

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
ACTIVIDADES PELIGROSAS:
UNA FORMA DE ESTABLECER EL
NEXO ENTRE PERSONAS JURÍDICAS
PRIVADAS Y VIOLACIONES DE
DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA***

**CIVIL LIABILITY FOR DANGEROUS
ACTIVITIES: REESTABLISHING NEXUS
BETWEEN PRIVATE JURIDICAL PERSONS AND
HUMAN RIGHT VIOLATIONS IN COLOMBIA**

*Lina M. Céspedes Báez**
Angélica María Gutiérrez****

*Fecha de recepción: 14 de agosto de 2012
Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012*

Para citar este artículo / To cite this article

Céspedes Báez, Lina M. & Gutiérrez, Angélica María, *La responsabilidad civil por actividades peligrosas: una forma de establecer el nexo entre personas jurídicas privadas y violaciones de derechos humanos en Colombia*, 125 *Vniversitas*, 149-186 (2012)

SICI: 0041-9060(201212)61:125<149:RCAPFB>2.0.TX;2-8

* Este artículo es fruto de una investigación llevada a cabo en el área de Teoría Jurídica de la Universidad del Rosario, a cargo de la profesora Lina María Céspedes-Báez, como parte del Grupo de Investigación en Derecho Público.

** Profesora de la Universidad del Rosario de Régimen General de las Obligaciones y Teoría del Derecho. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Público de la misma institución. Abogada de la Universidad del Rosario, con Especialización en Derecho Tributario de esta universidad, Maestría en Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia y LL.M. de Cardozo School of Law (New York). Becaria Fulbright 2012, Estudios de Doctorado en Derecho, Temple University (Philadelphia).

Correo electrónico: lina.cespedes@urosario.edu.co

*** Estudiante de quinto semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, asistente de investigación del Grupo de Investigación de Derecho Público de la misma institución. Becaria de la Universidad del Rosario y mayor promedio académico de la Facultad de Jurisprudencia en el 2011.

Correo electrónico: gutierrez.angelica@ur.edu.co

RESUMEN

Este artículo de investigación propone que la doctrina de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia colombiana, es una de las rutas jurídicas más adecuadas para establecer el nexo entre personas jurídicas privadas y violaciones de derechos humanos en el país. El documento, construido a través de un análisis de la normatividad y doctrina nacional e internacional en la materia, constata que la inexistencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia es un serio obstáculo para develar la contribución de estas estructuras societarias al conflicto armado. Por esa razón, explora otros caminos jurídicos que no impliquen una reforma legal estructural, sino el uso de instituciones ya vigentes, como la de actividades peligrosas, que permitan dar un trámite adecuado a las demandas de reparación del daño causado por estas entidades.

Palabras clave autoras: Responsabilidad civil, actividades peligrosas, derechos humanos, personas jurídicas.

ABSTRACT

This research paper proposes that the Colombian Supreme Court's doctrine of liability for dangerous activities provides a useful framework to establish the nexus between juridical persons and human rights violations in the country. This article, based on an analysis of international and national law and doctrine on the subject, establishes that the absence of criminal liability of juridical persons in Colombia is a major obstacle to determining the contribution of these corporate structures to the Colombian armed conflict. This paper therefore explores other legal avenues to redress the human rights harms caused by legal persons, like liability for dangerous activities, that do not entail structural legal reforms but using existing institutions.

Keywords authors: Torts, Dangerous Activities, Human Rights, Juridical Persons.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS Y DE-
RECHOS HUMANOS: INTERACCIONES ENTRE LOS ORDE-
NAMIENTOS INTERNACIONAL Y DOMÉSTICO.- II. RESPON-
SABILIDAD PENAL Y CIVIL: UNA RELACIÓN DIFÍCIL.- III. LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO ILÍCITO DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS.- IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: PASAR DEL DICHO AL HECHO
POR MEDIO DE LA DOCTRINA DE LAS ACTIVIDADES PELI-
GROSAS.- CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El tema de las violaciones de derechos humanos ocasionadas por personas jurídicas ha ido ganando relevancia a nivel mundial. Casos como la posible colaboración de empresas norteamericanas como Ford, General Motors y General Electric, entre otras, con el régimen nazi¹, o de supuesta complicidad entre gobiernos de países en vías de desarrollo y grandes empresas multinacionales, como lo ocurrido con Talisman Energy Inc. en Sudán², han servido para que la comunidad internacional haya ido aceptando poco a poco que no solo los Estados deben ser responsables por este tipo de abusos.

A pesar de ello, el derecho internacional se ha tardado varios años en ofrecer una respuesta que permita hacer efectivamente responsables a las estructuras societarias cuando participan en este tipo de ilícitos. Luego de largas discusiones en el seno de Naciones Unidas, la idea de tener un cuerpo obligatorio de normas jurídicas internacionales fue desechada para darle paso a una aproximación desde el *soft law*, iniciativa menos controversial que permitía contar con el consenso de las empresas implicadas. Fue así como nacieron los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (de ahora en adelante Principios), de la mano del que en su momento fuera Representante Especial del Secretario de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, John Ruggie.

Un análisis del contenido de los Principios permite concluir que, a pesar de que el documento pretendió fijar ciertas responsabilidades en cabeza de las estructuras societarias, para el derecho internacional el Estado sigue siendo el máximo garante de los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Esto supone una reafirmación de la obligación de los Estados de prevenir, juzgar y sancionar este tipo de violaciones y, en consecuencia, un análisis de la idoneidad de su normatividad e institucionalidad para tramitar este tipo de reclamos.

- 1 Antony C. Sutton, *Wall Street and the Rise of Hitler* (Clairview Books, United States of America, 2010); Edwin Black, *Nazi Nexus. America's Corporate Connections to Hitler's Holocaust* (Dialog Press, United States of America, 2009); Neil Bladwin, *Henry Ford and the Jews: The Mass Production of Hate* (Perseus Book Group, United States of America, 2003).
- 2 Para ahondar en el caso Talisman Inc., ver Talisman lawsuit. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TalismanlawsuitreSudan> (26 de junio del 2010).

Para el caso colombiano, este nuevo panorama delineado por los Principios implica preguntarse por la capacidad del Estado para garantizar esta obligación de proteger a los ciudadanos frente a los abusos de las empresas y estructuras societarias en medio de un conflicto armado altamente complejo por la multiplicidad de factores en juego, que van desde la diversidad de actores armados hasta los recientes tratados de libre comercio que demandan una alta competitividad por parte del país. La dificultad de esta cuestión quedó explicitada en los recientes debates alrededor de la aprobación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (en adelante Ley de Víctimas), en los que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este tipo de violaciones fue desechado en medio de una somera discusión que ilustra que este tema aún no es prioritario ni para los legisladores, ni para el Gobierno nacional³.

Es evidente que el análisis del conflicto armado colombiano, ya sea desde la institucionalidad del derecho, desde la academia o el activismo, ha estado centrado en el papel de las élites políticas, del narcotráfico y de los actores armados legales o ilegales⁴. Esto ha significado un descuido en el examen del papel que han jugado las empresas y las sociedades, ya sea como víctimas, victimarias, cómplices u observadoras, en un país que lleva más de 40 años de confrontación armada. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico, los debates de la Ley de Víctimas dejaron en claro que el proceso penal no iba a ser la sede para develar estos nexos, en la medida en que el artículo aprobado tan solo se refiere a la participación de los representantes legales, sin que la estructura societaria pueda ser enjuiciada como un todo⁵. Este enfoque no solo desconoce la autonomía de las formas sociales, sino el hecho de que sus dinámicas y políticas rebasan la voluntad de sus empleados o representantes.

Es posible que pasen muchos años antes de que se vuelva a dar un debate alrededor de este tema en el Congreso de la República.

- 3 Ver Lina María Céspedes-Báez, *Colombia's Victims Law and the Liability of Corporations for Human Rights Violations*, 14 *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, No. 1, 177-213 (2012).
- 4 Mauricio Romero & Fernanda Torres, *Drummond, Chiquita y Paramilitares: adaptación y negociación de las ventajas del conflicto*, en *La Economía de los Paramilitares. Redes de Corrupción, negocios y política*, 149-153 (Mauricio Romero, Ed., Random House Mondadori, Colombia, 2011).
- 5 Ver Ley 1448 del 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio del 2011. D.O. No. 48096, artículo 46.

De ahí que sea necesario encontrar otros mecanismos en el ordenamiento jurídico vigente para poder adelantar el análisis de esta materia, en especial con miras a que Colombia pueda cumplir con sus obligaciones internacionales. Este artículo propone que la responsabilidad civil por actividades peligrosas puede ser la respuesta. Las razones para ello se fundamentan primordialmente en que la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha desarrollado por décadas un cuerpo jurisprudencial lo suficientemente sólido alrededor de la responsabilidad civil de las personas jurídicas y del factor de imputación por la realización de actividades consideradas peligrosas, como para tramitar a través de él los casos en que las empresas se vean implicadas en violaciones graves de derechos humanos.

Nadie duda de la responsabilidad jurídica por el hecho ilícito que le cabe a una sociedad cuando esta realiza contribuciones directas a un grupo armado legal o ilegal para llevar a cabo violaciones graves de derechos humanos, tales como masacres, torturas y homicidios selectivos. Sin embargo, existen otros supuestos de hecho en los que la responsabilidad de las personas jurídicas puede ser más difícil de determinar, por ejemplo, cuando toman ventaja de la falta de presencia del Estado para imponer condiciones laborales vejatorias o cuando compran terrenos más baratos gracias a desplazamientos forzados previos en los que no participaron directa ni indirectamente. Es en estos escenarios donde la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas puede ofrecer una salida para la solución de casos que hasta el momento no han encontrado más que obstáculos en la jurisdicción penal.

