

## Presentación

El derecho de daños está basado en la amplitud de los fenómenos que abarca: la ampliación del concepto tradicional de daño resarcible, la presencia de víctimas plurales o colectivas, la situación particular del riesgo de desarrollo, socialización del riesgo, los sistemas de reparación para ciertos daños (fondos de compensación o garantía, seguros), el círculo de responsables, la importancia a la prevención del daño mediante diferentes figuras, un rol muy activo para el Estado; situaciones todas estas que creemos fuerzan más allá de lo debido al concepto clásico de responsabilidad civil, el régimen de la responsabilidad civil no puede -en el derecho moderno- basarse exclusiva y excluyentemente en el factor subjetivo, bajo el manto de culpa que ya no lo cubre.

Ingentes esfuerzos se observan en la doctrina y en la jurisprudencia para estructurar ciertas pautas mínimas de previsibilidad de los montos, necesarios para los justiciables (actores, demandados y aseguradores), para los jueces (so riesgo de revocación de sus decisiones) y para el sistema jurídico y económico (a fin de determinar cómo asumir, de la mejor manera, la externalidad provocada por el deber de reparar el daño injusto, siendo la indemnización, el resarcimiento reparación uno de sus fundamentos, importantísimo para las personas, que ahora adquiere más protagonismo la prevención, tanto es así que se eleva a nivel legislativo (como sucedió recientemente en Argentina con el CC y C de la Nación), y por supuesto, la socialización del riesgo enmarcada en un círculo de responsables previamente definido, cumpliendo el principio que ninguna persona que haya sufrido un daño se quede sin indemnizar, sin que la complejidad de cada situación no impida trazar líneas generales que sirvan de apoyo para lograr un resarcimiento justo, como es el concepto del “*valor vida*” en especial de los menores de edad, del *nasciturus*, e improductivos ocupando un capítulo completo, conllevando a una sociedad más armónica y justa.

En donde el daño es, por cierto, un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos o intereses suyos. “*Escribir sobre el daño es difícil, en la medida en que quizás no existe palabra más utilizada por las distintas sociedades en todos los tiempos*”<sup>1</sup>; dado que es transversal en todas las acciones que se promuevan, no hay litigio al que el derecho de daños sea ajeno; basta echar una ojeada a los repertorios jurisprudenciales de cualquier país, para constatar, no solo la abundancia de sentencias que versan sobre cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil, sino la pluralidad de conflictos que pueden originar la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios; es así como “*la responsabilidad civil abarca un campo extensísimo de la realidad social y económica cuyas fronteras están todavía por descubrir, pues no hay*

---

<sup>1</sup> Henao, Juan Carlos. *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, 2003, en el prefacio, p. 27.

*relación jurídica que pueda considerarse ajena a la idea del daño*<sup>2</sup>. El texto transcrito, recogido en la contraportada del libro “*Tratado de responsabilidad civil*” de Fernando Reglero Campos, expresa una idea en que los juristas están de acuerdo que el derecho de daños se cuele por los poros de cualquier controversia jurídica, es transversal en todas las acciones que se incoen, no hay litigio al que el derecho de daños sea ajeno.

El estudio de la experiencia extranjera, que se privilegia en este libro para ilustrar los diversos problemas jurídicos de la responsabilidad civil, no debe ser confundido con la comparación jurídica, conjugada con la experiencia propia, sirven de fundamento para tener una cosmovisión, con la característica de la influencia francesa, italiana, alemana y española en los países latinos, que se analizan en el hoy acorde a su práctica judicial, y en lo posible, en lo legislado.

A dicho propósito obedece, exclusivamente, la presente obra reunida en un solo tomo, cuya génesis está en los tres tomos de derecho de daños del año 2015, del *Daño a la Salud* del año 2016 y del *Daño a la persona y su indemnización* del año 2017, publicadas por la editorial Leyer en Colombia, que ahora se comparte.

---

<sup>2</sup> Reglero Campos, Fernando (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2002, con 1552 págs., (edición año 2004, en la que se incorporan las últimas tendencias, tanto nacionales como internacionales, legislativas y jurisprudenciales, producidas en el ámbito del derecho de daños en los dos años escasos transcurridos desde la anterior edición con 2272 p.).

## Capítulo I

### DE LA RESPONSABILIDAD CLÁSICA AL DERECHO DE DAÑOS (Camino hacia la objetivación)

El campo de la responsabilidad civil tiene tal riqueza de contenido que no puede sorprendernos el hecho de que, pese a los numerosos estudios que se le dedican, continúe generando nuevas cuestiones, o exigiendo a la doctrina el esfuerzo de considerar aspectos que antes no había sido necesario analizar, o que habiendo sido ya considerados requieren nuevos análisis, aspectos escondidos que aparecen a la luz, poniendo en evidencia que el saber jurídico no se detiene, sino que avanza, se desarrolla en pos de obtener soluciones más justas.

Es un hecho conocido que en la evolución de los sistemas destinados a resarcir daños pueden distinguirse distintas etapas. Una de ellas, fue la de *responsabilidad civil* estructurada en función de quien había causado el daño (*responsable*), donde, lógicamente, la cuestión primordial eran los factores de atribución *subjetivos* mientras que el concepto de daño desempeñaba un papel secundario.

El actual derecho de daños no enfoca su atención exclusivamente en el sujeto dañador y en la necesidad de su sanción, sino que especialmente centra su preocupación en la persona dañada y en la reparación del daño. Consecuentemente, el elemento *daño* es ahora el nuevo *eje* sobre el cual gira la totalidad del sistema resarcitorio. Se mutó así desde un derecho de la responsabilidad civil hacia un derecho de daños. En esta línea, en el nuevo derecho de daños, también se prioriza la prevención del daño por sobre la sanción que le corresponde al dañador, al respecto Carlos Brun señala que

*el derecho no solo debe posibilitar a la víctima a que obtenga un resarcimiento adecuado al daño injustamente sufrido, sino que debe proveer los mecanismos para contrarrestar, neutralizar los efectos dañosos y de tal manera, también disuadir ulteriores hechos similares<sup>3</sup>.*

A su vez Geneviève Viney postula que los aspectos evolutivos más destacables de la responsabilidad civil de nuestro tiempo son, desde una perspectiva funcional, el protagonismo cobrado por la función preventiva de la institución, así como el interés suscitado por la expansión de sus alcances en el terreno de los derechos de la personalidad<sup>4</sup>.

