que la interpretación y el sentido de la cláusula general de la responsabilidad civil por culpa del derecho italiano han sido entendidos por el legislador peruano y así lo ha corroborado la doctrina y la jurisprudencia peruanas, respecto a la aplicación del art. 1969, así como la propia normatividad del régimen de responsabilidad civil en el Perú. En efecto, de acuerdo a la sistemática del régimen de responsabilidad, el legislador peruano, siguiendo al legislador italiano, contempló un supuesto de responsabilidad civil directa en el art. 1969 del CC y otro supuesto de responsabilidad indirecta en el art. 1981 del CC, que contempla la “responsabilidad por el hecho de otro” cuando existe una relación de dependencia.

Por tanto, el art. 1969 del CC peruano contiene un supuesto de responsabilidad por “hecho propio” que consiste en una responsabilidad “directa” del agente

11 Monateri, “Le Fonti”, 4-5.

12 Cf. Francesco Busnelli, *La lesioni del crédito da parte di terzi* (Milán: Giuffrè, 1964), 67; Stefano Rodotà, “Il problema della responsabilità civile” (Milán: Giuffrè, 1964), 169; Monateri, “Le Fonti”, 8.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

causante del daño, sea por acción o por omisión. Es decir, en este supuesto de responsabilidad, existe una acción u omisión “culposa” del agente que causa un daño directamente, por lo que se distingue del supuesto de la responsabilidad indirecta del art. 1981 del CC que supone el hecho de un tercero por el cual, este último es responsable por un supuesto de responsabilidad independiente, como puede ser el contemplado en el art. 1969 del CC o en el art. 1970 del CC, y en mérito de un criterio de imputación objetivo consistente en “la relación de dependencia” se produce la atribución de responsabilidad al principal, quien resulta ser responsable indirecto de los daños causados por el dependiente.

De acuerdo con el art. 1969 del CC, no es requisito poner en evidencia la “tipicidad” de la conducta culposa, carácter que en cambio debe concurrir en el derecho penal, en razón de ello, el juez civil tiene “un amplio margen de valoración” de la conducta imputada como culposa para determinar que existe “culpa”, es decir, el criterio de imputación que exige el art. 1969 del CC para la atribución de la responsabilidad. Por consiguiente, el abogado que conoce bien los detalles de cómo se produjeron los hechos en el caso y debe esforzarse por probarlos, debe también y sobre todo poner en evidencia la conducta culposa del imputado de responsabilidad bajo el art. 1969 del CC, sea a través de la violación de la diligencia debida (negligencia), la imprudencia (ir más allá de lo permitido por las reglas del arte o profesión) o de la violación de las reglas del saber o función que se desempeña (impericia). Cualquiera de estas manifestaciones de la culpa o la intención de dañar (dolo) constituye el fundamento de imputación del art. 1969 del CC. Ciertamente, la configuración de una conducta como culposa dependerá de la prueba que se tenga de la misma, a la cual se atribuye la responsabilidad por culpa. Por ello, dicha determinación queda librada al amplio criterio del juez para la valoración de la prueba que se aporte y que revele una conducta culpable. Sobre el tema de la valoración de la conducta culpable, debe hacerse claridad en separar la valoración que pueden llevar a cabo un juez civil y un juez penal. El juez civil valora la culpa de manera objetiva, es decir, preguntándose cómo se habría comportado otro sujeto con las mismas calidades técnicas o profesionales en el caso concreto. No hay una indagación extremadamente subjetivista tal como se da en el derecho penal. Por ello, en el derecho de la responsabilidad civil hablamos de “la diligencia debida” (un estándar de comportamiento colocado en las circunstancias objetivas de tiempo y lugar en que se producen los hechos). No

hay tipificación de las conductas como sí en el derecho penal, en el que todo es muy específico para que sea considerado delito según la ley.

Por último, no existen pautas jurisprudenciales tan estrictas de los jueces civiles, tan específicas y detalladas, que conduzcan a determinar los alcances que puede tener la culpa del sujeto al que se imputa responsabilidad. Como se refirió en precedencia, el juez peruano goza de un amplio margen para dicha valoración, lo que le es facilitado precisamente por la calidad de cláusula general que tiene el art. 1969 del CC y como tal, debe ser completado por el juez, a través de los elementos de juicio en cada caso concreto.

La inversión de la carga de la prueba en el supuesto de la responsabilidad por culpa del artículo 1969 del CC

Además de consagrarse la cláusula general de la responsabilidad por culpa, en el art. 1969 del CC, el legislador peruano introdujo una inversión de la carga de la prueba de la culpa en la segunda parte de la norma.¹³ De esta manera, la norma dispone que la víctima no debe probar la culpa del sujeto a quien imputa la responsabilidad, sino que el demandado es quien debe defenderse de la imputación por culpa, probando su ausencia. Con esta fórmula legislativa se otorga al juez peruano una gran flexibilidad para determinar si las medidas adoptadas por el demandado, conducentes a evitar la producción del daño, son conformes al estándar de la diligencia debida, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En esta valoración de la conducta, el juez puede adoptar una posición más objetiva o no para la determinación de si el imputado de responsabilidad logra acreditar su ausencia de culpa.

La inversión de la carga de la prueba contenida en el art. 1969 del CC constituye una particularidad que la distingue de los códigos civiles que fueron referentes para el legislador peruano, en especial, el Código Civil italiano de 1942.

La especificación del art. 1969 del CC en su segunda parte dice que “[...] el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, indica entonces que el legislador ha facilitado la carga de la prueba de la víctima de los daños en el

.....
¹³ Artículo 1969 del CC, 1984: “Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

sentido de no hacer pesar sobre ella la prueba de la culpa. De ello se puede inferir que la prueba del daño y la de la relación causal genera una presunción de culpa. Se trata de una interpretación que surge de la doctrina que ha tenido gran aceptación en el medio, no solo porque Fernando de Trazegnies¹⁴ participó en la elaboración de los trabajos preparatorios del título de la responsabilidad extracontractual para el Código Civil de 1984 y por ello entendió lo que se discutió en los orígenes de la norma en referencia, sino también porque las facilidades en términos de la prueba de la culpa ya se habían manifestado en la jurisprudencia peruana que aplicó la cláusula general de la imputación por culpa a la luz del derogado Código Civil de 1936.