Es evidente que estos últimos casos son los que generan más controversia y por ello fueron esgrimidos como argumento en los debates de la Ley de Víctimas para oponerse a la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No se desconoce que esta posición pueda tener sentido, sobre todo si se tiene en mente que este tipo de responsabilidad está basada en la demostración del dolo en la mayoría de los escenarios, y en algunas ocasiones de la culpa. No obstante, este cuestionamiento fundado no puede dar paso a la total ausencia de un examen de la posible responsabilidad que puede recaer sobre las estructuras sociales. Así las cosas, a través de este artículo se propone que la responsabilidad civil sea considerada como el escenario propicio para abordar las

diversas formas en que las personas jurídicas privadas, nacionales e internacionales, han participado en el conflicto interno que aqueja a Colombia. Para ello se dividirá la exposición de la siguiente manera en cinco apartados. El primero abordará las interacciones entre la normatividad internacional y nacional para precisar qué obligaciones son propias del Estado colombiano y cuál es la importancia de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas privadas en este tipo de violaciones. El segundo se detendrá en la difícil relación que existe entre responsabilidad penal y civil en el ordenamiento nacional y en la pertinencia de ahondar en esta última como respuesta adecuada para lograr la reparación del eventual daño provocado por la persona jurídica. El tercero expondrá las bases generales de la responsabilidad civil por el hecho ilícito de las personas jurídicas y las nuevas lecturas que hay alrededor de esta temática, las cuales permiten vislumbrar el potencial disuasivo de esta institución. El cuarto explicará cómo el factor de imputación de *actividades peligrosas* constituye la respuesta más adecuada para establecer la responsabilidad de las empresas y la consecuente reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Por último se esbozarán algunas conclusiones.

I. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS Y DERECHOS HUMANOS: INTERACCIONES ENTRE LOS ORDENAMIENTOS INTERNACIONAL Y DOMÉSTICO

En el área del derecho internacional las discusiones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por violaciones de derechos humanos se han desplazado de enfoques basados en la voluntariedad, pasando por otros que privilegian la expedición de normas vinculantes en el sentido jurídico de la palabra, para llegar a soluciones intermedias promovidas por Naciones Unidas que prefieren tratar la materia a partir de la redacción de instrumentos de *soft law*⁶. De esta forma, en la actualidad se cuenta con una serie de lineamientos

6 Ver Lina María Céspedes-Báez, op. cit.; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations for Non-State Actors*, 201 (Oxford University Press, New York, 2006); Giovanni Mantilla, *Emerging International Human Rights Norms for Transnational Corporations*, 15 *Global Governance*, No. 2, 279-298 (2009).

recogidos en los Principios⁷, cuya pretensión no era crear nuevas obligaciones de derecho internacional, sino hacer una revisión de cómo se aplican las existentes a las empresas nacionales, multinacionales y transnacionales. En otras palabras, su objetivo era interpretar esas obligaciones que fueron pensadas en primer término para los Estados en clave de personas jurídicas privadas. A pesar de que no es muy claro cuál será su impacto en los ordenamientos nacionales, por el momento es pertinente anotar que, a pesar de las diversas críticas de las cuales han sido objeto, es indudable que los mismos constituyen una valiosa plataforma para aclarar las premisas básicas de la discusión en derecho internacional⁸.

Por su parte, los ordenamientos nacionales han fluctuado básicamente entre reconocer la responsabilidad penal de la empresa, limitar el establecimiento de esta responsabilidad solo respecto a ciertos altos funcionarios de la persona jurídica privada o darle preeminencia al derecho civil en materia de responsabilidad civil extracontractual⁹. Países como Australia, Bélgica, Canadá, Francia, India y Japón, entre otros, han implementado sistemas de responsabilidad penal de la empresa. Otros, como España, han tomado la solución intermedia de perseguir a las personas naturales con posiciones de alto nivel en las empresas¹⁰. El caso de los Estados Unidos tal vez sea el más interesante, pues junto al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas existe un poderoso cuerpo normativo y jurisprudencial que ha hecho del litigio en responsabilidad civil (*torts*) uno de los campos más fructíferos para investigar, juzgar y condenar a las personas jurídicas privadas por violaciones de derechos humanos¹¹.

7 Los Principios fueron aprobados en julio del 2011 por el Consejo de Derechos Humanos. Ver, AG. Res. 17/4. 17th sesión. Doc. A/HRC/RES/17/4 (Julio 6 del 2011).

8 Para ahondar en las reacciones frente los Principios por parte de la academia y los Estados, vale la pena consultar la página oficial del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ver Business and Human Rights Resource Centre. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Home> (26 de junio del 2012).

9 Ver Connie De la Vega, Amol Mehra & Alexandra Wong, *Holding Businesses Accountable for Human Rights Violations. Recent Developments and Next Steps* (Friedrich Ebert Stiftung, Berlin, 2011).

10 Ver Anita Ramasastry & Robert C Thompson. *Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A Survey in Sixteen Countries*. FAFO Institute of Applied International Studies (Allkopi AS, Norway, 2006).

11 El litigio en el área de responsabilidad civil en Estados Unidos en contra de las empresas violadoras de derechos humanos se ha desarrollado con base en un estatuto del siglo XVIII llamado Alien Tort Statute, ATS. Para ahondar en el tema, ver Beth Stephens, *Translating*

En el caso de Colombia, la responsabilidad penal de la empresa no ha sido consagrada como regla general¹². El legislador ha preferido radicar la responsabilidad en personas naturales con cargos directivos en el interior de la estructura societaria y sancionar a las empresas con medidas más de talante administrativo y/o procedimental, tales como la cancelación de la personería jurídica¹³. El no contar con una normatividad que dé sustento a la responsabilidad penal de la empresa no implica de por sí impunidad. El país cuenta con normas jurídicas penales que permiten investigar, juzgar y condenar a las personas naturales que cometen delitos a través de las personas jurídicas¹⁴. No obstante, el limitar el reproche penal a las personas naturales en niveles decisorios o directamente relacionadas con el ilícito deja por fuera una mirada macro a la dinámica misma de las sociedades, corporaciones y personas jurídicas en general.

Muchas veces la criminalidad asociada con las personas jurídicas no puede ser reducida a unos cuantos individuos, sino a una serie de decisiones fraccionadas que se toman por diferentes organismos dentro de la estructura social o a políticas implícitas de funcionamiento. Asimismo, un enfoque criminal que solo tome en cuenta a los individuos dentro de las personas jurídicas olvida lo complejas

Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations, 27 *Yale Journal of International Law*, No. 1 (2002).

- 12 La Corte Constitucional ha sido enfática en que es posible que las personas jurídicas sean responsables penalmente. Sin embargo, al parecer el legislador no ha sido muy diligente en la configuración de estos tipos penales, ya sea porque su redacción es confusa, porque crea tipos penales en blanco o porque lo que en principio se presenta como responsabilidad penal de la persona jurídica termina siendo el establecimiento de la responsabilidad de las personas naturales de alto rango en su interior. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-320 de 1998, 30 de junio de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-559 de 1999, 4 de agosto de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-843 de 1999, 27 de octubre de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Ley 1448 del 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio del 2011. D.O. No. 48096. Artículo 46. Lina María Céspedes-Báez, op. cit.
- 13 La Corte Constitucional ha considerado que la cancelación de la personería jurídica de las sociedades envueltas en la comisión de delitos no es más que una medida cautelar que no tiene carácter punitivo. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-558 del 2004, 1º de junio de 2004. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Para el momento en que se escribió este artículo, no había habido pronunciamiento sobre el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 (nuevo Código de Procedimiento Penal), en el que se establece la sanción de suspensión y cancelación de la personería jurídica en términos similares.
- 14 Por ejemplo, los delitos relacionados con el sistema financiero contemplados en el Título X, Capítulo II, del Código Penal.

que pueden ser estas estructuras y la facilidad con que la responsabilidad puede ser diluida dentro de estas, en especial cuando se trata de multinacionales o transnacionales con agencias, sucursales y filiales en varios países¹⁵. De esta manera, la capacidad del derecho penal de ser un instrumento disuasivo y retributivo disminuye considerablemente, pues la identificación de las personas naturales responsables será más complicada entre más grande y sofisticada sea la estructura social, y las políticas explícitas o implícitas de las empresas no podrán ser fácilmente desestimuladas.

En cuanto a la responsabilidad civil de las personas jurídicas por el hecho ilícito, se puede observar que la Corte Suprema de Justicia ha configurado una línea jurisprudencial fuerte que ha dado preeminencia a su responsabilidad directa desde la década del sesenta. A pesar de ello, la jurisdicción civil ha sido poco utilizada para tramitar la reparación de daños propios del conflicto armado interno o derivados de la violación grave del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Como ya se explicara en un artículo anterior, los activistas en Colombia, las ONG y el mismo Estado han privilegiado el uso de la jurisdicción penal o contencioso-administrativa a través de sus estrategias de litigio y de reforma, respectivamente¹⁶. Si bien este fenómeno puede ser analizado desde ángulos diversos, baste por el momento decir que existen barreras míticas y reales alrededor del uso de la jurisdicción civil para tramitar estos conflictos.