Prestigiosa doctrinante que participa en el proyecto de reforma concerniente a la responsabilidad civil en Francia actualmente sometido a la aprobación del parlamento francés en donde la modernización del Código Civil francés sigue siendo el motor del espíritu de reforma. Y es que los avatares actuales del derecho de daños no pueden restringirse al poder de adaptación de un puñado de artículos (actuales 1240-1244, antiguos 1382-1386) que, en palabras del ministro de Justicia Jean-Jacques Urvoas han *resistido al tiempo gracias a la impresionante obra de construcción jurisprudencial de la Corte de Casación, que ha sabido adaptarlos a la evolución de las costumbres, de la sociedad y de la lengua francesa<sup>5</sup>*. El reflejo de dicha adaptación debe manifestarse en la pluma del legislador. Consideración, esta última, de amplia vocación; toda vez que otra de las motivaciones del redactor del proyecto

---

<sup>3</sup> Brun, Carlos A. ¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los daños punitivos), en *Doctrina Judicial*, 2004-3-1228.

<sup>4</sup> Viney, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*, 3ª. ed., en *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J., París, 2008, p. VII.*

<sup>5</sup> En Francia el 13 de marzo de 2017 fue presentado por el ministro de Justicia Jean-Jacques Urvoas ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas el proyecto de reforma concerniente a la responsabilidad civil

obedece a la igualdad en el tratamiento de las víctimas y a la legibilidad del derecho, elemento que ya había sido considerado por la antigua ministra de Justicia Christiane Taubira (en su presentación al proyecto de reforma al derecho de contratos).

Desde un punto de vista particular se detectan como figuras que atribuyen originalidad al proyecto de reforma las que siguen. Se consagra el deber de mitigar el daño. Así, salvo en caso de daño corporal, los daños y perjuicios que deben ser indemnizados pueden ser objeto de reducción cuando la víctima no ha tomado las medidas seguras y razonables destinadas a evitar la agravación de su perjuicio (art. 1263). Se reconoce la función preventiva de la responsabilidad civil, a través de la figura de la cesación del ilícito. El juez, de forma independiente a la reparación de los perjuicios, podrá disponer medidas razonables dirigidas a prevenir el daño o hacer cesar la perturbación ilícita que afecta al demandante (art. 1266). El proyecto establece una manifestación de la función punitiva del instituto resarcitorio. Luego, si en materia extracontractual el autor de un daño ha cometido culpa deliberadamente, el juez lo puede condenar, a petición de la víctima o del Ministerio Público y por una decisión especialmente motivada, al pago de una pena civil. Dicha pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpa cometida, a las facultades contributivas del agente y a los beneficios obtenidos por este, no pudiendo exceder diez veces el monto de la ganancia obtenida; la consideración de normas comunes aplicables tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual (arts. 1235-1240), así como a la formulación de normas relativas a la reparación del daño corporal, con vocación de aplicabilidad tanto a procedimientos civiles, administrativos y a las transacciones acordadas por la víctima y el deudor de la indemnización (art. 1267).

En caso del incumplimiento de una obligación contractual ni el deudor ni el acreedor pueden sustraerse de la aplicación de las disposiciones propias a la responsabilidad contractual para optar en favor de las reglas específicas a la responsabilidad extracontractual (art. 1233). Con todo, los perjuicios que resulten de un daño corporal serán reparados bajo el fundamento de la responsabilidad extracontractual, incluso cuando ellos hubieren sido causados con ocasión del incumplimiento de un contrato. Sin perjuicio de ello, la víctima puede invocar las estipulaciones expresas del contrato, siempre que aquello le sea más favorable que la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual (art. 1233-1).

Permítanme traer a colación las ideas de Fernando de Trazegnies:

Más importante es la imaginación que la razón. Es verdad que la razón debe apoyar a la imaginación para no caer en la locura. Pero es la imaginación la que conduce el coche, la que marca la dirección y la que encuentra nuevos caminos; no la razón, que se limita a apoyarla y a darle coherencia. El derecho, a pesar de todo lo que puedan haber oído en contrario, no constituye una excepción a esa regla sino, más bien, es una actividad en la cual esta armonización de imaginación y razón se hace particularmente imprescindible. El derecho, para el estudioso, no es un campo donde prima la racionalidad, confortable y segura, sin sorpresas, sino que es más bien una tierra misteriosa en las que hay que practicar turismo de aventura, de exploración, porque siempre hay mucho que descubrir, ya que cada nueva situación, cada cambio en la sociedad, plantea nuevos retos a su regulación jurídica. El estudio del derecho no se ha hecho para quienes quieren dormir la siesta en un bello paisaje a la sombra de un árbol florido; el estudio del derecho corresponde a quien tenga el ánimo suficientemente valiente como para poner en cuestión todas las ideas establecidas e inventar nuevos caminos en medio de la escabrosidad de la historia de la humanidad<sup>6</sup>.

Por lo tanto, invito a todos los apasionados del derecho para aventurarse por estos parajes sorteando los peligros con el ánimo de encontrar nuevas soluciones jurídicas para viejos

---

<sup>6</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. La teoría jurídica del accidente; ver su obra: *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Tomo II, 1988.

problemas sociales, reiterando que quienes dan génesis a la jurisprudencia son los abogados litigantes con planteamientos novedosos a las diferentes instancias judiciales en procura de una sociedad mejor.

Retomando el tema, dado que el fundamento de la responsabilidad giraba en torno al factor subjetivo de atribución, fuera la misma culpa o dolo. *Sin culpa no hay responsabilidad*, era el principio guía en materia de responsabilidad civil vigente al momento de redactarse el Código Civil. En cambio, en la dinámica jurídica actual, el cimiento de la responsabilidad está focalizado, a partir del desarrollado y recepción legislativa de los factores de atribución objetivos, en el daño, mientras que el derecho clásico miraba el daño desde el ángulo del autor del hecho, hoy se lo mira más bien del lado de la víctima y se procura que todo daño injusto sea reparado, empieza a ser menos importante el factor de atribución subjetiva, la antijuridicidad o la causalidad; lo que interesa es que no quede un daño injusto sin reparar.

Replanteo que conduce a nuevas consecuencias prácticas. Destacamos dos de ellas: a) una clara tendencia al aumento de las categorías de daños relacionados a las distintas facetas de la persona humana, que son frecuentemente aglutinados bajo la denominación de daños extrapatrimoniales con el consiguiente aumento de las demandas, en especial de responsabilidad médica el cual tiene un capítulo exclusivo; b) la creciente importancia que - en relación al daño- adquieren la debida valoración (reconocimiento, alcances, intensidad y gravedad del daño) y cuantificación (expresión numérica puntual de esa magnitud), las cuales presentan ahora numerosísimos matices, haciendo más compleja la tarea del intérprete. En el capítulo *Medida del daño. La difícil tarea de su cuantificación*.