La consagración de la responsabilidad objetiva como un supuesto especial de responsabilidad: Una diferencia que marca el Código Civil de 1984 respecto a los códigos civiles que lo precedieron

A diferencia de los códigos civiles precedentes, el Código Civil de 1984 presenta el régimen de responsabilidad bajo el título de “La responsabilidad extracontractual”, dejando así atrás la vieja tradición de origen francés de referirse a las “Obligaciones que nacen de los delitos o cuasidelitos” en el Código de 1852 o “Del acto ilícito” del Código de 1936. En ese sentido, desde el título, el legislador de 1984 quiso marcar una diferencia con un régimen clásico de responsabilidad de corte predominantemente subjetivista, para permitir, en cambio, el acceso de claros supuestos de responsabilidad civil objetiva, es decir, carentes del criterio de la culpa como fundamento de la responsabilidad y por cierto, donde no se discute todo el tiempo sobre la “ilicitud del acto”, dado que puede haber daños indemnizables que provienen del ejercicio de una actividad lícita.

La concreción de la responsabilidad objetiva en el Código Civil de 1984: La responsabilidad por riesgo en el artículo 1970 CC

En esa línea de cambios profundos respecto al Código de 1936, el art. 1970 del CC de 1984 resulta emblemático de la ruptura que tiene el régimen de responsabilidad extracontractual respecto a los códigos que lo precedieron, al consagrar

.....
14 De Trazegnies Granda, “La responsabilidad”.

expresamente un supuesto de responsabilidad civil por riesgo. Así, el art. 1970 dispone: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

El art. 1970 del CC constituye un supuesto especial de responsabilidad civil, de naturaleza objetiva, toda vez que prescinde de la negligencia o culpa. De ninguna manera constituye un principio de responsabilidad, pues no representa la norma a la que se recurre cuando la posibilidad indemnizatoria no se encuentra prevista en una norma específica. En otras palabras, se trata del supuesto especial de responsabilidad conforme al cual debe concurrir una actividad riesgosa o que se haya utilizado un bien riesgoso en la producción del daño, para que la víctima pueda acceder a la indemnización de los daños sufridos, y que queden probados, indudablemente, el daño y la relación causal.¹⁵

Como se aprecia, no cabe discutir en forma alguna la existencia de negligencia del causante del daño, puesto que no es el criterio de imputación en que se basa la norma en este supuesto del art. 1970 del CC, a diferencia del art. 1969 antes citado, donde sí, en cambio, la base de la imputación de responsabilidad es la culpa.

El supuesto de responsabilidad civil contemplado en el art. 1970 del CC tiene aplicación en el Perú para todos los casos de actividades consideradas riesgosas, por ejemplo, la actividad de daños generados por accidentes de tránsito. Entre otras actividades consideradas en este supuesto de responsabilidad se encuentra la manipulación de maquinaria de la cual puedan resultar daños a terceros, la electricidad, la actividad minera (el caso de los daños de derrumbe de la mina o cualquier accidente generado por el desarrollo de la actividad minera a terceros). En estos casos, la responsabilidad se atribuye a quien en ejercicio de la actividad riesgosa causa un daño a un tercero. Aquí no cabe en absoluto una discusión en términos de culpa porque este no es el criterio de imputación del daño, sino lo es el riesgo. Y este criterio de imputación objetivo genera una presunción de responsabilidad en quien causó el daño, donde solo cabe liberarse de responsabilidad con la ruptura causal, es decir, el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho

.....
15 Se trata de un supuesto de responsabilidad que responde a las exigencias de los tiempos actuales caracterizados por la frecuente exposición al riesgo por parte de los consociados, para citar un ejemplo, en los casos de la aplicación de la tecnología en los actos médicos como las transfusiones de sangre. Cf., Tania Vivas, Olenka Woolcott y Tary Garzón, *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH* (Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017), 20-22.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

determinante de un tercero o el de la propia víctima. No cabe aducir y probar pues que se actuó con la diligencia debida, esto es ausencia de culpa, porque para el supuesto normativo del 1970 del CC constituiría una prueba irrelevante.

La experiencia colombiana de la responsabilidad por riesgo a la luz del artículo 2356 del CC

Consideraciones preliminares

Si bien existe una tendencia global hacia la responsabilidad objetiva, sin llegar a derogar el criterio de imputación subjetivo, la culpa, debe aceptarse que la práctica jurisprudencial demuestra una coexistencia de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, esta última expresada mediante diversos criterios de imputación, como el riesgo, la equidad, la garantía, etc., que surgen a partir de la evolución jurisprudencial, llegando en algunos casos a plasmarse en normas. En este proceso han jugado un rol determinante la doctrina y las nuevas tendencias de la responsabilidad que provienen, para el caso de los sistemas jurídicos latinoamericanos, fundamentalmente del derecho europeo, lo que ocurre en buena parte como un tributo a las raíces de estos sistemas.

Colombia ha recibido la influencia de las nuevas tendencias de la responsabilidad civil, y si bien no ha actuado una reforma de su Código Civil, cuyo régimen de responsabilidad permanece intacto, con algunas excepciones consagradas por la legislación especial y donde el legislador ha identificado algunas actividades para las que ha reconocido expresamente unos supuestos específicos de responsabilidad objetiva.¹⁶

A diferencia de cuanto parece ser la percepción de Felisa Baena¹⁷ en el sentido de que en Colombia el ordenamiento reclama una evolución legislativa y jurisprudencial para dar sustento a los criterios de imputación objetiva, debe

16 De esta manera se puede citar el artículo 20 del Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011 que contiene la fórmula legislativa sobre la materia contemplada en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (1985). En esta línea de supuestos de responsabilidad objetiva se encuentra, igualmente, la Ley 430 del 16 de enero de 1998, cuyo artículo 6 establece la responsabilidad por desechos y residuos peligrosos (1998).

17 Felisa Baena, *La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)*. (Parte 2, 2011. <http://www.morenoqabogados.com/datas/>

reconocerse que sí se encuentran lineamientos en la jurisprudencia que indican un camino en construcción para asentar la responsabilidad objetiva en Colombia, tal como se podrá apreciar más adelante, al compás de cuanto ha acontecido en otros ordenamientos jurídicos, como el peruano, para citar un caso en el plano de los sistemas jurídicos latinoamericanos, donde si bien la evolución jurisprudencial puso en evidencia los síntomas de una línea sostenida hacia la responsabilidad objetiva para los casos en que nada tiene que ver la individualización de la culpa a los fines de la imputación de responsabilidad, el legislador termina por acoger el criterio del riesgo en una norma expresa del Código Civil de 1984.

En efecto, como se ha podido apreciar, el régimen peruano de la responsabilidad civil constituye un caso paradigmático de cómo fue necesaria la intervención del legislador en 1984 para dejar sentada una posición respecto a que en los casos de actividades riesgosas, el criterio de imputación aplicable deba ser el riesgo. En efecto, con la norma contenida en el art. 1970 del Código Civil peruano, no cabe duda de que para los casos del supuesto de responsabilidad, corresponde la aplicación de la responsabilidad objetiva por riesgo sin recurrir en una presunción de culpa o inversión de la carga de la prueba de la culpa, las cuales fueron las vías por las que recorrió la jurisprudencia peruana antes de la reforma del régimen.