Dentro de las primeras, algunos activistas arguyen que los procesos que se ventilan ante los estrados civiles no promueven reformas legales, cambios en la política pública y que no se prestan para el litigio estratégico. Adicionalmente, argumentan que este tipo de procedimientos privatizan el daño y se basan en tareas o

15 “[C]orporate crime cannot always be reduced to an individual actor. (...) individual actors in a corporate structure may commonly contribute to collective decision-making processes, without a full consciousness of the totality of that process. In this sense, no single individual may properly embody a corporate decision and its outcomes. (...) Even where the conduct (...) might be reducible to an individual (...) features such as the commonly opaque nature of accountability within the corporate structures, the expendability of individuals, the practice of corporate separation of those responsible for past violations and those responsible for preventing future offenses, as well as the safe harboring within the corporations of individual suspects, can all contribute to the difficulty of locating individual wrongdoers, as well undermining any deterrent value of prosecution”. Joanna Kyriakakis, *Australian Prosecutions of Corporations for International Crimes. The Potential of the Commonwealth Criminal Code*, 5 *Journal of International Criminal Justice*, 824-825 (2007).

16 Lina María Céspedes-Báez, op. cit.

cargas probatorias más complejas para las víctimas. Dentro de los segundos, es pertinente anotar que la jurisdicción civil colombiana parece ser más proclive al formalismo, no otorga daños punitivos y que la ausencia de tradición de litigio *pro bono* en el país ha constituido una barrera casi infranqueable para llevar a cabo litigios altamente especializados.

La combinación de mitos y realidades ha significado que los procesos civiles sean poco estudiados como una alternativa para reparar los daños producidos por el conflicto, mucho menos para determinar la responsabilidad que le cabe a las personas jurídicas en este contexto. Tal y como lo estableciera el *Caleidoscopio de la Justicia* hace una década, la justicia civil colombiana sigue siendo un terreno monopolizado por unos cuantos usuarios, tales como los bancos, que se pueden permitir litigios excesivamente largos por su fluidez de caja y la expectativa de que les sean reconocidas grandes indemnizaciones o la adjudicación de bienes costosos¹⁷. Si bien la Rama Judicial no cuenta con cifras que den cuenta de este fenómeno y que el estudio llevado a cabo por el *Caleidoscopio* no ha sido actualizado, basta acercarse a los juzgados civiles de las principales ciudades del país y leer en los libros y en las notificaciones quiénes son los principales demandantes para corroborar esta realidad¹⁸.

Aunque esta situación no puede ser alterada únicamente con un estudio académico sobre las potencialidades doctrinarias y jurisprudenciales del régimen de responsabilidad civil por el hecho ilícito de las personas jurídicas, un análisis como este sí podría alentar reformas menores que permitan sacar provecho de una larga tradición civilista en la materia. Un estudio como el que propone este artículo tiene, entonces, finalidades prácticas, en la medida en que pretende alentar la apertura de nuevos espacios en los que se puedan tramitar los daños producidos por el conflicto armado, así como precisar de qué manera la conexión entre personas jurídicas y violaciones de derechos humanos puede encontrar allí un terreno

17 Ver César Rodríguez, *Justicia Civil y de Familia*, en *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, I, 547-614 (Boaventura De Sousa Santos y Mauricio García Villegas, Eds., Universidad de Los Andes, Bogotá, 2004).

18 Ver Mauricio García Villegas. *Los tres rasgos de la justicia democrática*. El Espectador. Febrero 3 del 2009. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-324700-los-tres-rasgos-de-justicia-democratica>

fértil. Esto es de especial importancia, si se tiene en mente lo sucedido recientemente con el caso Mampuján¹⁹, o con la negativa de un fiscal especializado de seguir adelante con la investigación en el caso de Chiquita Brands en Colombia²⁰, y con la implementación de la Ley de Víctimas, la cual seguramente va a requerir un gran esfuerzo financiero del Estado.

II. RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL: UNA RELACIÓN DIFÍCIL

La responsabilidad civil es una forma más de tramitar los conflictos sociales. Se basa en el reconocimiento de que los hechos contrarios a derecho, conocidos como hechos ilícitos, generan como consecuencia una obligación de indemnizar los daños producidos a terceros en cabeza de quien se ha comportado en contravía al ordenamiento jurídico²¹. Un mismo hecho ilícito puede generar diversos tipos de responsabilidad, dependiendo de los bienes jurídicos tutelados²². Se ha dicho, entonces, que el objetivo perseguido por el derecho penal es la seguridad de la sociedad, mientras que el del derecho civil, a través de la responsabilidad civil, es el de restablecer el equilibrio

19 “Siguiendo la tradición Penal Colombiana en el sentido que no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considera la Sala que si sería adecuada la imposición de un impuesto especial que grabara esas sociedades, empresas, etc. que en las contabilidades aportadas por los postulados desmovilizados o en sus versiones libres aparezcan como financiadores o promotores de dichos grupos armados a que se refiere la Ley 975. [...] Por esta razón, a pesar de no tener la competencia para ello, la Sala considera importante recomendar al Congreso de la República la atenta consideración del establecimiento de este impuesto especial para financiar, al menos parcialmente, la partida presupuestaria del Fondo de Reparaciones para Víctimas”. En: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Radicación 110016000253200680077, 29 de junio de 2010. Magistrada ponente: Uldi Teresa Jiménez López.

20 *Las cosas que no vio el fiscal que precluyó la investigación de Chiquita Brands*. Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/las-cosas-que-no-vio-el-fiscal-que-precluyo-la-investigacion-de-chiquita-brands-32405> (29 de marzo del 2012). *El Ex “Para” Raúl Hasbún protesta por preclusión a favor de bananeros*. Disponible en: http://www.verdadabierta.com/index.php?option=com_content&id=3952 (27 de marzo del 2012).

21 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, I, 5-10 (Legis, Bogotá, 2010).

22 “Así, un conductor embriagado que atropella y mata a un peatón podrá ser condenado a una pena por homicidio culposo (responsabilidad penal) y al pago de una indemnización a los familiares de la víctima (responsabilidad civil). Es pertinente aclarar que no todo hecho ilícito que genera responsabilidad civil va a generar siempre responsabilidad penal. Esto se debe a que el ilícito civil es mucho más amplio que el penal, en la medida en que en este último la determinación de la culpa y el dolo es esencial, mientras que en el primero se aceptan casos en que la responsabilidad se puede establecer objetivamente, es decir, sin reproche subjetivo a la conducta. Asimismo, el catálogo de delitos es taxativo, lo que hace que los ilícitos penales sean un universo cerrado de conductas, mientras que lo que existe en el derecho civil es una formulación amplia y general de lo que genera responsabilidad civil”. Javier Tamayo Jaramillo, op. cit., 12-38.

patrimonial de los particulares, afectado por la ocurrencia de un daño.

Sin embargo, esta división tajante entre responsabilidad civil por el hecho ilícito y la responsabilidad penal, así como la clara distinción de sus funciones, ha venido siendo revaluada desde mediados del siglo XX, en especial por los representantes de la corriente del Análisis Económico del Derecho. En efecto, esta escuela de pensamiento ha demostrado que el derecho civil no es una simple herramienta para componer litigios entre particulares, sino que cumple funciones sociales amplias que rebasan la relación contractual o extracontractual de los directamente implicados en la situación de responsabilidad. En pocas palabras, la regulación de la responsabilidad civil no privatiza el daño, como lo suponen algunos activistas y litigantes en derechos humanos, sino que cumple una serie de funciones destacadas en la regulación económica y el diseño de política públicas²³. Esto quiere decir que la compensación de los daños es solo una de las tantas funciones de la responsabilidad civil.

Asimismo, se ha señalado que la responsabilidad civil puede ser un mecanismo disuasivo para que los particulares tomen especiales consideraciones de seguridad y prevención, para distribuir los riesgos de ciertas actividades de manera justa y eficiente a quien está mejor situado para evitarlos, mitigarlos y asumirlos, y una manera de hacer un reproche moral respecto a los comportamientos prohibidos por el ordenamiento²⁴. Esto significa que las reformas legislativas en esta área y la jurisprudencia que desarrolla los contenidos propios de este campo tienen la capacidad de producir grandes avances o retrocesos en la cuestión, cruciales para la política económica y social de un país. La regulación de la responsabilidad civil puede desestimular conductas de agentes económicos, tales como las empresas, puede alentar dinámicas sanas de prevención y

23 “*This application of human rights in states’ basic laws to private actors is spoken of as a situation of ‘horizontality’. By and large, international human rights law has neither led nor tracked this movement towards horizontality and has been content to leave the regulation of corporate harms to the indirect responsibility of states*”. Craig Scott, *Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms, en Torture as a Tort*, 48 (Craig Scott, Ed., Hart Publishing, United States of America, 2001).

24 María Josefina Tavano, *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, 130-166 (Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011).

asunción de riesgos, y generar reproches sociales que no se limiten al campo de lo jurídico²⁵.

Ahora, el que un conflicto desatado por un hecho ilícito, que da pie tanto a responsabilidad civil como penal, sea tramitado por una u otra jurisdicción va a depender de muchas variables. Entre ellas se puede destacar la dificultad probatoria, la accesibilidad de las jurisdicciones en términos de conocimiento y riesgos financieros, los incentivos que ofrezca el Estado tanto para demandantes como demandados, la percepción que tenga la sociedad civil de una y otra jurisdicción, entre otros. Esto demuestra que el mismo Estado puede estimular o desestimular el uso de una jurisdicción u otra por medio de reformas directa o indirectamente dirigidas a este propósito, por efectos colaterales de estas, o por simple descuido o desconocimiento²⁶.