El derecho de daños ha dado un giro de ciento ochenta grados, al dejar de enfocar al victimario o dañador, para colocar en su mira a la víctima, prevaleciendo el principio *favor victimae*.

Esa mutación que ha venido, precisamente, de la mano de la responsabilidad objetiva, Philippe Le Tourneau expresa: *volvieron ese derecho insuficiente a la luz de las necesidades existentes*<sup>7</sup>, reconocido autor francés nos visitó a finales del año 2011 precisó:

*el derecho de responsabilidad es ahora demasiado complejo; es el producto de una jurisprudencia copiosa sujeta a retrataciones y de una legislación incompleta y desapareja. Es necesario, pues, reformarlo completamente*<sup>8</sup>.

Jorge Peyrano lacónicamente señala que *el mundo de hoy no es el de ayer*<sup>9</sup> opinando sobre Argentina en donde se ha concretado, durante el curso del último cuarto de siglo, un salto cualitativo en el derecho procesal civil argentino, que ha hecho surgir una nueva divisa de fe: *para cada necesidad nueva, un instituto diferente de lo ya conocido*<sup>10</sup> (por ejemplo, más pronto que tarde entrarán en juego los vehículos con conducción autónoma, que van a revolucionar muchas cosas, entre ellas el proceso y las responsabilidades en caso de accidente); en tal sentido Celia Weingarten opina:

*Estamos en el siglo XXI. Han pasado doscientos años desde que, centrado el régimen civil patrimonial en la defensa del propietario y aplicadas las normas a través del rígido corsé de la exégesis, fueron creciendo por imperio de otras circunstancias nuevos paradigmas que variaron el enfoque de la responsabilidad civil desde el dañador hacia la víctima, desde la propiedad hacia la persona, desde la imputación culpable como único factor de atribución hacia el reconocimiento de*

---

<sup>7</sup> Le Tourneau, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*, París, Dalloz, 2010, Nos. 56 ss.

<sup>8</sup> Le Tourneau, Philippe. *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, Díké, Tomo II, 2011, p. 1394.

<sup>9</sup> Peyrano, Jorge W. *Medidas autosatisfactivas, de su dirección*, Sta. Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 26.

<sup>10</sup> Peyrano, Jorge W. Nuevamente, La medida cautelar innovativa generativa en funciones, en *Nuevas tácticas procesales*, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 155.

*factores objetivos. La elaboración de estos nuevos parámetros no fue consecuencia de mutaciones legales, sino más bien estas efecto del laboreo de la doctrina judicial y autoral, despojada finalmente del claustro de la exégesis e interpretando, a la luz de la realidad social, el ordenamiento vigente como un todo*<sup>11</sup>.

Y Pablo Salvador Coderch conceptualiza:

*El derecho de daños no se entiende sin las reglas que regulan el proceso en que se exigirán las eventuales responsabilidades civiles, esto es, sin el derecho procesal. El primero, sin el segundo, es un derecho abstracto, y el segundo, sin el primero, es un derecho vacío*<sup>12</sup>.

Siempre hemos considerado que el derecho procesal tiene dos claros propósitos: el primero, diseñar mecanismos que permitan materializar los derechos sustanciales; el segundo, generar instrumentos jurídicos que concreten, de manera efectiva, el derecho humano a un debido proceso; porque en ocasiones el primer paso que debemos dar para hacer efectivo un derecho sustancial, es renovarlo desde su simiente; es así como en las últimas décadas del siglo XX, el *Derecho de daño*, entre las modernas instituciones civiles, tuvo un sostenido desarrollo doctrinario y jurisprudencial, en la medida que la evolución tecnológica incorporaba nuevos factores de riesgo a la vida en sociedad.

En Colombia como en otros países, el derecho de daños es fundamentalmente derecho jurisprudencial. Y lo es, entre otras razones, porque las disposiciones más importantes sobre la materia del derecho legislado son principios o estándares muy genéricos. El derecho de daños funciona como una garantía de los derechos constitucionales, derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho al desarrollo de un plan de vida, derecho a la propiedad, derecho a la intimidad, derecho al honor, ¿derecho a la igualdad?

Siendo muy justo y merecido el homenaje al doctrinante Javier Tamayo Jaramillo en el año 2011 con el libro *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*<sup>13</sup> en dos tomos, doctrinante del cual en su obra *Responsabilidad Civil* de cuatro tomos en el año 1999 y luego el *Tratado de responsabilidad Civil* en dos tomos en el año 2007, de obligada lectura, citándolo profusamente en la presente obra. En el libro homenaje de manera abierta el tomo uno se titula *Derecho de daños* con escritos de Francois Chabas, Philippe Le Tourneau, Ricardo L. Lorenzetti, Diego M. Papayannis, Mariano Yzquierdo Tolsada, Ricardo de Ángel Yagüez, Atilio Aníbal Alterine, Aida Kemelmajer de Carlucci, Juan Carlos Henao Pérez, entre otros, con presentación de la obra por Maximiliano A. Aramburo C., de la cual extraemos las siguientes expresiones:

Coqueteó con el derecho penal, de la mano de su buen amigo Carlos Jaramillo, hasta que se le atravesó para siempre el derecho de seguros, que estudió en Europa, y que llevaría a bucear en las entonces turbulentas aguas (hoy en buena medida pacífica por él mismo) del derecho de daños<sup>14</sup>.

Pero hay razones más importantes para homenajear a Javier Tamayo. En un congreso realizado en los años ochenta, él sostenía que el derecho en tanto objeto cultural solo puede ser completa y correctamente conocido a través del caso concreto<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Weingarten, Celia. *Derecho del consumidor*, Ed. Universidad, pp. 233 y s.

<sup>12</sup> Salvador Coderch, Pablo. *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños*. Análisis, aplicación e instrumentos comparados, 2013, 2ª edición, IndRet, p. 98.

<sup>13</sup> Aramburo Calle, Maximiliano (Coord. Académico). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, Díké, 2011, Tomo I, p. 453.

<sup>14</sup> *Ibidem*, Tomo I, p. 40.

<sup>15</sup> *Ibidem*, Tomo I, p. 33.

Él defendía desde los años sesenta del siglo XX una visión integradora del conocimiento jurídico que tenía en cuenta los valores del sistema, las normas escritas (reglas o principios, a los que alude en sus textos) y las realidades sociales.