Por su parte, si bien el Código Civil colombiano mantiene una norma ambigua sobre la responsabilidad por riesgo, como la del art. 2356 del CC, la jurisprudencia ha sido fluctuante y más bien ha inclinado la balanza para interpretar que la mencionada norma contiene una regla de responsabilidad objetiva por riesgo. De esta manera se demuestra que es posible la existencia de una regla de responsabilidad objetiva por riesgo que surge de la jurisprudencia aún cuando no se encuentre definida en el texto legislativo. Se confirma más bien, a través del sentido que refleja la regla jurisprudencial, que la responsabilidad civil es eminentemente jurisprudencial, aunque su punto de partida sea la norma positiva, el régimen previsto en el Código Civil.

El reconocimiento expreso de algunos supuestos de responsabilidad objetiva por parte del legislador colombiano, al margen del régimen consagrado en el Código Civil, es un indicador claro de que un sistema jurídico no puede, ante las condiciones actuales de desarrollo científico y tecnológico que afectan el

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

mercado y la cotidianidad de la vida en sociedad, persistir en un régimen basado exclusivamente en una regla de responsabilidad subjetiva, sino que debe adecuarse a las nuevas circunstancias que delatan una mayor exposición al riesgo de los ciudadanos. Sin embargo, la regulación especial de supuestos de responsabilidad objetiva parece no tener un impacto en la interpretación jurisprudencial del art. 2356 del CC, en la medida que el mismo no refleja una línea clara de responsabilidad objetiva por riesgo. En efecto, de acuerdo a lo que se desprende de la aplicación del supuesto de responsabilidad en referencia, se dan avances y retrocesos en cuanto a una definición de la responsabilidad objetiva por riesgo. La jurisprudencia colombiana muestra cierto temor en aceptar la responsabilidad objetiva por el riesgo, que es el criterio de imputación a que alude el supuesto en referencia.

El concepto de responsabilidad objetiva alude a una noción en sentido negativo en relación con la culpa. Es decir, se alude a todo supuesto de responsabilidad que no tenga como criterio de imputación la culpa sino otro, como el riesgo, por el cual, opera la imputación de responsabilidad y el demandado solo puede defenderse con la prueba de la relación causal.

La interpretación del artículo 2356 del Código Civil colombiano

El examen de la aplicación del art. 2356 del CC colombiano precede a su equivalente art. 2329 del CC chileno en este trabajo, y si bien ambos tienen un texto idéntico debido a su creador, Andrés Bello, se puede identificar alguna particularidad interpretativa ya sea en el plano doctrinario o jurisprudencial. El supuesto de responsabilidad contenido en la mencionada norma difiere del supuesto general de la responsabilidad civil por culpa que consagra el art. 2341 del CC¹⁸ del mismo cuerpo legal, respecto del cual es pacífica la doctrina en reconocer en él un principio de la responsabilidad civil heredado del Código de Napoleón de 1804.¹⁹

En cambio, respecto al art. 2356 del CC es necesario poner a prueba un esfuerzo particular de comprensión y por ello ocupa una especial atención de la

18 Art. 2341. Responsabilidad extracontractual. "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

19 El Código Civil francés incorpora la cláusula general de la responsabilidad por culpa en su art. 1382 del CC de la que los franceses harían un dogma para con ello impregnar toda la responsabilidad civil. Dicha norma se convirtió en el modelo que siguieron la mayoría de códigos de base romano-germánica, así el Código Civil italiano. Cf. Visintini, "La culpa", y los códigos civiles latinoamericanos.

doctrina, toda vez que su redacción induce a interpretaciones variadas y hasta contradictorias, lo que se evidencia de los propios vaivenes jurisprudenciales que unas veces acogen preferentemente una corriente de pensamiento subjetivista y, otras, adoptan una línea más objetiva para la aplicación de la norma. Si se atiende al texto literal de la norma, se observa que la primera parte corresponde a una visión subjetiva de la imputación del daño, en tanto que los numerales del art. 2356 del CC colombiano enuncian más bien situaciones de actos o actividades que comportan un cierto nivel de riesgo. Ante ello, surge la inquietud de determinar si la norma alude a un supuesto de responsabilidad por culpa o a uno de responsabilidad objetiva o si se encuentra en ella un símil a las propuestas europeas de armonización del derecho de daños que han sido examinadas en el capítulo precedente.

La jurisprudencia colombiana emprende, hacia finales de los años treinta del siglo pasado, una interpretación novedosa para la época y para el contexto normativo, al señalar que el art. 2356 del CC prescribe un régimen de responsabilidad por el desarrollo de actividades peligrosas basado en una “presunción irrefragable de culpa”²⁰ o en una presunción de responsabilidad, como se puede desprender fundamentalmente de las primeras sentencias sobre actividades peligrosas en la jurisprudencia de 1938.²¹ En ambos casos, la víctima no debe probar la culpa del causante del daño y este último se libera de responsabilidad solo con la ruptura causal. Sin embargo, se puede observar una diferencia importante en ambas soluciones que, aunque llegan a un mismo resultado, la responsabilidad objetiva, en el primer caso, el de la “presunción irrefragable de culpa” se recurre a la culpa, aunque se menciona que no constituye en el fondo el componente real de la imputación de responsabilidad ya que el demandado no puede descargar su responsabilidad con la prueba de la ausencia de culpa; se trata, pues, de una venia al criterio tradicional subjetivo, sin posibilidad de descargo de la culpa. En el segundo caso, cuando se afirma la existencia de una presunción de responsabilidad, aquí la jurisprudencia reconoce que el riesgo es el criterio que genera la presunción de

20 Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, (*Opinión Jurídica*, 6, 11, 2007) 136; del mismo autor, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno”, (*Actualidad Jurídica* 16 (2007), 22. Se ha referido a las presunciones irrefutables de culpa Christian Larroumet, *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado* (Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2006), 388.

21 Colombia, Corte Suprema de justicia, “Sentencia de 14 de marzo de 1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza”, en *G. J. t. XLVI, N° 1938*, 1938, 211-17.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

“responsabilidad” y no de culpa, por ende, el demandado solo puede descargar su responsabilidad con la prueba de la ruptura causal.

En otros términos, la jurisprudencia colombiana ha interpretado el art. 2356 del CC con un claro propósito de mostrar que los efectos del supuesto de responsabilidad corresponden a una responsabilidad por riesgo que para los fines prácticos es una responsabilidad objetiva. Sin embargo, se observa en los dictados de las sentencias que se recurre al lenguaje y al formato de la culpa, en particular bajo la expresión de una presunción de culpa o culpa presunta. De allí que la doctrina haya advertido la existencia de una “apariencia de responsabilidad subjetiva”²² en la aplicación que ha venido realizando la Corte Suprema del mencionado art. 2356 del CC, teniéndose en cuenta, como se señala en líneas precedentes, que los efectos son los mismos que los de la responsabilidad objetiva, toda vez que se considera la causa extraña como la única causal para exonerarse de responsabilidad.