Las violaciones a los derechos humanos son hechos ilícitos que generan responsabilidad penal y civil en caso de que se hayan producido daños a terceros. Tanto el Estado colombiano como los activistas y litigantes de derechos humanos, han preferido ventilar estos casos ante la jurisdicción penal. Por un lado, el Estado ha entendido que una de las mejores herramientas de justicia transicional tiene su sede en el área del derecho penal, por cuanto los beneficios penales, tales como rebaja de penas, se han mostrado como instrumentos útiles de negociación a la hora de propiciar desmovilizaciones. En lo que atañe a los activistas y litigantes, su predilección por esta jurisdicción puede ser explicada en términos de ventajas en materia probatoria y de símbolos relacionados con

25 Uno de los casos más exitosos en materia de promoción de cambios sociales a través del litigio en derecho civil es la experiencia de Estados Unidos de América. Al respecto, se anota que “[c]ivil litigation in the United States, however, has long been used as a means of promoting social reform (...) This may explain in part why U.S. lawyers and activists gravitate towards civil lawsuits for human rights violations: such litigation is an important part of our legal culture. Twenty-five years ago, Professor Chayes labeled such cases ‘public law litigation,’ stressing that these cases do not focus solely on private disputes, but aim as well at ‘the vindication of constitutional or statutory policies.’ Indeed, in some public interest cases, ‘the subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of public policy.’ In the United States, we are generally comfortable with the concept that lawsuits seek remedies designed with an eye to the future. The goal of prospective relief supplants or complements the redress of past grievances”. Beth Stephens, *Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, 27 *Yale Journal of International Law*, No.1, 13 (2002).

26 Ver Robert Cooter & Thomas Ulen, *Derecho y economía*, 473-542 (Fondo de Cultura Económica, México, 2002). Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, 516-557 (Fondo de Cultura Económica, México, 2000).

la misma teleología del proceso penal. Estas dos razones están íntimamente relacionadas y su base común descansa en la noción de que el Estado es el directo responsable del proceso penal como juez, investigador y representante de la sociedad, que en su conjunto se ve agraviada por el ilícito. De esta manera, el Estado no solo oye y juzga, sino que prepara el caso, para lo cual cuenta con organismos especializados para recabar las pruebas, tales como el Instituto de Medicina Legal o el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación. Asimismo, el Estado es el responsable de adelantar el proceso, de impulsarlo y de llevarlo a término. Así, el proceso penal es la materialización de la obligación del Estado de investigar y juzgar delitos, es la muestra tangible del repudio de la sociedad y la concreción de la pena vergonzante de la pérdida de la libertad. Aunado a lo anterior, el proceso penal se presenta como un escenario judicial totalizador y expedito, por cuanto en el desarrollo de este es posible determinar la responsabilidad civil derivada del daño provocado por el hecho ilícito²⁷.

Es cierto que todo lo atrás anotado puede ser considerado una ventaja; sin embargo, si se le mira en detalle, los supuestos aspectos positivos del proceso penal terminan siendo una forma de limitar la eficacia de los derechos en lo atinente a la reparación del daño. No en vano varios doctrinantes han hecho un llamado por la total separación de las dos responsabilidades²⁸. Primero, la actividad probatoria del Estado está encaminada a probar el *mens rea* requerido para la adecuación típica, el cual puede o no coincidir con el estado mental requerido para la responsabilidad civil. Basta pensar en una serie de homicidios que conllevan a la extinción de una etnia, el cual requiere la demostración del dolo en la intención de destrucción total o parcial del grupo para que sea considerado genocidio. Si los cargos elevados por el ente investigador están basados en ese tipo penal, lo más probable es que sus esfuerzos probatorios estén encaminados única y exclusivamente a la determinación del dolo,

27 Ver, Ley 600 de 2000, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Julio 24 del 2000. D.O. 44097. Artículos 25 y 45-59. Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 del 2004. Agosto 31 del 2004 (Colombia). Artículos 101 a 108.

28 Uno de los temas más espinosos en esta relación entre responsabilidad civil y penal se da en sede de los efectos de la cosa juzgada penal en el proceso civil. Para ahondar en este tema ver Javier Tamayo Jaramillo, op. cit., Tomo I, 25; Tomo II, 175-198. Vicente Emilio Gaviria Londoño, *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, 102-140 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011).

lo cual dejaría de lado la negligencia o culpa, factor de atribución que bien podría abrirle la puerta a la determinación de la responsabilidad civil del mismo individuo por los mismos hechos, aunque estos no hayan alcanzado el grado de genocidio.

Segundo, el proceso penal no es el único mecanismo por medio del cual el Estado hace frente a la impunidad y la sociedad demuestra el repudio que le merecen ciertos actos. En general, todos los procesos judiciales sirven a estos propósitos, sobre todo porque detrás de cada sentencia hay una valoración previa que se le ha hecho al acto en abstracto por medio de una norma jurídica. El proceso penal se ha convertido en el único símbolo de estos valores, quizá porque frente a escenarios de violaciones masivas de derechos humanos la jurisdicción penal ha sido entendida como la más adecuada para reparar a la sociedad afrentada. Sin embargo, hoy en día esta noción ha entrado en crisis debido a que la persecución y juzgamiento del ilícito penal debe ser acompañada de la reparación de la víctima. En otras palabras, el ilícito penal dejó de ser entendido como una simple afrenta al Estado o a la sociedad, la cual es solucionada con la pena, y ha dado paso a una comprensión que incluye a la víctima y el daño por ella soportada²⁹. Es en este escenario que la determinación de la responsabilidad civil tiene sentido y encuentra todo su potencial material simbólico, porque es una de las maneras más efectivas de reparar el daño consecuencia del hecho ilícito³⁰.

Finalmente, unas anotaciones sobre el proceso penal como totalizador y expedito. Aunque la ley colombiana permite ventilar las controversias civiles derivadas del delito en sede del proceso penal, en la práctica la relación entre responsabilidad penal y civil es más difícil de lo que parece. Para comenzar es bueno aclarar que la víctima puede optar por el proceso penal o por el civil para lograr la indemnización de los daños que le ocasionaron con el hecho ilícito. Sin embargo, una vez se escoge el proceso penal, ya no se puede acudir a la jurisdicción civil cuando exista identidad de partes, causas y objetos. Lo propio ocurre a la inversa³¹. Además,

29 Ver Douglas E. Beloof, Paul G. Cassell & Steven J. Twist, *Victims in Criminal Procedure* (Carolina Academic Press, United States of America, 2010).

30 Ver Vicente Emilio Gaviria Londoño, op. cit.

31 Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 1998, 18 de noviembre 18 de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

hay que reconocer que la mayoría de los fiscales y jueces penales no son expertos en responsabilidad civil, lo cual dificulta la determinación de esta responsabilidad cuando la misma se sale de los esquemas de la culpa y el dolo, por ejemplo, cuando es posible imputarle al individuo responsabilidad por riesgo. Esto se ha traducido en la práctica en jueces penales que ordenan indemnizaciones de perjuicios sin analizar la entidad del daño o que simplemente ante la sentencia absolutoria desechan de plano la posibilidad de que exista responsabilidad civil, posición que ha sido avalada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³².

Esta disyuntiva entre escoger el proceso penal o el civil no existe en el derecho colombiano cuando se trata de perseguir a las personas jurídicas: solo cuando de perseguir a sus funcionarios se refiere. Sin ahondar en las razones que ha tenido el legislador para bloquear el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que sí vale la pena aclarar es que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya existe una aceptación de que una es la responsabilidad de los funcionarios en el delito y otra la de la persona jurídica. En este aspecto vale la pena resaltar la argumentación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-674/98, en la que se indicó que la persona jurídica no es una simple estructura sin voluntad que agrupa personas naturales, sino todo lo contrario, es un sistema complejo que es capaz de emitir declaraciones de voluntad y de actuar en el sentido jurídico del término. Bajo esta lógica, la persona jurídica es capaz de generar efectos jurídicos que le son imputables a esta y no a las personas naturales que hacen parte de ella³³. Lo

32 *"En este sentido, nadie discute en el momento actual que en altísimos porcentajes, por no decir que en todos los casos, los procesos penales que se tramitan en el país, cuando terminan con una sentencia penal condenatoria, tienen como lógico corolario la condenación civil, decisión esta que se adopta, por lo general, sin analizar y precisar qué clase de responsabilidad civil era la que constituía materia de discusión y prueba; sin determinar si los extremos en que se funda esa clase de responsabilidad se reúnan o no en el caso concreto; sin analizar, en fin, si era procedente o no un pronunciamiento condenatorio con miras a una indemnización de perjuicios, frente a un caso donde no se había probado la ocurrencia de un daño. (...)"*

"En el mismo sentido, y bajo esta particularísima forma de administrar justicia y de resolver la responsabilidad civil al interior del proceso penal, en la mayoría de los casos la absolución civil no depende de que, por ejemplo, se haya demostrado culpa de la víctima o de un tercero, o de que no se haya podido establecer el nexo de causalidad entre el dolo o la culpa y el daño, sino de que la sentencia penal sea absolutoria (...)", Vicente Emilio Gaviria Londoño, op. cit., 103. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 20489; 10 de agosto del 2005. Magistrado ponente: Germán Galán Castellanos.

33 *"La persona jurídica no es un simple receptáculo formal de acciones u omisiones. La ley recurre a la personificación jurídica con el objeto de satisfacer específicas necesidades de organización y*

dicho por la Corte está en perfecta consonancia con lo expresado por Kyriakakis (ver nota al pie número 15), cuando explica que la mayoría de las veces los delitos cometidos por las personas jurídicas no pueden ser reducidos a una sola persona natural, precisamente porque la estructura societaria está pensada para no depender de una sola persona, asignar funciones específicas a los funcionarios y diluir la responsabilidad dentro del cuerpo social.