Nos enseñó a leer jurisprudencia cuando los demás nos enseñaban solo el Código,..., enseñó a sus alumnos a leer sentencias, a leer el derecho en acción, cuando otros (no todos, por fortuna) detenían su camino en la enseñanza de la ley, y en el mejor de los casos, de la doctrina<sup>16</sup>.

Enseñar con casos, aprender a '*leer*' la jurisprudencia, acceder directamente a los textos de la doctrina extranjera<sup>17</sup>.

Respecto al segundo tomo expresa: *La segunda se dedica al derecho de los seguros, una especialidad sobre la que se escribe poco y se litiga mucho, ..., que en la práctica forense es una de las que mejor permite ver al derecho en su conjunto, al derecho como sistema*<sup>18</sup>, tema de la cual le dedicamos un capítulo en la presente obra.

Creemos que estamos en terrenos complementarios, y no abogamos de modo alguno por la supresión de la responsabilidad civil, extremo que consideramos imposible y contrario a nuestra tradición, sino creemos que se solucionan distintos tipos de situaciones ya que la normativa de la responsabilidad civil en nuestros sistemas jurídicos ha sido pensada para la protección de intereses legítimos individuales bajo el manto de la culpa, sino otros factores y variables como esquemas de responsabilidad e imputación objetiva, la distribución del riesgo, el círculo de responsables, todo ello apuntando a que la víctima siempre sea resarcida. *La superación de aquello, que la historia registra como un conflicto de opuestas perspectivas ideológicas (responde por lo que uno hizo o valor lo que los demás ya no podrán ser) -y que de una u otra manera pudieran razonablemente haber sido si el daño no los afectaba) se afianza en la medida en que el concepto de derecho de daños reemplaza paulatinamente en la terminología de nuestros juristas, a la idea de responsabilidad civil*<sup>19</sup>. En tal sentido es válida la apreciación de Eugenio Llamas Pombo:

Una y otra vez aparecen quienes resisten los cambios de paradigma. Hemos sido formados, educados y embelesados jurídicamente por la codificación del siglo XIX. Pero el movimiento codificador -además de concebir a las personas como iguales, aunque no lo sean- sentó su expansión alrededor de los conceptos de propiedad privada y libertad de contratación. Y cautivó a muchas generaciones por su apariencia de completa, y simple como sistema. Sin embargo, los cambios están a la orden del día en muchos países de derecho continental. Con mucho mejor criterio, hoy se afirma que la legislación codificada es solo un elemento del sistema legal; los regímenes supuestamente especiales han modificado desde su raíz muchas instituciones de los códigos. Y estos ordenamientos posteriores ya no son de aplicación residual. La legislación codificada ocupa hoy la posición de residualidad, resultado de una creciente intervención del Estado en las relaciones de derecho privado<sup>20</sup>.

La dinámica del cambio social no ha sido acompañada, en el derecho de daños, por un desarrollo legislativo acorde a las nuevas problemáticas, sino por el contrario, aún se encuentran vigentes una decena de normas que rigen el tema desde la génesis del código

---

<sup>16</sup> *Ibíd*em, Tomo I, p. 34.

<sup>17</sup> *Ibíd*em, Tomo I, p. 35.

<sup>18</sup> *Ibíd*em, Tomo I, p. 42.

<sup>19</sup> Burgos, Oswaldo R. La evolución del deber de responder: desde la responsabilidad civil hacia el daño, artículo publicado en la *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguro*, julio-diciembre de 2010, editado por la Pontificia Universidad Javeriana, p. 125.

<sup>20</sup> Conf. Llamas Pombo, Eugenio. Sus citas de Irti y Schlesinger, cit. por Wajtraub, Javier H., en *Rev. Derecho de daños*, N° 2007-3, pp. 207 y s.

sustancial, circunstancia que torna ineludible realizar un esfuerzo hermenéutico notable para precisar el alcance de los términos que se emplean, pues algunos de ellos son interpretados de manera impropia, sin precisión científica, llevando inexorablemente a soluciones jurisprudenciales dispares y, en algunas oportunidades, contradictorias con la *ratio* de la ley y el sentir de justicia. Más sin embargo la responsabilidad civil constituye hoy en día una de las fuentes de litigiosidad más importantes, hasta el punto de poder afirmar que el setenta por ciento de los procedimientos judiciales que se siguen en nuestro país tiende al fin de lograr el resarcimiento por algún daño causado por un tercero.

El abanico de las modalidades de riesgos de responsabilidad civil es amplísimo: responsabilidad entre particulares, de empresas, por accidentes de trabajo, por accidentes de circulación, por daños causados por productos defectuosos, por daños al medio ambiente, por riesgos del desarrollo, por errores u omisiones de profesionales y prestadores de servicios, por daños causados por el funcionamiento normal o anormal de las Administraciones, por incumplimientos contractuales, etc. Dentro de aquella y, dejando a un lado la que nace del incumplimiento de los contratos y cuasicontratos, se encuentra la que tiene su génesis en un ilícito, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada; así, encontraremos dos vectores que constituyen la estructura metodológica: por un lado la determinación de la existencia o no de responsabilidad (legal, precontractual, extracontractual, contractual, ex delicto, por hecho ajeno), y por otro lado, la determinación de la cuantía indemnizatoria destinada a reparar el daño material o personal directo, así como los perjuicios económicos derivados de dichos daños, esta es la base del derecho de daños.

El derecho de daños de manera sucinta podemos decir que es el derecho civil renovado - la institución básica es la de *responsabilidad civil*, pero no todo se refiere a esta-, actualizado acorde al desarrollo económico y social, teniendo en cuenta los nuevos criterios de doctrina y el reconocimiento de nuevos daños<sup>21</sup> por la jurisprudencia, nuevos legitimados, cada vez son mayores los legitimados para accionar y más amplias las reparaciones que los acontecimientos antijurídicos generan, y por lo tanto nuevos obligados a reparar, abandonando la arraigada idea de culpa para impulsar la responsabilidad objetiva orientada por la teoría del riesgo en sus diferentes modalidades, bajo el principio '*alterum non laedere*', no causar daño, elaborando una nueva teoría cuyo epicentro es el daño, o sea que la responsabilidad civil ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima; esta postura no se sitúa solo del lado del responsable que recibirá una sanción sino del acreedor que reclama la indemnización, sin que exista muchas veces un *culpable* que cargue con la pena, ampliando los diferentes supuestos existentes aferrados al secular esquema culpabilista, la culpa dejó así de ser uno de los pilares inmanentes de la responsabilidad civil, abandonando la culpa como la única forma de justificar el porqué una persona debía reparar un daño en donde la culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil; cuya indemnización a la víctima no se calcula por la gravedad de la culpa, sino por la extensión del perjuicio, suprimiendo la noción de culpa del vocabulario de la responsabilidad, no persiguen el castigo de los actos injustos, sino la indemnización de los daños causados; en donde el verdadero problema de la responsabilidad es decidir quién debe soportar los efectos del daño una vez que este se ha producido, exige otorgar a las víctimas de daños una indemnización justa y adecuada que repare íntegramente los daños y perjuicios sufridos; es así como el daño pasa a ser el presupuesto a partir del cual debe articularse la responsabilidad, constituyéndose el daño,