Se trata, en efecto, de un doble discurso el que se encuentra en la jurisprudencia colombiana sobre esta materia, pues se reviste de un ropaje subjetivista aquello que en la realidad se considera como responsabilidad objetiva. “*Calling a pig a mule*” fue la frase que empleó David Owen²³ para referirse a un proceso de adecuación del derecho de los *torts* a los daños derivados de productos defectuosos.²⁴ En efecto, la gestación del supuesto especial de la responsabilidad del productor se manifestó en la jurisprudencia estadounidense ante la ausencia de un criterio de responsabilidad objetivo, a través del recurso a las presunciones

22 Baena, “La objetivación”.

23 David Owen, *Products Liability Law*. 3ª. (Minnesota: West Academic, 2015), 411.

24 Se trata de un proceso natural de adecuación del derecho de la responsabilidad frente al surgimiento de nuevos supuestos de responsabilidad. Lo que no se justifica en los tiempos actuales es seguir observando los nuevos fenómenos de la sociedad moderna con el mismo prisma del siglo XIX, de lo contrario se seguirá rindiendo homenaje a una culpa que no es real en los hechos tal como se presentan y que más bien delatan su verdadera personalidad en el riesgo. Hay quienes se refieren a este doble discurso jurisprudencial y hasta doctrinario como el “mito jurídico”, expresión tomada por Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, (*Opinión Jurídica*), 129-50. De Miguel De Lorenzo, “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado”, (*En El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, ed. N. E. Alterini, A. y Nicolau, Buenos Aires: La Ley, 2005), 65-67, quien sobre el uso de expresiones que encierran un contenido distinto si se contrastan con la realidad, refiere que el empleo de la ficción en el derecho “es, precisamente, la posibilidad de cambiar la norma sin mutar el texto; si se quiere, una forma conservadora de innovar”.

de culpa, al *res ipsa loquitur*, con el fin de facilitarle la carga de la prueba de la culpa a la víctima de un daño derivado de producto defectuoso.

Para zanjar el cuestionable doble discurso jurisprudencial que bajo el argumento de la aclamada presunción de culpa ha sido “invariable” durante muchos años en la jurisprudencia de la Corte²⁵, teniéndose a salvo la línea de orientación hacia la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, la misma Corte dio un paso adelante para ubicarse con claridad en el terreno de la responsabilidad objetiva con el célebre fallo de agosto de 2009²⁶, en el cual se aborda el problema de la imputación del daño como consecuencia de un accidente vehicular. En síntesis, la sentencia abandona la interpretación tradicional del art. 2356 del CC que sostenía la existencia de una presunción de culpa y acoge con firmeza la tesis del riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, con lo cual, quedaba desplazada la invocación de una presunción de culpa.

Si bien esta sentencia destaca por la argumentación en favor del reconocimiento de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo en la mencionada norma, también cabe anotar que en sus consideraciones se encuentra una significativa alusión a las tendencias y orientaciones de la responsabilidad civil en el derecho comparado. En este sentido, se aprecia la mención que hace la sentencia de 2009 a los Principios Europeos de Responsabilidad Civil o conocidos por sus siglas en inglés como PETL, y de los cuales parte precisamente la motivación de los dos capítulos del presente libro que se destinan al tratamiento de la responsabilidad civil. Entre los argumentos de la mencionada sentencia se observa, aunque sin mayor examen, que en el referido documento europeo se destaca la existencia de una noción objetiva de la culpa en los arts. 4:102 y 4:201, de una previsión de inversión de la carga de la prueba de la culpa, basada en la gravedad del peligro que la actividad desarrollada comporta; y, por último, el art. 5:101 de la propuesta europea hace referencia a la cláusula general de responsabilidad objetiva contenida en ella.

Como se puede desprender del texto de la sentencia de 2009, se hizo incluso alusión a los avances que se vienen adelantando en Europa en materia de

25 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, 2010.

26 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil. Ref. Exp: 2001-1054 Sentencia 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas”, (2009).

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

la responsabilidad para sostener su posición de rigor interpretativo en favor de la responsabilidad objetiva por riesgo, y con ello hacer frente a una norma con elementos subjetivos en el lenguaje y, por cierto, a la muralla de la culpa que impregna aún el sistema colombiano de la responsabilidad civil.

Sin embargo, el peso de la tradición subjetivista de la responsabilidad²⁷ no tardó en sobreponerse y dar lugar a posiciones encontradas en la doctrina colombiana, lo que preparó el camino para un posterior viraje de la Corte Suprema en el año 2010²⁸, a través de un fallo recaído en un caso de muerte producida por una cerca eléctrica instalada dentro de una finca y con el cual la Corte retomó el camino subjetivista de la responsabilidad para la interpretación del citado art. 2356 del CC, por la vía del reconocimiento en la norma de una presunción de culpa.

De la revisión del camino jurisprudencial que ha tenido Colombia en la interpretación de una norma que entre sus elementos contiene unos visos de actividades riesgosas, se puede anotar que es indudable que se atiende a una noción que no aparece en otros supuestos de responsabilidad, la noción de “actividades peligrosas”, las que son enunciadas en los numerales “no taxativos” que tiene la norma, más allá de que la jurisprudencia haya tendido preferentemente a sostener una posición subjetivista de la responsabilidad. Precisamente, en dicha noción se ha apoyado tanto la doctrina como la jurisprudencia para sostener la autonomía del art. 2356 del CC respecto del principio general de la responsabilidad por culpa que consagra el art. 2341 del CC. Esta perspectiva en el análisis marca una notable diferencia con aquella que presenta el derecho chileno frente a una norma equivalente en su Código Civil, para el cual, toda aproximación al supuesto de responsabilidad contenido en el art. 2329 del CC chileno, equivalente al 2356 del

27 Con razón se ha afirmado que “la existencia de un principio general de responsabilidad civil por culpa parece ser un dogma incontrovertible en el derecho colombiano”. Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, (*Opinión Jurídica* 6), 129-50, aunque sea indiscutible que se está ante una regla general de responsabilidad que no impide la configuración de supuestos especiales de responsabilidad objetiva; sin embargo, el derecho colombiano parece mostrar reverencia al principio puesto que no se aparta, sobre todo en el lenguaje, de la culpa sin tener en cuenta que la realidad de la aplicación jurisprudencial demuestra contradicciones respecto a la postura inicial en el fallo de los casos, en especial de aquellos en los que está involucrada una actividad riesgosa. El predominio del razonamiento en términos de la culpa ha sido recalcado por la propia Corte Suprema colombiana como sigue: “[...] la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código Civil viene impregnada de las tesis subjetivistas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad”, Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, (2010).