A pesar de que no existe la disyuntiva, sí existe una problemática cuando la jurisdicción penal se enfrenta a delitos cometidos a través de estructuras sociales. Como se vio anteriormente, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que es necesario que el juez penal encuentre probada la conducta punible para poder entrar a determinar la responsabilidad civil, es decir, sin sentencia condenatoria no hay examen de las consecuencias civiles del hecho ilícito. Como existe un vacío en la regulación penal, por el momento las personas jurídicas no podrán ser procesadas por violaciones a los derechos humanos, solo ciertos funcionarios de alto rango. Así, la determinación de la responsabilidad civil por el hecho ilícito en este escenario dependerá de que se pueda atribuir responsabilidad penal a una persona natural dentro de la persona jurídica. Como ya se anotó, los delitos cometidos a través de estructuras sociales son de difícil atribución a personas naturales, dadas las características de la estructura social. Sin sentencia condenatoria penal de un funcionario de alto rango, la responsabilidad civil de la persona

expresión de la acción colectiva orientada a la consecución estable de fines lícitos. Si se examina con detenimiento el régimen jurídico que hace posible introducir este actor de la vida social, se concluye que está dotado de instrumentos y mecanismos prudenciales para controlar, dentro del campo en el que despliega su objeto, las acciones y omisiones, que le pueden ser genéricamente imputadas, según sus consecuencias. En realidad, lo contrario no lo haría apto como sujeto de derecho. No siempre la evitación del comportamiento prohibido debe recaer únicamente en las personas físicas que fungen como gestores del ente o limitarse la responsabilidad consiguiente al resarcimiento de los daños causados por un tercero. A las personas jurídicas el ordenamiento suministra órganos y medios para establecer su dominio - control - inclusive sobre los actos y omisiones que violen la Ley. No enfrenta la persona jurídica, por el simple hecho de tener esta naturaleza, la circunstancia ineluctable de no poder prevenir ni reaccionar ante las acciones u omisiones con capacidad para destruir bienes y valores sociales supremos. Las fallas que en este sentido se presenten - no obstante la existencia de medios, órganos y mecanismos legales y estatutarios idóneos jurídicamente para deliberar, decidir, reaccionar y corregir los distintos cursos de la acción social -, pueden ser tenidos en cuenta por el legislador para asignar, cuando ello sea posible, responsabilidad penal al mismo ente societario, sin perjuicio de su responsabilidad patrimonial y de la responsabilidad también penal que se pueda deducir a sus gestores". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 1998, 18 de noviembre de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

jurídica nunca será objeto de estudio y si las víctimas ya escogieron este camino, con bastantes dificultades podrán después acudir a la jurisdicción civil para que su caso sea oído, entre ellas demostrar que no ha ocurrido la prescripción de la acción y la cosa juzgada en materia de responsabilidad civil.

Este panorama deja entrever que las relaciones entre responsabilidad penal y civil no son del todo claras y fáciles. Esta dificultad aumenta en el caso de las personas jurídicas que cometen violaciones de derechos humanos que constituyen delitos, ante el vacío en la regulación penal colombiana. Por estas razones, el camino más sólido y prometedor para develar la contribución de las personas jurídicas al conflicto armado en Colombia parece ser una utilización estratégica de la jurisdicción civil a través de acciones de responsabilidad civil basadas en el factor de atribución por actividades peligrosas.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO ILÍCITO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En líneas generales, para determinar la responsabilidad civil de una persona natural o jurídica, es menester contar con (i) una conducta por acción u omisión del demandado, (ii) un perjuicio o daño en cabeza del demandante y (iii) un nexo de causalidad jurídica entre la conducta del demandado y el daño causado al demandante. Aunque el tema de si es necesaria la culpa para imputar responsabilidad civil no puede ser abordado en este documento por desbordar su objeto, baste decir que en los sistemas jurídicos influidos por los principios cristianos, tales como el colombiano, la culpa es considerada un requisito esencial, por lo menos desde el punto de vista teórico³⁴. Así, tanto la jurisprudencia como el legislador han ido consagrando supuestos en donde la culpa no es requerida o se entiende probada, siendo uno de ellos el de las actividades peligrosas, lo que ha significado una ventaja probatoria para las víctimas del hecho dañino³⁵.

34 “Sin embargo, algunas miradas sobre la responsabilidad civil desde el enfoque del análisis económico del derecho tienden a ver en la responsabilidad subjetiva o con culpa algo más que un rezago del pensamiento cristiano. De hecho, tienden a verla como un avance en la determinación de las causas de los fenómenos naturales y humanos”. Ver María Josefina Tavano, op. cit., 142.

35 Para adentrarse en este debate se recomienda la lectura de los siguientes artículos: Fabricio

Paradójicamente, uno de los temas que más genera controversia en la actualidad en el derecho penal fue debatido y superado hace ya bastantes años en el derecho civil: si la persona jurídica era directamente responsable o si lo era indirectamente por el actuar de sus funcionarios. Esta pregunta parece obvia, primero, porque el Código Civil colombiano, en su artículo 2347, establece que toda persona es responsable de sus propias acciones y de las que están bajo su cuidado; segundo, porque la responsabilidad tiene como base la conducta de una persona y las personas jurídicas no pueden actuar por sí mismas sino a través de las personas naturales que la componen. No obstante, desde un punto de vista jurídico, la personalidad jurídica es más que la suma de los individuos que la componen, razón por la cual la doctrina desde principios del siglo XIX comenzó a discutir cuál era la naturaleza jurídica de este tipo de personas. Más allá de las distintas teorías que pretendieron y aún hoy pretenden explicar este fenómeno, lo cierto es que hoy en día la jurisprudencia y la doctrina civil reconocen que las personas jurídicas no son agregaciones de individuos y que su actuar es independiente de los mismos, eso quiere decir que pueden ser responsables directamente de sus actuaciones³⁶.

Desde 1898, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha considerado que las normas del Código Civil en materia de responsabilidad son aplicables a las personas jurídicas, a pesar de que las mismas parecen estar redactadas exclusivamente para las personas naturales. Sin embargo, la misma Corte consideró en su momento que la responsabilidad de las personas jurídicas solo podía entenderse como indirecta, por cuanto era necesaria la falta personal

Mantilla Espinosa & Carlos Pizarro Wilson, *La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y aplique después*, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al Profesor Javier Tamayo Jaramillo*, I, 331-380 (autores varios, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011). Obdulio Velásquez Posada, *La responsabilidad objetiva por actividades peligrosas: un viejo debate, nuevos horizontes. Revisión de la novísima jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 2009 y 2010*, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al Profesor Javier Tamayo Jaramillo*, I, 381-425 (autores varios, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011). Luis Felipe Botero Aristizábal, *El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano: ¿es necesario una relectura del artículo 2356 del Código Civil?*, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al Profesor Javier Tamayo Jaramillo*, I, 427-451 (autores varios, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011).

- 36 Para ahondar en los debates alrededor de la persona jurídica, ver Carlos Fernández Sessarego, *Naturaleza tridimensional de la personas jurídicas*, "Derecho PUC", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, No. 52 (1999).

del empleado³⁷. Eso implicaba que la falta de la persona jurídica radicaba en la mala elección o vigilancia del empleado (*in eligendo* o *in vigilando*) y no en el acto directo que causó el hecho ilícito. De esta manera, la persona jurídica podía demostrar su ausencia de responsabilidad probando la ausencia de culpa en la elección o la vigilancia.

Para 1944 la Corte matizó esta aproximación y se apropió de la teoría organicista. Por medio de esta aproximación teórica, precisó que solo aquellos funcionarios que contaran con la facultad de representar a la persona jurídica podían comprometer directamente su responsabilidad. Las actuaciones de los demás empleados siguieron siendo analizadas a la luz de la responsabilidad indirecta³⁸.

En 1962, el magistrado José J. Gómez analizó los problemas que la aplicación de la teoría organicista estaba ocasionando y sentó las bases para la responsabilidad directa de las personas jurídicas, que aún hoy se mantienen en el país. La sentencia hizo énfasis en dos aspectos: (i) la falta de razón y utilidad jurídicas para distinguir entre agentes con y sin representación jurídica, pues todos ellos contribuyen al logro del fin social sin importar su posición; y (ii) la necesidad de abandonar la separación entre la persona jurídica y el empleado en materia de responsabilidad civil, por cuanto hay una coexistencia entre la persona jurídica y sus agentes que no se puede desconocer y que se realiza a través de la incorporación de estos en aquella para la persecución de los fines sociales a través de ese todo indivisible.

El cambio de aproximación a la responsabilidad civil de las personas jurídicas no es un simple ejercicio teórico, sino que tiene consecuencias prácticas y simbólicas puntuales. Para comenzar, las causales de exoneración cambian radicalmente de un escenario a otro. En el caso de la responsabilidad directa, una vez demostrada la culpa del funcionario, la única forma de evitar un reproche es demostrando que intervino alguna causa extraña, por ejemplo el hecho de la víctima o de un tercero, o que algunos de los presuntos de la responsabilidad no existió, como sería el caso de la

37 Alberto Zuleta Londoño, *La responsabilidad civil extracontractual, contractual y precontractual de las personas jurídicas*, en *Derecho de las obligaciones*, II, vol. 1, 285-286 (Marcela Castro de Cifuentes, Coord., Universidad de los Andes, Bogotá, 2010).