---

<sup>21</sup> En particular, los riesgos del desarrollo vinculados a los avances científicos y tecnológicos, las comunicaciones, el uso difundido de la internet, las bases de datos y el comercio electrónico acentúan la posible ocurrencia de un daño, sea a inferirlo o padecerlo.

como presupuesto de la responsabilidad jurídica civil, adquiriendo una gran relevancia, pues se le considera como elemento unificador de todos los supuestos de responsabilidad.

El autor español Fernando Gómez Pomar se pregunta:

*Las herramientas diseñadas para el Derecho legislado valen de poco aquí: la averiguación de la voluntad del legislador ¿de qué sirve?; la historia de los preceptos, los conceptos dogmáticos inmutables ¿para qué valen en un contexto como el de los accidentes? Este utillaje tal vez (aunque yo tampoco lo creo, dicho sea de paso) pueda valer para ofrecer una explicación sistemática de un extenso y elaborado conjunto de normas escritas, muchas de ellas, acaso, de origen histórico remoto. Pero en el derecho de daños el escenario es bien distinto. De lo que se trata aquí es de perfilar y aplicar unas pocas reglas y principios con un alto grado de vaguedad y generalidad (negligencia, responsabilidad sin culpa, reparación integral del daño, por ejemplo) en diferentes sectores de daños en la vida social<sup>22</sup>.*

Más sin embargo, el factor de atribución es el fundamento que el derecho elige para atribuir un daño a un hecho, estos factores pueden ser: a) Subjetivos: se vinculan con la culpabilidad y se apoyan en la reprochabilidad de la conducta dañosa del responsable, (culpa y dolo), b) Objetivos: no necesitan la presencia de la culpa, sino que basta la mera causación de un daño, (riesgo, equidad, seguridad, garantía).

La responsabilidad constituye una categoría común en todos los órdenes jurídicos: civil, penal, administrativo-sancionador, fiscal, seguridad social, etc.; anotando que el derecho penal, *última ratio*, únicamente se puede destinar para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más intolerables y además allí donde las otras ramas jurídicas no pueden salvaguardar eficazmente los intereses dignos de amparo. El Código Civil determina que los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier tipo de culpa o negligencia conllevan en el sujeto la obligación de reparar o indemnizar dicho daño, esto es la responsabilidad.

O desde el daño reparable, el listado es infinito, veamos una muestra, partiendo de los más comunes: Daños a las personas. Daño económico: muerte e incapacidad sobreviniente. Daño físico. Lesiones personales, lesión estética. Estado vegetativo. Daño moral. Psicológico. Neurológico. Daños a los derechos personalísimos y los actos discriminatorios. Daños al patrimonio: tangible e intangible. Daños derivados de los principios generales del derecho. Daños derivados de las relaciones de consumo. Bancos de datos e informática. Medios de difusión masiva. Accidentes entre automotores, motos y bicicletas y con peatones. Rubros indemnizables; daño emergente; lucro cesante; pérdida de oportunidad (chance), daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida. Daños derivados de la ecología y medio ambiente. Daños derivados de la actividad profesional. Daños derivados de establecimientos educacionales y asistenciales. Agencias inmobiliarias. Administradores de consorcio. Empresas de seguridad. El contrato de Seguros. Responsabilidad civil del Estado. Responsabilidad civil de los profesionales. Responsabilidad civil de las entidades financieras. Daños causados por la prensa y medios de comunicación, responsabilidad en las obras civiles, etc., etc. De otro lado, la influencia de la acción penal sobre la civil, el Derecho probatorio, la prescripción de las acciones, los legitimados activos y pasivos, Antijuridicidad. Relación de causalidad. Factor de atribución.

El derecho de la responsabilidad civil constituye una rama del derecho civil, modernamente derecho de daños, se destaca por su constante evolución. Ello no solo obedece a la extensión de su ámbito material, debido a la multiplicidad de los daños y de sus agentes causantes, sino también a su repercusión social, lo que origina novedosos problemas y que la

---

<sup>22</sup> Gómez Pomar, Fernando. *La salud del derecho de daños en España*, Working Paper N° 136, Barcelona, abril de 2003, tomado de [www.indret.com].

respuesta de los distintos órganos judiciales a los mismos no sea unívoca. Actualmente el derecho de daños, la responsabilidad civil, constituye un mecanismo adecuado de reparación del daño en su doble vertiente de responsabilidad contractual o extracontractual, siendo en esta segunda donde se plantean las mayores disquisiciones doctrinales sobre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo, es decir, responsabilidad extracontractual subjetiva u objetiva,

De otra parte, la realidad social no es la misma y el derecho no puede permanecer distante; es por ello que se abre paso a una nueva concepción del derecho, el derecho de daños, fundado en lo que se ha llamado la era del daño bajo la premisa de la no causación dañina, lo contrario sería conceder el derecho a causar daño; corresponde, efectivamente, a una necesidad que escapa de cualquier dosis de romanticismo jurídico y se enmarca perfectamente en la necesidad de una realidad legal que no puede esquivar la exigencia que impone el convivir de la comunidad

La expresión *responsabilidad civil* no significa responsabilidad residenciable ante la jurisdicción civil, sino simplemente responsabilidad no criminal, sin prejuzgar la naturaleza (contractual o extracontractual), ni la jurisdicción competente civil, administrativa e incluso laboral.

Hasta no hace mucho tiempo el tema central de la responsabilidad civil era el castigo al agente o culpable de las consecuencias del daño, mientras que la víctima ocupaba un lugar secundario dentro de la institución. En los días que corren es la reparación de las consecuencias del daño a la víctima, sean ellas patrimoniales o extrapatrimoniales, o ambas, las que ocupan un lugar de privilegio en el sistema. De ahí que se aluda a un *derecho de daños* o, mejor aún, a un derecho de reparación de las consecuencias de los daños, siendo uno de sus mejores exponentes el español Luis Díez-Picazo<sup>23</sup>, de quien el autor Carlos Fernández Sessarego en su artículo *El 'derecho de daños' en el umbral de un nuevo milenio* del año 2011 expresa:

Es interesante anotar la posición asumida por Díez-Picazo en lo que atañe a la evolución de la responsabilidad civil. El autor opina que *'el derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción'*. Es decir, interpretando su admonición, se debe encontrar el justo equilibrio entre audaces propuestas y la necesaria cautela que es de rigor en materia tan sensible y delicada como es la responsabilidad civil o derecho de daños.