28 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, (2010).

CC colombiano, como se verá en el apartado siguiente del capítulo, inicia por el postulado del inciso I°, correspondiente al encabezado de la norma, donde se encuentra, como en el caso de la norma colombiana, una referencia explícita a la “malicia o negligencia” de la persona a quien se imputa la responsabilidad.

En ese sentido, el examen del supuesto de responsabilidad que tiene presentes los enunciados de la propia norma que refieren a unas “actividades peligrosas”, le permite a la doctrina colombiana, así como a la jurisprudencia, mirar con claridad que el supuesto de responsabilidad allí contenido es distinto y autónomo respecto a la regla general de la responsabilidad por culpa que consagra el art. 2341 del CC, a pesar de que el encabezado de la misma norma contenga una referencia puntual a la “malicia” y “negligencia”, conceptos que han tenido un peso importante para evitar la desvinculación de la norma de una tesis subjetiva de la responsabilidad y que, en todo caso, la jurisprudencia llega a interpretar a la luz de una presunción de culpa, tal como se confirma en las argumentaciones de la sentencia de 2010.²⁹

Con lo señalado, se puede pensar en que una valoración rigurosa de la descarga de la culpa del causante del daño dependerá de la valoración más o menos estricta que realice el juzgador, lo que tendrá relevancia para los fines de la liberación de la responsabilidad.

Indudablemente, la visión predominante en el derecho colombiano que reconoce un sustrato diferente al art. 2356 del CC marca sin duda una diferencia con los planteamientos interpretativos de la doctrina jurisprudencial chilena, como se podrá apreciar más adelante, y de esa manera se alinea con las tendencias del doble canal de la responsabilidad, subjetiva y objetiva, aunque asumiendo el costo del peso de la tradición de la culpa, la cual le impide declarar con seguridad la existencia de una responsabilidad objetiva por riesgo. De esta manera, se opta por el recurso a una presunción de culpa, de acuerdo a las tendencias que son desarrolladas a lo largo del siglo XX, a pesar de la influencia de la tradición subjetivista que, como se decía, genera unos obstáculos, en mayor o menor medida, en países de latinoamericanos como Colombia, Chile y Perú, para una afirmación clara de ambos territorios de la responsabilidad, el subjetivo y el objetivo, sea en el plano de la doctrina como de la jurisprudencia.

29 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, (2010).

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

La experiencia chilena de la responsabilidad por riesgo: Una presunción general de culpa por el hecho propio en la realización de actividades peligrosas (art. 2329 del Código Civil chileno y su equivalente art. 2356 del CC colombiano)

Para el examen del supuesto de responsabilidad contenido en el art. 2329 del CC chileno cabe advertir que se trata de una norma equivalente al art. 2356 del CC colombiano, por ser ambas emanadas de una misma matriz, el proyecto de Código Civil para Chile redactado por Andrés Bello y que luego reprodujo Colombia.³⁰

El art. 2329 CC chileno dispone:

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

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

En el derecho chileno se puede encontrar una línea interpretativa según la cual, la citada norma contiene una presunción general de culpa por hecho propio, pero no hay acuerdo al respecto³¹, ni a nivel doctrinario ni jurisprudencial. Sin embargo, se puede señalar que se trata de una lectura normativa peculiar que surge como fruto del esfuerzo hermenéutico de los jueces en medio de una fuerte corriente subjetivista que impregna el Código Civil chileno de origen decimonónico y que se inclina preferentemente por interpretar la citada norma, art. 2329

.....
 30 Maximiliano Aramburo, "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: Apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI", (*Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38, 108, 2008), 18; Mantilla, "El principio general" *Actualidad Jurídica*, 17-33.

31 Rodrigo Barría, "La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo", (*Revista Ius et Praxi* 2, 20, 2014), 296.

del CC “como una confirmación de la regla del artículo 2314³² del mismo cuerpo legal”³³, donde se consagra la cláusula general de la responsabilidad por culpa.

La línea interpretativa que reconoce autonomía al art. 2329 del CC respecto de la regla que contiene la cláusula de la responsabilidad por culpa³⁴ se ampara en la originaria y aislada lectura de casi la mitad del siglo XX, planteada por el jurista Alessandri (1943), quien sostuvo la existencia de una presunción de culpa y relación causal por hechos propios.³⁵ Para el jurista chileno, el citado art. 2329 difiere de la norma general de responsabilidad por culpa, contenido en el art. 2314 del CC, no solo por cuanto se desprende de la literalidad del texto legal, sino también por la enunciación no taxativa, de unos casos cuyos hechos dañosos demuestran por sí solos que lo más probable es que haya habido culpa, de manera que probados tales hechos, se presume la culpa y la relación causal.³⁶ De allí que el mismo jurista encuentre en la norma un sentido amplio para facilitar la imputación de la responsabilidad, beneficiando a las víctimas de los daños.

La referida línea interpretativa ha sido liderada por un sector menor de la doctrina chilena, la que se encuentra dividida³⁷ y aún, quienes se encuentran a

32 El artículo 2314 del CC chileno contempla una cláusula general de responsabilidad por culpa en los términos siguientes: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

33 Carolina Schiele y Josefina Tocornal, “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia” (*Revista Chilena de Derecho* 37, 1, 2010), 123.

34 Un estudio histórico-dogmático en Chile da cuenta de que ambas normas, la cláusula general de la responsabilidad por culpa del artículo 2314 del CC y la primera parte del artículo 2329 del mismo cuerpo legal tienen campos operativos diferentes, pues mientras en el primer caso se atiende a aquellos ilícitos que causan daño y están penados legalmente, en el segundo caso se trata de todos los demás ilícitos que carecen de pena legal. Siguiendo este planteamiento, se precisa que la interpretación del inciso 1° del artículo 2329 no impide una interpretación que conduzca a una reiteración del precepto del artículo 2314 del CC. Javier Barrientos, “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329, y de nuestro ‘Código Civil Imaginario’ (II),” (*Revista Chilena de Derecho Privado*, 13, 2009. Consultado agosto 19, 2017. <http://dx.doi.org/10.4067/50718-80722009000200001>).

35 Con anterioridad, se encuentra en la doctrina chilena la misma posición en el jurista Carlos Ducci Claro en una Memoria de 1936 y posteriormente, en 1971. Carlos Ducci, *Responsabilidad Civil. Actividades peligrosas-hecho de las cosas-circulación de vehículos* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971). Carlos Ducci, *Responsabilidad Civil (Extracontractual)* (Santiago de Chile: Imprenta El Imperial, 1936).

36 Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943), 292-305.