38 *Ibidem*, 286-287.

ausencia de nexo causal. Todo esto se explica porque la culpa del funcionario es la de la persona jurídica. A contrario sensu, en la responsabilidad indirecta las causales de exoneración de la persona jurídica aumentan, en la medida en que la culpa del funcionario no se equipara a su culpa, razón por la que su reproche podría ser evitado además a través de la prueba de la diligencia en elección o en la vigilancia de su empleado. De la misma manera, el reconocimiento de que la persona jurídica es más que la suma de las personas naturales permite analizar las actuaciones de esta estructura en su real dimensión, esto es, como una serie de políticas y acciones que rebasan a los individuos y que tienen lógicas propias que superan los objetivos personales de sus funcionarios.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: PASAR DEL DICHO AL HECHO POR MEDIO DE LA DOCTRINA DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS³⁹

Se ha dicho que la responsabilidad civil colombiana es por regla general culpabilista. Esto quiere decir que para poder atribuir la conducta a una determinada persona natural o jurídica no solo se debe establecer la conducta, el daño y el nexo causal, sino el actuar culposo del agente como factor de imputación de la conducta, es decir su dolo o su negligencia. Esta regla general encuentra excepciones, por ejemplo, en creaciones jurisprudenciales colombianas que han diseñado distintos factores de imputación tales como las del riesgo creado y las actividades peligrosas, en las que la determinación del dolo o la negligencia pasa a segundo plano, ya sea porque exista una responsabilidad objetiva o una presunción de culpa⁴⁰.

39 El doctor Javier Tamayo Jaramillo ha sido uno de los estudiosos más destacados en este tema. Por esa razón, los apuntes doctrinales y jurisprudenciales sobre las actividades peligrosas provienen en su mayoría de su obra *De la responsabilidad civil*. Cuando ello no sea así, se anotará a pie de página la fuente.

40 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana se ha debatido entre considerar si en la responsabilidad por actividades peligrosas existe una responsabilidad objetiva o una presunción de culpa, e incluso algunos hablan de una presunción de responsabilidad. A pesar de estos debates teóricos, el resultado es el mismo: a la víctima se le releva de la prueba del dolo o la negligencia del agente dañino. Para ahondar en este debate, ver las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01, 24 de agosto del 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 4700131030032005-00611-01, 26

Lo expuesto se traduce en que las cargas probatorias varían dependiendo de qué factor de imputación sea el escogido para determinar la responsabilidad. Así, se sabe que la responsabilidad por culpa establece una tarea probatoria más exigente para la víctima, en la medida en que debe comprobar la negligencia o el dolo del agente dañino, mientras que cuando se asumen otros factores de imputación, como en el caso de las actividades peligrosas, la carga probatoria disminuye por obra de una serie de presunciones. Estas distinciones son esenciales, no solo porque aumentan o alivianan la tarea probatoria, sino porque dependiendo de qué factor de imputación se le asigne a una actividad específica, se pueden observar efectos disuasivos de la misma, o que impulsan a la adquisición de seguros o de medidas de análisis del riesgo, entre otros⁴¹. Uno de los principales problemas que suscitan los casos en los que se ven implicadas personas jurídicas tiene que ver con la dificultad de comprensión de las operaciones de dicha estructura y, por tanto, con la consecución de las pruebas. En esta línea de análisis la responsabilidad civil por actividades peligrosas cobra especial importancia, por cuanto su desarrollo estuvo impulsado, entre otros muchos factores, por el reconocimiento de que en ciertos eventos la identificación y presentación de las pruebas en el proceso judicial por parte de la víctima puede ser difícil o, en algunas ocasiones, imposible⁴².

La noción de actividades peligrosas ha sido el fruto de una evolución jurisprudencial que comenzó en 1938 en la Corte Suprema de Justicia colombiana. Esta teoría encuentra su fundamento legal en el artículo 2356 del Código Civil, en el cual se lee que “*por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de*

de agosto del 2010. Magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

41 Para realizar este análisis, vale la pena recordar que los procesos civiles son rogados, que el debate probatorio puede cambiar significativamente dependiendo del factor de atribución escogido, que las operaciones de las estructuras sociales son complejas y que la mayoría de las veces las víctimas se encuentran en una desventaja económica y teórica frente a estas.

42 Para ahondar en los diversos fundamentos de la responsabilidad por actividades peligrosas se recomienda la lectura de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil proferida el 24 de agosto del 2009, con ponencia de William Namén Vargas. Este fallo además de realizar un encomiable aunque infructuoso esfuerzo por adoptar la teoría del riesgo creado como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, lleva a cabo un recuento exhaustivo y riguroso de la jurisprudencia sobre este asunto. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01, 24 de agosto 24 del 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas.

otra persona, debe ser reparado por esta". Asimismo, su inspiración doctrinaria puede ser identificada en los trabajos de Ripert, quien consideraba que la responsabilidad por el hecho de las cosas tenía su fundamento en la peligrosidad de las mismas, y de allí que el artículo 1384 del Código de Napoleón consagrara este tipo de responsabilidad⁴³. Sin embargo, es preciso anotar desde ya que el concepto de actividad peligrosa adoptado en Colombia es mucho más amplio que aquel anotado por Ripert, en la medida en que el artículo 2356 no se limita exclusivamente a aquellas actividades que involucran el uso de cosas, sino que tiene un espectro más amplio que permite encuadrar en su supuesto de hecho una cantidad más amplia y diversa de actividades. Por este motivo, la teoría de las actividades peligrosas constituye una construcción jurisprudencial adecuada para tratar los casos en que las personas jurídicas se ven implicadas en violaciones de derechos humanos.

La teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas es susceptible de ser abordada desde distintos ángulos, lo cual se observa con claridad meridiana al analizar el comportamiento errático que ha desplegado la jurisprudencia al desarrollar este asunto. En efecto, la postura acogida por la Corte ha oscilado entre la culpa presunta, la presunción de responsabilidad y la teoría del riesgo creado, como fundamento de la responsabilidad en cuestión; no obstante, se ha inclinado primordialmente por la primera de tales alternativas⁴⁴. A pesar de que la búsqueda del fundamento de esta teoría no ha sido pacífico, es esencial anotar que dicha tarea ha permanecido estable por lo menos en un objetivo: alivianar la carga probatoria de la víctima, de ahí que sea uno de los caminos más prometedores

43 Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil*, II, 255 (Temis, Bogotá, 1999).

44 Estos cambios de posición pueden rastrearse en las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de diciembre de 1936. Magistrado ponente: Antonio Rocha Alvira. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de marzo 14 de 1938. Magistrado ponente: Ricardo Hinestrosa Daza. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de mayo 18 de 1938. Magistrado ponente: Fulgencio Lequerica Vélez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de noviembre de 1940. Magistrado ponente: Liborio Escallón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de mayo de 1941. Magistrado ponente: Fulgencio Lequerica Vélez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 20 de abril de 1944. Magistrado ponente: Liborio Escallón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de abril de 1947. Magistrado ponente: Hernán Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01, 24 de agosto de 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 4700131030032005-00611-01, 26 de agosto de 2010. Magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

para tramitar los conflictos en los que esta se encuentra en una posición de desventaja manifiesta frente al agente dañino.

Así pues, todo lo anterior indica que el estado actual de la jurisprudencia es el resultado de un enardecido debate jurisprudencial, cuyo principal objetivo es encontrar el sustento que ha de servir de base para la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil por actividades peligrosas. El resultado final de todo ello es la adopción de una perspectiva que tiende principalmente a acoger un sistema de presunciones de culpa para fundar en él la aplicación de la teoría en mención.

Vale la pena anotar que autores de la talla de Javier Tamayo Jaramillo han identificado que el fundamento de la teoría de la Corte no es más que una culpa probada y no una presunción de culpa. No de otra manera podría explicarse que la corporación solo acepte como causal de exoneración la prueba de causa extraña, esto es, probando la concurrencia de caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de un elemento extraño. Por el contrario, si de presunción de culpa se tratara, la Corte debería aceptar la prueba de ausencia de culpa, lo cual en realidad no sucede.

Sin embargo, a pesar de la coherencia y solidez del planteamiento presentado por Tamayo, sería vano e inútil revivir las disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales que al respecto se han suscitado ya que, como este mismo autor lo ha reconocido y como en su oportunidad lo hizo la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1936, por más vehemencia con que los defensores de cada una de estas doctrinas pretendan sustentar la suya, el resultado práctico de la aplicación de una u otra teoría será siempre el mismo. En la práctica se trata de un clásico caso de responsabilidad objetiva, toda vez que en todas aquellas situaciones que involucran responsabilidad por actividades peligrosas, solo se exige a la víctima probar que el daño le fue infligido en razón del desempeño de una actividad peligrosa ejecutada por el demandado.

Efectivamente, *“el ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor”*⁴⁵. En este sentido, dado que la culpa del demandado no es un elemento que deba ser acreditado por la

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 4700131030032005-00611-01, 26 de agosto del 2010. Magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

víctima, independientemente de la postura que se acoja respecto al fundamento axiológico de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, se concluye que el resultado de las teorías subjetiva y objetiva en este ámbito es, para efectos prácticos, siempre el mismo.

El tratamiento que ha dado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al asunto de la responsabilidad por actividades peligrosas es, entonces, el resultado forzoso al que había de arribar frente a las transformaciones que a lo largo de la historia han sufrido los modos de producción. Los avances tecnológicos han traído consigo la proliferación acelerada del riesgo y la aparición de extraordinarios peligros que se muestran amenazantes para la seguridad de los ciudadanos. Es por esto que la adopción de mecanismos como el sistema de presunción de culpabilidad acogido en el ordenamiento jurídico colombiano se ha constituido como un medio adecuado de protección a las víctimas.