Díez-Picazo considera que la *'indefinición'* a la que alude se demuestra, en España, *'en las vacilaciones de la jurisprudencia y de los tribunales y en las dificultades que hoy existen para encontrar una correcta delimitación del fenómeno y para solucionar sus problemas centrales'*. Y, agrega al respecto que, *'por eso, parece necesario o, al menos, conveniente, replantear desde sus raíces las cuestiones que en esta rama del derecho privado se encuentran implícitas y hacerlo desde una perspectiva metodológica que ponga en juego todos los criterios de que hoy es posible disponer'*.

En relación con lo anotado por el maestro Díez-Picazo, cabe señalar que la situación por la que atraviesa la doctrina y la jurisprudencia española es diferente a la italiana donde muchos de los problemas que suscita el cambio que se evidencia en el Derecho en materia de responsabilidad civil se han ido solucionando

<sup>23</sup> Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 19.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 19.

paulatinamente. Muestra de ello es la aceptación, casi general, del *daño a la persona* bajo algunas de las diversas etiquetas que a él se refieren.

La situación de crisis por la que atraviesa la institución de la responsabilidad civil o derecho de daños se evidencia a través de lo expresado por el maestro español en el sentido de que se debe '*replantear desde sus raíces*' las cuestiones que se hallan implícitas en esta rama del derecho. La mayoría de las autorizadas voces en la materia coinciden en la formulación de este requerimiento que, por lo demás y como lo hemos señalado, se halla en pleno proceso de estudio. El replanteo que se viene efectuando no es exclusivo de la responsabilidad civil, sino que se extiende a otras importantes instituciones jurídicas<sup>25</sup>.

Por lo expresado, el derecho de daños se encuentra en un histórico momento de transición que el autor español denomina *indefinición* entre dos épocas, cada vez con más arraigo y transformación de las figuras clásicas del derecho, como la inveterada concepción de culpa.

Además de la función indemnizatoria el nuevo derecho de daños tiende no solo a reparar los daños ya ocurridos, sino a prevenir los futuros, siendo indudablemente preferible evitarlos que repararlos, la participación del Estado es muy importante; solo los instrumentos que suprimen las fuentes de peligro, o de daño, resultan idóneos para satisfacer globalmente a los grupos sociales que en estos casos se encuentran interesados en forma colectiva; pretendiendo por la socialización del riesgo con políticas de aseguramiento globales y la conformación de fondos que garanticen la reparación de las víctimas sino plena por lo menos parcialmente; junto a la sanción penal debe ir necesariamente la respectiva indemnización.

Estaba bailando y lo último que recuerdo es que un tipo empezó a disparar al aire, muy borracho, para celebrar la Navidad -narra John-, quien luego de tres años todavía tiene en su cuerpo la bala que lo dejó cuadripléjico. Me desperté en la camilla de un hospital y no podía moverme. Me dijeron que habían pasado tres días y que había quedado inválido<sup>26</sup>.

Dice el joven de menos de 20 años de edad, deportista, quien había ganado tres campeonatos de microfútbol. La persona que festejó de esta manera, cuyo resultado no se lo representó ni tuvo intención de causar daño, es condenado a 11 años de cárcel, condena que es ratificada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2010.

En el 2008 el juez de primera instancia le impuso una condena de 20 años de prisión por el delito de tentativa de homicidio agravado. Los testimonios de varios asistentes a la fiesta -que afirmaron que el hombre intentó escapar después del incidente- fueron claves durante el juicio. Sin embargo, la decisión del Juzgado 32 penal del circuito fue apelada y llegó al Tribunal Superior de Bogotá, que cambió el delito a tentativa de homicidio simple. La pena pasó de 20 a 11 años. En un nuevo intento por tumbar la condena, el implicado interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, argumentando que los testigos en su contra eran poco confiables, pues habían consumido licor esa noche de Navidad. La Corte desechó el recurso y dejó en firme la condena de 11 años de prisión, (*el implicado*) *plantea su propia valoración de las pruebas (...) No expresa argumento alguno que haga evidente cuál fue el error cometido por el Tribunal (...) Es una demanda carente de los mínimos requisitos para la impugnación*, consideró la Corte.

Casos de balas perdidas cada vez más frecuentes, tanto de los particulares (atracos callejeros) hay disparos e impacta a una persona que no hace parte de los hechos.

Desde el derecho de daños, el Estado debe ir más allá de la sanción penal, el satisfacer una indemnización, inicialmente por el implicado que de tener medios económicos lo hará,

---

<sup>25</sup> Fernández Sessarego, Carlos. *El derecho de daños en el umbral de un nuevo milenio tomado de internet*, 4 de enero de 2011.

<sup>26</sup> Tomado de *El Tiempo*, Casos de condenas por balas perdidas, 08 de enero del 2011.

pero en los casos de balas perdidas que no se encuentra al causante, que de ser un ente del Estado se ejercita la acción directa, pero si es una persona del común, el Estado debería responder por medio de un fondo, similar por ejemplo a cuando el responsable es un *vehículo fantasma*, con mayor razón si el Estado condena a una persona, y de ser insolvente, debe indemnizarse por cualquier medio, la sola sanción social, es insuficiente; de otra parte, el artículo 489 del CPP habilita al Juez competente que vigila el cumplimiento de las condiciones de las que depende la suspensión de la ejecución de la pena, para autorizar al condenado a seguir disfrutando de dicho beneficio cuando acredita la incapacidad material de indemnizar a las víctimas por insolvencia económica, situación que de ninguna manera puede confundirse con la actitud negativa y reticente a resarcir los daños y perjuicios ocasionados con el delito cometido, cuando cuenta con los medios requeridos para tal fin.

Podría incluirse, como una propuesta para dar inicio al proceso de reflexión y de consecuente construcción del derecho de daños por medio de principios rectores, el criterio de equidad, aplicado por la jurisprudencia nacional, la responsabilidad objetiva como régimen aplicable a la actividades peligrosas; la acumulabilidad de la acción personal y la acción hereditaria, la imputación objetiva, el reconocimiento de la reparación integral, el criterio de equidad, la carga dinámica de la prueba, entre la multiplicidad de principios que integrarán el marco de la responsabilidad civil, bajo el manto del derecho de daños.