37 Se ubican en la posición propuesta por Arturo Alessandri (1943), los juristas chilenos Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007); René Ramos, *De la responsabilidad extracontractual*, (Santiago: Lexis Nexis, 2006), al destacar la utilidad de la interpretación en el sentido de una presunción de culpa; y, de alguna manera, Rodríguez (2002).

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

favor de la autonomía de la norma para su aplicación a las actividades peligrosas, no dejan de reconocer la presencia del elemento subjetivo en el encabezado de la norma al referirse a la imputación por malicia o negligencia³⁸, visión que conduce a consolidar la posición que sostiene la existencia de una presunción de culpa que debe operar solo en determinados supuestos que demandan una “diligencia especial por la naturaleza de la actividad que se desempeña”.³⁹

Por su parte, la jurisprudencia chilena se ha mantenido en una línea subjetivista de la responsabilidad, en el sentido de considerar que la norma del art. 2329 del CC, sobre situaciones de actos o actividades riesgosas, confirma la regla general de la responsabilidad por culpa, contenida en el art. 2314 del mismo cuerpo legal. En otros términos, se trataría de una norma reiterativa y totalmente dependiente de la regla general.

La prevalencia de la indicada línea interpretativa significa que la corriente doctrinaria presidida por Alessandri no tuvo impacto inmediato en el plano jurisprudencial, sino hasta “en años recientes”⁴⁰ donde se pueden encontrar unos fallos que de manera aislada, se han pronunciado por la autonomía del citado art. 2329 del CC y, en algunos casos, de manera extraordinaria, se llega a señalar la existencia en él de un supuesto de responsabilidad objetiva⁴¹, teniendo como argumento, algunas veces, “una presunción de responsabilidad con relación a las actividades peligrosas respecto al que las desarrolla”⁴², en otros, la presencia de

38 En este sentido, Rodríguez considera que existe una presunción de culpa en las tres hipótesis enunciadas en el artículo 2329 del CC chileno, mientras que sostiene que en el primer párrafo se reitera el principio general contenido en el artículo 2314 del mismo código, referido a la responsabilidad por culpa (Rodríguez, 2002, p. 209). En sentido opuesto a la existencia de una presunción contemplada en el artículo 2329 del CC se encuentra Ramón Meza, *Manual de derecho civil. Fuentes de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006).

39 Carolina Schiele y Josefina Tocornal, “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”, (*Revista Chilena de Derecho* 37, 1, 2010), 139.

40 Barria, “La presunción”, 299.

41 En este sentido, se encuentra el pronunciamiento de un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, recaído en el caso Farfán Cabezas, Johan con Empresas Unda y Roche Ltda. y Empresa Faenadora Súper Ltda., Corte de Apelaciones de Rancagua, 21 de octubre de 2003, causa rol 19759-2003, N.º 28643.

42 Al respecto se encuentra la sentencia de la Corte Suprema de Chile (1998), recaída en el caso Reinal Barriga, Francisco y otros con Gasco Concepción S.A. causa rol 4420-1998, fallos del mes N.º 481, 2600-2621. Más reciente en esta misma línea de considerar la existencia de una presunción de responsabilidad que invierte el peso de la prueba de la culpa, es el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 6 de octubre de 2008, recaído en el caso Concha Villagrán, Ramón Jesús y otros con Palma Barra, Francisco y otros, causa rol 2228-2004, N.º 40412. En otra sentencia, la Corte Suprema de Chile estimó aplicable el artículo 2329 del CC al precisar que dicha norma establece “una suerte de presunción de responsabilidad, el que en general reconoce dos grupos de casos: las actividades particularmente peligrosas y los casos en el que el daño prima facie ha sido causado con negligencia”,

una “presunción general de culpabilidad si el perjuicio causado es consecuencia de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”.⁴³

Como se puede apreciar, la jurisprudencia chilena no se aparta de una interpretación de corte subjetivo respecto a un supuesto de responsabilidad como el contenido en el art. 2329 del CC, que si bien contiene en su encabezado una clara alusión a la “malicia” o la “negligencia” para la imputación del daño, ello obedece a un contexto histórico en que emana la norma, siglo XIX, impregnado de las tesis subjetivistas heredadas de la doctrina francesa para la imputación de la responsabilidad, las que han variado considerablemente en la evolución que ha logrado la institución a lo largo del siglo XX y en la actualidad.

No obstante lo señalado, hay que resaltar que el enunciado de la norma sobre una serie de casos resaltados de manera enfática para imponer respecto a ellos la obligación indemnizatoria, es revelador de unas situaciones con características que escapan al riesgo normal de las actividades humanas, pues alteran el comportamiento ordinario con el que se procede en las circunstancias que precisa la norma, sin carácter excluyente de otras situaciones similares. Ante esta evidencia de situaciones de riesgo particular que el legislador ha querido llamar la atención, mal podría pensarse que sigue en pie para estos casos, el principio de la responsabilidad por culpa, toda vez que exigen una mayor atención por las características del riesgo que involucran frente a las víctimas de los daños consiguientes.

Además, aún ubicando la norma en su contexto histórico original, se debe tener presente la concurrencia de unas consideraciones especiales⁴⁴ que determinan su distanciamiento de la regla general de la responsabilidad por culpa contemplada en el art. 2314 del CC. Con mayor razón, debe interpretarse la norma en un contexto diverso, como el actual, producto del avance de la ciencia y la tecnología que han transformado las circunstancias sociales y económicas, en el sentido

Corte Suprema de Chile, “Sentencia recaída en el caso Inversiones Rochet Hermanos Ltda., y otra con Refinería de Petróleo de Concón S.A., del 5 de enero de 2009. Causa Rol 2380-2008, N.º 41523”, 2009.

43 Toma posición el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2000, Causa Rol 2159-1997, N.º 21059, recaído en el caso Barros Martín, María Susana con Viviendas Económicas B. Alto.

44 Se alude al “sentido todavía abierto” (Barría, “La presunción”, 299) que posee la norma al enunciar una serie de casos que consisten en actividades que presentan un nivel de riesgo por sobre lo normal.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

de enmarcarse en lo que hoy se conoce como una sociedad de riesgos.⁴⁵ De ello se puede colegir que el supuesto de responsabilidad contenido en el art. 2329 del CC aspira a ubicarse en el terreno de la responsabilidad objetiva o al menos, en el tránsito hacia ella, por la vía de una presunción de culpa que puede en algunos casos, a criterio del juzgador, admitir la prueba en contrario, dependiendo de las características del riesgo y de la gravedad de sus consecuencias.