Una vez se tiene claro cuáles son los fundamentos de este factor de atribución, es indispensable preguntarse qué es una actividad peligrosa. Ahora bien, antes de analizar en detalle el concepto de actividad peligrosa acuñado por la Corte Suprema de Justicia y los aportes del profesor Tamayo Jaramillo, es pertinente anotar que estas dos aproximaciones son sumamente mecanicistas, pues hablan del rompimiento del equilibrio de fuerzas haciendo énfasis en el aspecto físico o natural de las mismas⁴⁶. Esto puede explicarse por un rezago de la interpretación francesa del artículo 1384 del Código de Napoleón o por los casos concretos que han ido marcando el desarrollo de esta teoría en sede judicial, los cuales en su mayoría han estado relacionados con la manipulación de maquinaria, conducción de energía, transporte, entre otros. Asimismo, esta aproximación de la Corte y del profesor Tamayo responde a una concepción dogmática de la responsabilidad en la que la tarea primordial de este régimen es la reparación del daño a través del

46 El Profesor Tamayo Jaramillo ha establecido al referirse al concepto de actividad peligrosa que hay “una especie de igualdad natural entre los individuos en cuanto a las fuerzas naturales a las que están sometidos y de que están dotados. Por lo tanto, nuestras actividades no serán peligrosas, aunque de hecho creen algún riesgo, a condición de que ellas no sean superiores a la capacidad que tiene el hombre común y corriente para preverlas o resistirlas. En cambio (...) Cuando con nuestras conducta rompemos ese equilibrio de fuerzas, estamos creando una actividad peligrosa”. Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil*, op. cit., 328.

establecimiento de los nexos causales y los factores de atribución. Esta visión supone que el mundo de los hechos es lo suficientemente sencillo como para identificar claramente quién debe reparar el daño debido a la posibilidad de reconocer cadenas de causalidad fácticas. Esto implica un panorama en el que la atribución de causas y consecuencias jurídicas está gobernada por la supuesta simple y siempre posible identificación de nexos causales fácticos. Así, para cada resultado es posible encontrar un agente causante y el ordenamiento jurídico solo recoge en sus normas jurídicas lo que en el mundo de los hechos es evidente.

Esta función de la responsabilidad ha sido revaluada por el análisis económico del derecho en sus diversas vertientes. Dicho enfoque ha hecho énfasis, primero, en que la responsabilidad civil no está basada simplemente en consideraciones de causalidad fáctica y, segundo, en que la función de esta institución no se limita únicamente a reparar el daño. Esta posición tiene su punto de partida en el reconocimiento de que la vida en sociedad entraña peligros y accidentes, muchos de los cuales tienen origen en actividades que son necesarias para el desarrollo económico y social. De esta manera, los representantes de esta escuela señalan que no es suficiente con reparar el daño, es decir, con considerar a la responsabilidad civil como un problema entre víctima y victimario, sino que es indispensable entenderla como una institución que cumple funciones más amplias como la prevención y consecución de ambientes seguros, la eficiencia, la asunción del riesgo creado, la identificación de quién puede prevenir y soportar los accidentes de mejor forma y la justicia⁴⁷.

Una vez se comprende que las funciones de la responsabilidad civil son más amplias, es posible entender que lo que hay detrás de todo análisis de quién debe reparar un daño es más que la identificación fáctica y causal de quién es el agente dañino, es esencialmente una traducción jurídica de hechos que desemboca en una atribución jurídica de consecuencias en derechos y obligaciones. Así, el que un peatón sea atropellado en la calle por un auto no implica per se la consecuencia de que el conductor deba responder por el daño, pues bien podría la sociedad considerar que el peatón por

47 María Josefina Tavano, op. cit., 152-153.

el simple hecho de caminar por calles atestadas de autos debería comprar un seguro, pues la necesidad de transporte en las ciudades contemporáneas hacen de dicha máquina un elemento esencial del desarrollo. Sin embargo, como dicha solución no tiene en cuenta la eficiencia, la prevención, la justicia, ni quién puede asumir mejor el daño, la legislación colombiana, por ejemplo, ha decidido que sea el conductor quien esté obligado a tomar un seguro de daños contra terceros.

Así, lo que deja en claro un enfoque como el análisis económico del derecho es que la comprensión e imputación de los sistemas de responsabilidad que si bien toman como punto de arranque los fenómenos causales, es netamente jurídica y no fáctica, tal y como lo describió Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*⁴⁸. El que una persona sea responsable no depende de las cadenas de causalidad fáctica, sino de las imputaciones jurídicas establecidas por el propio ordenamiento. En consecuencia, aunque los conceptos de actividad peligrosa adelantados por la Corte y por el profesor Tamayo tienen ese dejo mecanicista y fáctico, casi esencialista en el momento de establecer qué se entiende por esta y, por tanto, quién debe responder por el daño, no se debe olvidar que lo que existe detrás de estas conceptualizaciones son fenómenos de atribución jurídica que van más allá de la comprensión de los fenómenos puramente fácticos.

Para el profesor Tamayo el equilibrio de fuerzas existente en la sociedad parece ser la pieza angular del concepto de peligrosidad, ya que, según lo afirma, solo en el momento en que se introducen nuevos elementos en el balance de fuerzas es posible hablar de una actividad peligrosa como tal. Esta aproximación a la noción de actividad peligrosa está basada en que la peligrosidad de una conducta se manifiesta con toda claridad en el momento en que los asociados pierden la capacidad de afrontar de manera efectiva los efectos desencadenados por esa conducta. Por ejemplo, una empresa constructora que se introduce en mitad de una avenida altamente transitada con el propósito de levantar una estructura, trae consigo nuevas fuerzas que el peatón que circula regularmente por esa avenida no estará en condiciones de afrontar de manera eficiente y justa⁴⁹. En esta medida, la empresa estará generando

48 Ver Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 90-91 (Porrúa, México, 2002).

49 Es sabido que todo sistema de responsabilidad civil pretende asignar las consecuencias de

una alteración en el equilibrio de fuerzas existente⁵⁰, ya que si una de las piezas de construcción cae desde una altura considerable, ello constituirá un evento que, según el profesor Tamayo, no podrá ser contrarrestado por el individuo común. Es por esto que en tal caso la actividad desempeñada por la empresa constructora habrá de ser calificada como actividad peligrosa, en tanto generadora de un desequilibrio en el balance de fuerzas existente en el medio en que se introduce.

Es bueno observar que la actividad no es peligrosa en sí, sino que ciertas consideraciones de eficiencia, justicia, asunción del riesgo, prevención y capacidad probatoria de la víctima han llevado a aseverar que, en el caso en comento, el peatón no deberá correr con las consecuencias del daño y que la empresa es quien debe responder por ello. Así, la pérdida de capacidad de los asociados para enfrentar el daño es una *pérdida netamente jurídica* basada en la evaluación de los fines que debe cumplir la responsabilidad civil que se expresa en la imputación jurídica del daño a un agente. En este sentido, la actividad peligrosa es una actividad que desde el punto de vista *jurídico* se entiende como desestabilizadora de los riesgos que comúnmente deben asumir ciertos individuos en la sociedad, por ejemplo, los peatones. Esta noción ha sido, de alguna manera, ilustrada y afianzada a partir de diversos fallos de la Corte Suprema que bien vale la pena analizar.

En Sentencia de 14 de marzo de 1938, con ponencia de Ricardo Hinestrosa Daza, la Corte hizo referencia a algunas actividades industriales que entrañaban en sí mismas gran peligrosidad, tal y como sucede con las operaciones llevadas a cabo por una fábrica de explosivos y con los ferrocarriles. Al respecto, se afirmó que

los daños de una manera eficiente, justa y que propenda por la disminución de los accidentes. Vivir en sociedad implica de por sí estar expuesto a los daños, sin embargo, la pregunta esencial es quién debe afrontarlos. Para poder hacer esa asignación, los criterios deben estar informados por la eficiencia, la justicia y la disuasión que el sistema genere. Si bien el peatón podría asumir el daño que eventualmente se le causara por la caída de un objeto de la construcción, puede que no sea eficiente, ni mucho menos justo, obligarlo a afrontar sus consecuencias, porque implicaría la ruina para él, un aliciente para el descuido de las grandes empresas y, quizá, aliente la necesidad de que cada peatón compre un seguro para llevar a cabo actividades sumamente ordinarias, tales como caminar por una ciudad. Para ahondar en este tema, ver María Josefina Tavano, op. cit.

- 50 Como se puede observar, la evaluación del equilibrio de fuerzas no es un análisis meramente científico, sino más bien es un análisis jurídico en el cual intervienen criterios como la justicia, la eficiencia y atribución del riesgo.

dichas actividades son de aquellas cuya peligrosidad no puede ser eludida por los particulares haciendo uso de la mera prudencia: se trata, entonces, de actividades que por el riesgo que llevan consigo superan las fuerzas de los individuos y, en este sentido, como lo diría Tamayo, implican un desbalance en la proporción de las fuerzas que existe en el esquema social.

Ahora bien, este criterio, que en dicha oportunidad la Corte mencionaría de forma velada y poco evidente, en Sentencia de 18 de mayo de 1938 fue explícitamente manifestado. Se dijo, entonces, que el individuo debe invertir todos sus esfuerzos en evitar que a través de su conducta se llegue a alterar el equilibrio que impera en las relaciones jurídicas que tienen lugar en el marco de una sociedad. De esta suerte, a la luz de lo expuesto, la presunción de culpabilidad consagrada en el Código a propósito de la responsabilidad por actividades peligrosas, tendría como objetivo primordial que las fuerzas introducidas a partir de los procesos de modernización no den lugar a profundos desequilibrios que puedan afectar gravemente el desenvolvimiento de las relaciones en el interior de la sociedad. Esta postura sería reiterada el 31 de mayo de 1938 e igualmente en Sentencia de 18 de abril de 1939.