Sin abandonar el paradigma que se focaliza en el deber de responder por el daño y fundamentándose en una clasificación preexistente de Matilde Zabala, los autores argentinos Trigo Represas y López Mesa sostienen que la evolución de lo que conocemos como Responsabilidad Civil puede esquematizarse en nueve pasos o hitos. A saber:

1. De la venganza a la reparación del daño.
2. Desde la causalidad material a la responsabilidad subjetiva.
3. Desde la culpabilidad como paradigma excluyente hacia un esquema bipolar donde la culpa comparte el escenario con el riesgo creado y otros factores objetivos de atribución.
4. Desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido.
5. Desde una concepción patrimonialista del daño hacia otra personalista.
6. Desde la responsabilidad individual hacia las responsabilidades colectivas.
7. Desde el individualismo hacia la solidaridad.
8. Desde un derecho a seguir causando, mientras se paguen los daños, hacia el rotundo no a la causación del daño.
9. Desde un derecho resarcitorio clásico al derecho de daños que se complementa con fondos indemnizatorios y otras herramientas no tradicionales<sup>27</sup>.

Entre otros autores, supo advertirlo André Tunc, nada menos:

*el sistema de responsabilidad civil clásico, será confinado a una función residual, ocupándose de incidencias menores y siendo reemplazado paulatinamente por sistemas públicos de compensación*<sup>28</sup>.

Por nuestra parte, nos permitimos observar que cada una de las etapas de evolución señalada por estos autores, ha servido para consolidar definitivamente alguno de los ejes conceptuales por lo que el derecho de daños, exhibe los modos de su construcción continua en la actualidad, cada vez con mayor aceptación y aplicabilidad en nuestro medio. Aunado a

<sup>27</sup> Trigo Respresas, Félix y López Mesa, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo I, pp. 18 y ss., con nota de Matilde Zavala de González, Resarcimiento de Daños, Tomo 4, pp. 79 y ss.

<sup>28</sup> Tunc, André. *La responsabilité civile, sin datos traductor*, Edición Económica, Paris, Francia, pp. 177 y ss.

la sustitución antológica en las herramientas del daño es un dato cierto que conmueve los esquemas propios de todas las incumbencias jurídicas.

#### A. DERECHO DE DAÑOS (RESPONSABILIDAD CIVIL)

El derecho de daños pretende ofrecer, por una parte, un estudio riguroso y profundo de las transformaciones sufridas en el derecho civil, sus paradigmas actuales y las perspectivas de futuro, en relación con sus elementos sustanciales: daño, imputación, causalidad y reparación. Y por otra parte, una panorámica de la fenomenología de los daños y su distinto tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia foránea como nacional. *En la medida en que las acciones de reparación representan el gran front de afirmación y reconocimiento de derechos, su peso sobre la vida de cada ciudadano es inmenso. 'Nuevos derechos' amenazados por antiguas prácticas sociales o derechos 'antiguos amenazados por nuevas tecnologías o nuevos mecanismos de mercado: de una u otra forma, todo parece comenzar por la responsabilidad civil'*<sup>29</sup>.

De esta manera la responsabilidad civil se consagra como una de las materias más vivas del derecho civil en este momento, que ha dado lugar a la creación del derecho de daños, que ha provocado la evolución en los últimos años de los principios clásicos de la responsabilidad civil, culpa y riesgo, y que tiene como función prevenir los comportamientos antisociales, determinar las indemnizaciones de las víctimas, la socialización del riesgo y, fundamentalmente, garantizar los derechos de los ciudadanos.

Hay principios comunes: por ello, los autores prefieren hablar de *derecho de daños*, con el deliberado propósito de desarrollar una teoría general de los daños, independiente de quien los cause, y no de *responsabilidad civil*, denominación atada al derecho privado.

La moderna concepción del derecho de daños posa su atención en la víctima en lugar del victimario. Por ello, la preocupación actual no es castigar sino reparar y en esta tesitura se debe procurar la reparación del daño injustamente sufrido en vez del injustamente causado.

Transformaciones que se originan en lo cuantitativo, dada la *explosión* de reclamaciones que verdaderamente han inundado los juzgados y tribunales, la ingente jurisprudencia que ello conlleva, y la monumental cantidad de trabajos y estudios doctrinales sobre el tema (en especial en España y Argentina); y en lo cualitativo, por los cambios que las exigencias sociales y la creciente depuración técnica han introducido en el tratamiento de la temática. Tan es así, que se ha dado lugar a toda una disciplina, el derecho de daños que, sin perjuicio de su raíz y vocación indiscutiblemente civil, goza ya de cierta autonomía y acogida en nuestro país, siendo imperioso actualizar y renovar el Código Civil y crear la Ley de Seguros básicamente. Esta construcción teórica busca, en principio, establecer una especie de jerarquía entre las distintas funciones que se le atribuyen a la responsabilidad civil: indemnizatoria y sancionatoria -con sus dimensiones: retributiva y, o de pena privada, y preventiva-<sup>30</sup>.

##### 1. ¿Qué es el derecho de daños?

El derecho civil, así como todas las ramas del derecho no es un cuerpo estático sino que, a nuestro entender, todas sus áreas se presentan como ciencia dinámica, pues ellas responden a enmarcar conductas humanas que evolucionan, varían y se mueven, por lo tanto el derecho cambia, incluso sin que la ley lo haga, el procedimiento de interpretación de la norma, no

---

<sup>29</sup> Tomado del Prólogo de Anderson Schreiber a la obra de Guido Alpa, *La responsabilidad civil*, Parte General, Volumen 1. Traducción de César E. Moreno More. Legales Ediciones, Perú, Primera edición en español. 2016, p. 6.

<sup>30</sup> Coleman J., y Mendlow G. *Las teorías del derecho de daños*, (trad. de M. Aramburo, en *Responsabilidad civil y del Estado*, N° 27, 2010, pp. 31-81.

solo fija su sentido y alcance en un caso particular, sino que también lo hace en una época y un lugar, interpretación que claramente varía según lo hace la sociedad que se rige por la ley, así como también lo hace la doctrina y finalmente la jurisprudencia que cuando proviene de los tribunales superiores de justicia fija, de cierta manera precedentes, sin que sea obligatorio acatarlos, produce un efecto en los tribunales menores, algo así como una persuasión moral.