En cuanto a la posición de un sector de la jurisprudencia chilena sobre la existencia de una presunción general de culpa “por hecho propio”, cabe señalar que se explica toda vez que el razonamiento parte del examen de la conducta del causante del daño, tal como es el caso de la regla general de la responsabilidad por culpa, consagrada en el art. 2314 del CC, con la diferencia que por las características de las hipótesis que enuncia el art. 2329 del CC se admite en esta última la presencia de una presunción de culpa y, con ello, la inversión de la carga de la prueba de la culpa. Distinto es el razonamiento desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, en el que el criterio objetivo de imputación, que bien puede ser el riesgo de la actividad o del bien utilizado, no permite un examen de la conducta del agente del daño sino da lugar a una presunción de responsabilidad sobre el que operó el riesgo y donde no cabe aseverar que el daño tuvo lugar por el “hecho propio” manifestado en descuido, imprudencia o impericia, sino por el riesgo de la actividad desarrollada.

En suma, trátase de la aplicación de una presunción de culpa o de una presunción de responsabilidad por el riesgo del acto o actividad desplegada, la norma *subexamine* encuentra sentido para su aplicación en una época, la presente, que se caracteriza por la proliferación de los riesgos. Con este planteamiento, se intenta descartar una posición de desfavor para las víctimas de daños, como la de seguir sosteniendo la responsabilidad por culpa como una confirmación del principio general de responsabilidad, aún cuando un sector representativo de la doctrina chilena sostenga que el inciso 1.º del art. 2329 no impide una interpretación que conduzca a una reiteración del precepto del art. 2314 del CC⁴⁶, norma que contiene la cláusula general de responsabilidad por culpa.

45 Cf. Ulrich Beck, *La sociología del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Paidós Ibérica, 1998). Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007).

46 Barrientos, “De la presunción”.

Conclusiones

El derecho de la responsabilidad civil muestra una permanente transformación que incide en la parte dogmática, en cuanto a sus elementos estructurales, como en el caso del criterio de imputación de responsabilidad sobre el cual descansa la determinación del territorio de la responsabilidad subjetiva o de la responsabilidad objetiva. De allí la necesidad de examinar no solo su evolución, la que nos remonta a los avatares de su transformación a lo largo del siglo XX, sino su actual transformación conforme se desprende del estado de la jurisprudencia y de las propuestas normativas.

En cuanto concierne a las propuestas normativas de armonización del derecho de daños, el contexto europeo representa en efecto, un caso paradigmático de la necesidad de encontrar puntos de contacto que conduzcan a un referente suficientemente sólido y viable para la aplicación de la responsabilidad civil que inspire a diversos sistemas jurídicos. Sin embargo, esta labor es ardua debido, entre otros factores, a las grandes diferencias dogmáticas entre los sistemas jurídicos.

De otro lado, como es natural a la línea de desarrollo de los sistemas jurídicos latinoamericanos, estos suelen enfocar la mirada en los avances que se van logrando en el continente europeo, debido a las raíces europeas del derecho en Latinoamérica, sin que ello determine necesariamente una subordinación, aunque sí evidencia que los sistemas latinoamericanos comparten una misma matriz, unos valores de base del derecho civil que se canalizan y toman forma en cada sistema jurídico por el impulso de las exigencias sociales y económicas propias de cada país. Sin embargo, es necesario verificar si estas tendencias afloran del desarrollo jurisprudencial en el sistema jurídico de casa, como puede ser el derecho colombiano o el derecho peruano, para citar unos casos latinoamericanos específicos.

Desde la perspectiva del derecho comparado se ha podido verificar, partiendo del examen de las propuestas europeas en el campo del derecho de daños en el primer capítulo, que el recurso a la inversión de la carga de la prueba de la culpa en experiencias jurídicas latinoamericanas como la colombiana, la chilena y la peruana, tiene lugar con menor o mayor claridad de acuerdo al desarrollo propio en cada sistema jurídico. En este sentido, se puede apreciar que el tránsito hacia la responsabilidad objetiva por la vía de la técnica de las presunciones o inversión

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

de la carga de la prueba, constituye una realidad en la interpretación jurisprudencial latinoamericana que pone en evidencia cómo bajo la invocación del criterio de imputación subjetivo, al momento de descargar la culpabilidad, se puede llegar a soluciones que traducen en la realidad una responsabilidad objetiva a pesar del formato subjetivista que las reviste.

El estudio de las experiencias de armonización del derecho europeo de daños permite afirmar que representan una síntesis de la necesidad de innovar en un instituto clásico del derecho privado como el de la responsabilidad civil, donde a su vez se acoge una tendencia a distanciarse del esquema tradicional de la responsabilidad basado en una clásica división de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, pensada más bien como estamentos estáticos y que responden a un periodo decimonónico, en la actualidad superado por los grandes acontecimientos que impactan el siglo XX, como producto del desarrollo científico y tecnológico así como la necesidad del reconocimiento de nuevos intereses para una adecuada protección de los individuos en la sociedad.

La evolución de la responsabilidad civil a través de su tránsito por épocas diversas ha mostrado, contrario al pasado, un acercamiento de dos estamentos, la fortaleza de la culpa y la responsabilidad objetiva, de manera que es posible identificar entre ambos una pluralidad de supuestos de responsabilidad que se distinguen en el grado de su objetividad, con una marcada tendencia hacia la frontera de la responsabilidad objetiva, lo cual torna difícil afirmar que un determinado supuesto de responsabilidad por culpa sea calificado como tal desde una perspectiva tradicional o purista, si se tienen en cuenta aquellos casos de inversión de la carga de la prueba de la culpa y una valoración cada vez más objetiva de este criterio de imputación, lo que termina por aproximar los extremos con predominio de una responsabilidad objetiva.

Sin duda, el examen de las nuevas propuestas de armonización en materia de la responsabilidad civil mantiene atento al estudioso en el campo del derecho privado debido al surgimiento de nuevas propuestas normativas, especialmente el de los Principios de Derecho Europeo de daños (PETL) e, indiscutiblemente, de las reformas en el plano legislativo como los nuevos códigos civiles y las nuevas leyes de responsabilidad civil, este último es el caso de la “Ley sobre la responsabilidad por ilícito civil de la República Popular China” de 2009 que expresa la tendencia a contemplar normas de base o de principio para regular el campo de la

responsabilidad civil y en el reciente Código Civil argentino de 2014 que contempla una disciplina general para la responsabilidad contractual y extracontractual.

El estudio de las reformas en el campo de la responsabilidad civil, ya sea en el plano europeo a través de las propuestas institucionales y doctrinarias y cuya influencia es innegable para los sistemas latinoamericanos, como en el plano latinoamericano, permite al operador del derecho, doctrinantes, jueces o abogados, disponer de una herramienta que permita la reflexión sobre los temas de la responsabilidad del propio sistema jurídico, a fin de poder identificar y explicar en este las orientaciones jurisprudenciales, en especial, como ha sido objeto de análisis en los dos capítulos dedicados al examen de un acercamiento o distanciamiento de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, el cual se considera uno de los pilares sobre los que se estructura el derecho de daños y que permite organizar sistemáticamente los correspondientes supuestos de responsabilidad.