El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo; a su vez, en el derecho civil moderno el daño -no la culpa-, como presupuesto de la responsabilidad jurídica civil, ha adquirido una gran relevancia, pues se le considera como elemento unificador de todos los supuestos de responsabilidad y en ese sentido ha comenzado a conformarse lo que muchos autores, entre ellos el español Luis Díez Picazo, denominan *derecho de daños*<sup>31</sup>.

En esta disciplina hay que recordar de los viejos maestros como Carnelutti '*El derecho de hoy no es el derecho de ayer*', y también las de Portalis de que las leyes se hacen con el tiempo, mas en verdad no acaban de hacerse nunca. Es cierto que todos los que nos dedicamos al moderno derecho de daños, hemos comenzado estudiando Responsabilidad Civil, y más cierto es que siempre tenemos presente la regla romana del *neminem laedere* que siempre sale en nuestra ayuda para captar todos los actos perjudiciales a fin de hacer reinar el orden y la equidad en la sociedad<sup>32</sup>.

El derecho de daños o sistema de responsabilidad civil, aunque tiene una función prioritariamente de resolver conflictos entre sujetos y de prevenir en materia de riesgos, está repartido en diferentes normas, incluso de diferentes sectores del ordenamiento jurídico, y es aplicado por las diferentes jurisdicciones. Hay textos civiles, leyes penales, normas administrativas, normas de carácter laboral, etc. Esto crea un panorama de complicación, así como un problema de ajuste normativo y de competencia jurisdiccional.

Sobre este último aspecto hay una jurisdicción administrativa especializada, que ha tratado históricamente y, acaso de modo aún más claro recientemente, que absorba todos los asuntos donde una Administración es demandada por su responsabilidad patrimonial, la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa considera la contencioso administrativa como la competente, y nunca las jurisdicciones civil o penal. Por otro lado, existen normas de responsabilidad civil en el ámbito laboral, que es uno de los principales sectores de siniestralidad. Finalmente, existe un conjunto de normas sobre responsabilidad civil en los textos penales, básicamente el Código de Penal, que regula la responsabilidad civil derivada del delito o falta. Tradicionalmente, esta responsabilidad condujo al problema conceptual sobre si la responsabilidad civil derivada del delito era diferente de la responsabilidad civil del derecho de daños.

En síntesis, la responsabilidad constituye una categoría común en todos los órdenes jurídicos, civil, penal, administrativa, fiscal, social, etc.

En otros términos el derecho de daños es o debiera ser en realidad un derecho transjurisdiccional, ya que en todos los ámbitos del derecho se debe entrar a juzgar sobre los perjuicios causados y su resarcimiento. Ya sea en lo civil, penal, social o en lo contencioso-administrativo los juzgadores se enfrentan a un mismo mandato: una vez determinada la

---

<sup>31</sup> Díez Picazo, Luis, en su libro *Derecho de daños insiste en la idea de la configuración del derecho de daños*. Díez Picazo, Luis, *Ob. cit.*

<sup>32</sup> XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Argentina, homenaje a los 180 años de la Universidad de la responsabilidad clásica al derecho de daños, ponente Lidia M. R. Garrido Cordobera.

existencia de un daño y su atribución causal a una persona, debe procederse a su valoración y fijar una cifra, con la peculiaridad de que debe dejar 'indemne' a la víctima. En principio no debería haber diferencia, pero la hay<sup>33</sup>. Aun reconociendo los avances conseguidos en los últimos veinte años en el derecho de daños, es esta, quizás, una de las mayores faltas de sintonía que perviven en el manejo diario de esta área de práctica. No todo es achacable a una normativa incompleta o poco elaborada, el juez tiene un deber interpretativo, de no ser así, nunca se hubiera llegado a conceptualizar la culpa objetiva u objetivación de culpa, ya que el objeto de estudio tiene una complejidad y casuística difícilmente abarcable y un innegable afán expansionista propiciado por el rápido avance de la sociedad actual que motiva una conciencia ultrasensible al perjuicio propio.

Se puede decir que tiene como funciones, primero, ser un instrumento de regulación social mediante la prevención que es indispensable y primordial (algo que no ocurría casi en la responsabilidad civil), y lograr la indemnización a las víctimas mediante la aplicación de los daños resarcibles, la socialización de riesgos, el aumento de las legitimaciones activas y pasivas, el aumento de los factores de atribución de responsabilidad, la certeza en el cobro de la indemnización y su prontitud; que los esquematiza en tres pilares del derecho de daños.

## 2. Origen del derecho de daños

El derecho de daños como teoría en general se basa en que *el fin perseguido es la construcción de una buena teoría, y, al efecto, opera una selección de problemas. En el segundo, el objetivo es la solución de problemas y, al efecto, opera una selección de teorías. En el primero, las doctrinas se construyen desde la dogmática y sientan criterios con que resolver una serie de casos que a menudo carecen de trascendencia jurisprudencial. En el segundo, las teorías se elaboran a partir de un problema real, y proporcionan criterios para resolver buena parte de las cuestiones causales con que lidian en la actualidad los jueces y tribunales*<sup>34</sup>, abandonando posturas absurdas como la concebida hace dos mil años, cuando, según el derecho romano, el dueño de un esclavo atropellado por un auriga (cochero) debía indemnizar por los daños a los caballos.

El derecho de daños desde una óptica práctica es un cambio de enfoque, en donde el daño adquiere tal importancia que actualmente hablamos de un *derecho de daños*, dejando de lado la tradicional denominación de *responsabilidad civil*, o la expresión *según la teoría de la indemnización*; pero ese cambio de expresiones o de palabras, no es solo una mutación semántica, *sino que implica un cambio de lentes en el microscopio de la teoría del responder, que de enfocar al autor del daño (daño injustamente causado) pasa a observar a la víctima del mismo (daño injustamente sufrido)*<sup>35</sup>; de otra parte, la transformación del Código Civil que: *Nunca, como sucede en los últimos años, la idea tradicional del derecho y, más ampliamente, de los restantes, había sido sometida a una disfunción tan vehemente y progresiva*<sup>36</sup>.

La función de la responsabilidad civil no se agota con la reparación, sino que con igual jerarquía axiológica se le suma la prevención y hasta la punición.

---

<sup>33</sup> Calderón Plaza, Óscar. Los derechos existenciales y la valoración del daño, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Revista N° 39, 3er trimestre 2011.

<sup>34</sup> Medina Alcoz, Luis. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 30, Segundo Trimestre, 2009.

<sup>35</sup> Pirota, Martín Diego. *Responsabilidad por daños derivados del peaje*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1999, p. 77.

<sup>36</sup> La actualidad del derecho civil por William Namén Vargas, Magistrado Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, artículo de la Revista Judicial N° 22 de septiembre 2008.