Como manifiesta Ricardo De Ángel Yagüez, “el objetivo europeísta está pasando por una cierta crisis, sobre todo desde el fracaso de la propuesta Constitución Europea, pero en el terreno del derecho civil persisten los propósitos de llegar a ese código europeo [...]”.⁴⁷

Los mecanismos sustantivos y procesales de objetivación de la responsabilidad civil han determinado un acercamiento del sistema de la responsabilidad subjetiva con la responsabilidad objetiva en diversos sistemas jurídicos de matriz romano germánica y este fenómeno no está exento de críticas y argumentos a favor, los cuales, si bien enriquecen el debate académico, no han detenido la tendencia hacia la objetivación, especialmente en el plano jurisprudencial, y por el contrario, se reafirma en los recientes instrumentos de armonización del derecho europeo, los que constituyen un testimonio valioso y revelador de la realidad y viabilidad de dicha tendencia.

Si bien la objetivación de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad puede considerarse un mecanismo que ha facilitado el camino hacia la objetivación de la responsabilidad civil, se puede apreciar que jurisprudencialmente ha sido un mecanismo de naturaleza procesal la inversión de la carga de la prueba de la culpa, aquel que ha permitido echar raíces a una nueva fisonomía del

47 Ricardo De Ángel Yagüez, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración”, (*Boletín JADO, Bilbao: Academia Vasca de Derecho* XIII, 26, 2014), 22.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

instituto de la responsabilidad en contraste al esquema tradicional de la necesidad de la prueba de la culpa a los fines de la imputación de la responsabilidad civil.

Sin embargo, el referido proceso de objetivación, especialmente a través de la inversión de la carga de la prueba que tiene como desenlace una presunción de culpa sobre el agente causante del daño, en algunos casos se presenta de modo sostenido, como lo muestra la experiencia española en una primera etapa de la evolución jurisprudencial, en otros, en cambio, tiene vaivenes o intermitencias, en el sentido de aplicarse la presunción de culpa en determinados casos, sin existir argumentos que especifiquen las circunstancias para su aplicabilidad, como se observa en la experiencia peruana anterior al Código Civil de 1984 o en la experiencia colombiana cuando se está frente a situaciones en que la víctima se encuentra en dificultad para probar la culpa a los fines de la imputación de la responsabilidad.

En una etapa posterior de la evolución jurisprudencial española por ejemplo, destaca un matiz en la implementación de la inversión de la carga de la prueba en el sentido de especificar la circunstancia que determina su aplicación, la que se determina jurisprudencialmente en función del carácter extraordinario o anormal del riesgo, daños desproporcionados o para los casos de falta de colaboración del causante del daño cuando este se halla obligado por las circunstancias profesionales o de otra naturaleza a prestar su colaboración para evitar el daño.⁴⁸ De esa manera, la referida orientación jurisprudencial española, siempre en el camino de la objetivación de la responsabilidad, se encuentra en consonancia con la propuesta de los PETL para la armonización del derecho europeo de daños.

Se concluye que es indiscutible que las propuestas de armonización del derecho europeo representan un referente valioso para el examen del derecho privado en general, y en especial, por ser el interés de los capítulos del presente libro, para el análisis y explicación de las orientaciones que toma el sistema de la responsabilidad civil en los países de Latinoamérica en un momento histórico determinado y su proyección a futuro de acuerdo a las características propias de cada sistema jurídico.

.....
48 Miquel Martín-Casals, "La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual", (Presentación en las Jornadas de 2011 de la Asociación de profesores de Derecho Civil, 2011, www.drechocivil.net/esp/ponencias.php), 54.

Por su parte, se puede afirmar que en el estado actual del proceso de acercamiento o distancia de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, el camino en los sistemas latinoamericanos es lento y respetuoso de la responsabilidad subjetiva, aún cuando se recurra en algunos casos a soluciones procesales como las presunciones. En esta línea se mantiene el derecho colombiano, cuya jurisprudencia, si bien destaca el carácter riesgoso o peligroso, ínsito en las hipótesis enunciadas en el art. 2356 del CC., ha mostrado resistencia frente a la adopción de una posición de la responsabilidad civil fundada en el riesgo y, más bien, ha optado por permanecer anclada en los fundamentos de la culpa con una inversión de la carga de la prueba. No se ha dado una ruptura jurisprudencial y menos aún de corte legislativo frente a los daños derivados de actividades riesgosas, como en cambio sí se observa con claridad este paso adelante que dio el legislador peruano a partir del Código Civil de 1984, aunque anteriormente la jurisprudencia supo sortear las dificultades probatorias de las víctimas con el recurso a las presunciones de culpa, tanto de carácter irrefragable unas veces, como con posibilidad liberatoria con la prueba de la ausencia de culpa las otras.

En el caso del sistema jurídico de Chile, se conserva la línea subjetivista de la responsabilidad y se desprende la existencia de dificultades para la adopción de una presunción de culpa para los casos de actividades riesgosas.

El camino en el terreno de la responsabilidad revela, con especial consideración de las experiencias latinoamericanas objeto de examen, que el tránsito a una responsabilidad objetiva tiene lugar de manera progresiva y enfática respecto a la aplicación del supuesto de responsabilidad que ha dispuesto el legislador para los actos o actividades riesgosas. Dicho tránsito encuentra su punto de partida en la aplicación creativa y necesaria de la jurisprudencia a la luz del propio supuesto de responsabilidad por culpa o cláusula general de responsabilidad ante la ausencia de una norma específica que contenga los presupuestos necesarios para establecer la autonomía de la responsabilidad por riesgo, como lo muestra el caso peruano con la interpretación de la legislación que precedió al Código Civil de 1984, puesto que en este último cuerpo legal ya se consagra un explícito supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo. En los casos de Colombia y Chile, el pasaje de una responsabilidad subjetiva a una responsabilidad objetiva se produce a partir de la interpretación del supuesto de la responsabilidad por riesgo contemplado en una norma cuya fórmula legislativa oscila entre la noción de culpa y unas

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

situaciones especiales que se enuncian en la propia norma y que encierran una noción de riesgo o peligro.

En todo caso, el estado actual de las experiencias examinadas permite concluir que el derecho de la responsabilidad civil, sin perjuicio de la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa, tiene un amplio camino por recorrer para la solución de problemas que presuponen un nivel de riesgo, de variada graduación, pero existente debido al natural despliegue y desarrollo de la ciencia y la tecnología, ante lo cual, no puede negarse el incremento de situaciones de daños y el consiguiente planteamiento del problema indemnizatorio que deben afrontar las víctimas.