Finalmente, en 1992 la Corte ofreció un concepto mucho más articulado sobre este tipo de actividades, en el cual se rastrea aún el dejo mecanicista pero a partir del cual esta corporación ha reiterado que el Código Civil no regula expresamente qué es actividad peligrosa y que, por tanto, su entendimiento depende directamente de la tarea jurisprudencial con base en el artículo 2356⁵¹. En esta sentencia de 4 de junio, con ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss se dijo que las actividades peligrosas son aquellas en las que *(...) el hombre, utilizando en sus propias labores, fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y por lo tanto capaces de romper el equilibrio antes existente, coloca a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de que se trate, caracterizada entonces por*

51 Para una mayor comprensión sobre la evolución jurisprudencial del concepto de “actividad peligrosa”, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de marzo de 1938. Magistrado ponente: Ricardo Hinestrosa Daza. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de mayo de 1938. Magistrado ponente: Fulgencio Lequerica Vélez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de mayo de 1938. Magistrado ponente: Liborio Escallón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de abril de 1939. Magistrado ponente: Pedro A. Gómez Naranjo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de junio de 1992. Magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

su peligrosidad, se llevara a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige.

Esta definición se compone de varios elementos que deben ser examinados con el propósito de determinar si es posible adecuar la conducta desplegada por las personas jurídicas a la definición propuesta por la Corte para el concepto de actividad peligrosa. El primer elemento cuya presencia hay que destacar tiene que ver nuevamente con la existencia de fuerzas que tienen la aptitud de romper el equilibrio que con anterioridad a la irrupción de las mismas presidía las relaciones jurídicas. Para ello es importante tener en cuenta cuál es exactamente la situación que las personas jurídicas en zonas de conflicto proponen en un ámbito social específico. Si se examina la conducta desplegada por las personas jurídicas cuando estas se introducen en entornos de violencia desde la perspectiva del criterio expuesto, es posible concluir que, en efecto, las empresas que incursionan en escenarios de conflicto con sus esquemas de operación generan un riesgo bastante alto de producir un gran desequilibrio en el balance de las fuerzas sociales si no están al tanto o no actúan de acuerdo con el contexto de derechos humanos en el que se insertan, ya sea por simple negligencia o dolo. Efectivamente, si se está frente a países o zonas en conflicto, es común que las empresas organicen sus centros de operaciones en medio de poblaciones marginales marcadas por la pobreza, debido precisamente a su objeto social, tal y como sucede con la industria extractiva, en las que la presencia estatal es precaria.

En medios como estos es evidente que la irrupción de una empresa para la cual el Estado ha reservado ciertas prerrogativas y cuya actividad ha de influir notablemente en el escenario en el que se introduce, puede constituir un factor detonante de una serie de acontecimientos que den lugar a que el relativo equilibrio existente en tales poblaciones se vea notablemente alterado. Una ilustración de este fenómeno podría ser lo que ciertas ONG han identificado en el caso de las petroleras canadienses en Colombia. En efecto, la incursión de tales empresas en el medio rural colombiano parece haber sido un factor que contribuyó a exacerbar la violencia de por sí característica de estos sectores, ya que se dice que la irrupción de las mismas dio lugar a que los grupos paramilitares desplegaran todo tipo de conductas represivas para lograr que el ambiente fuese

atractivo para los inversionistas extranjeros⁵². Ahora bien, en muchas oportunidades las personas jurídicas no solo contribuyen al desencadenamiento de mayores niveles de violencia al incursionar en los medios rurales, sino que en algunos casos incluso toman ventaja de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por los actores del conflicto. Por ejemplo, una forma de sacar provecho del conflicto se daría a través de compra de tierras a precios irrisorios debido a los fenómenos de desplazamiento forzado⁵³.

En segundo lugar, la definición de la Corte alude a la inminencia de lesión que implica la actividad en comento, aunque esta se lleve a cabo con toda la pericia y diligencia que ella exige, esto es, sin culpa. Como ya se dijo, la responsabilidad por actividades peligrosas es una institución que se basa en la presunción de culpa o en la culpa probada, dependiendo desde dónde se le observe. Esto acarrea como consecuencia que el agente dañino, en este caso la empresa, no podrá escapar al reproche civil por medio de la prueba de la ausencia de negligencia. Como se dijo anteriormente, la única forma de lograr este resultado es demostrar causales de exoneración que ataquen propiamente la existencia del hecho o del nexo causal.

Por último, cabe destacar con relación al fallo de 1992 un último requisito que, según lo establece la Corte, debe ser satisfecho para que sea posible hablar de actividad peligrosa: la licitud de dicha

52 "Canadian oil investment has a negative impact on the conflict in Colombia. Although I found no 'smoking guns,' in other words no examples of companies directly participating in acts of violence, there is evidence that Canadian oil investment exacerbates conflict. It does this in several ways. First, the discovery of an oil deposit or the construction of a pipeline quickly becomes a new site for armed conflict and puts in jeopardy the physical security of local communities. Second, when Canadian oil companies take advantage of the 'very favourable climate for investment' in Colombia, they are effectively profiting from repression". Scott Pearce, *Fueling War: The Impact of Canadian Oil Investment on the Conflict in Colombia*, 28 (CERLAC York University, Working Paper 1-34, 2002).

53 Sobre este asunto hay que recordar que de acuerdo con lo dispuesto en algunos instrumentos normativos de carácter internacional, el hecho de tomar ventaja de las violaciones perpetradas por los actores del conflicto se ha considerado abiertamente como una forma de complicidad: "The International Council on Human Rights Policy raised the question of complicity in a report published in January 2002 entitled *Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies*. The report stresses that the definition of complicity is at the centre of much international debate and that there are basically four situations in which a company may be accused of complicity with human rights abuses: when it actively assists, directly or indirectly, in human rights violations committed by others, when it is in a joint venture (or similar formal partnership) with a government, and could reasonably foresee (or subsequently obtains knowledge) that the government is likely to commit abuses in carrying out its part of the agreement, when it benefits from human rights violations, even if it does not positively assist or cause the perpetrator to commit the violations, and when it is silent or inactive in the face of human rights violations". Scott Pearce, op. cit., 20.

actividad. La sentencia en cuestión indica que para que una conducta sea constitutiva de actividad peligrosa debe ser de aquellas que, aunque lícitas, entrañan en sí mismas un riesgo que hace que la ocurrencia de un daño se presente como inminente. Llevando este planteamiento al caso objeto del presente análisis se hace evidente que el solo hecho de incursionar en un medio para desarrollar empresa no constituye en modo alguno un hecho impregnado de ilicitud. No obstante, cuando dicha incursión tiene como lugar de destino un escenario marcado por el conflicto, lleva consigo un riesgo si no se realiza con las precauciones necesarias, tal y como ha sido anotado en los Principios.

Ahora bien, pese a lo anterior es preciso anotar que en Sentencia de 25 de octubre de 1999, la Corte fue enfática en afirmar que el carácter de peligro de una actividad no puede quedar sometido exclusivamente a la apreciación discrecional del juzgador, sino que debe ser analizado a la luz de los siguientes criterios objetivos: en primer lugar, es necesario atender a la naturaleza propia de las cosas o de la actividad desplegada; en segundo lugar, a las circunstancias en que la actividad se realiza; y en tercer lugar, hay que analizar el comportamiento de la persona que ejecuta u obtiene beneficios a través de la actividad en lo que concierne a las precauciones adoptadas para evitar que la actividad tachada de peligrosa se materialice de manera efectiva en un daño.

De esta suerte, si se analiza la actividad desplegada por las personas jurídicas a la luz de los criterios así expuestos por la Corte, se desprende como conclusión ineludible que la peligrosidad de tal actividad se encuentra en estrecha relación con las circunstancias que rodean su realización. De esta forma, son las vicisitudes a que da lugar el conflicto armado las que hacen de la incursión y funcionamiento de la empresa en este medio una actividad altamente peligrosa para los pobladores que habitan la región si la persona jurídica desconoce dolosa o negligentemente su situación de derechos humanos.

CONCLUSIÓN

La relación entre violaciones de derechos humanos y personas jurídicas privadas ha sido difícil de establecer desde un punto de vista jurídico. Las razones son variadas, pero pueden ser observadas desde el punto de vista internacional y nacional.

En lo que toca al ámbito internacional, los intentos de establecer cuerpos de normas vinculantes para las empresas han sido abandonados por aproximaciones de *soft law* (los Principios) que enfatizan la responsabilidad de los Estados de establecer la relación entre personas jurídicas y violaciones de derechos humanos por medio de la implementación de mecanismos domésticos eficaces que permitan la investigación, sanción y reparación del daño causado.

Respecto a lo segundo, las dificultades varían de país a país. En el caso colombiano se destaca la ausencia de consagración de la responsabilidad penal de las empresas y la baja o inexistente utilización de la responsabilidad civil para tramitar estos asuntos. Esta última situación puede ser explicada por algunos mitos y realidades que existen alrededor del proceso civil, que van desde la idea de que este trámite privatiza el daño, hasta verdaderos obstáculos respecto a la especialización necesaria para adelantar el proceso y los incentivos que ofrece el Estado para privilegiar la jurisdicción penal por encima de las demás. A pesar de lo anterior, este artículo propone que la jurisdicción civil, a través de los procesos de responsabilidad civil por actividades peligrosas puede ser el escenario propicio para lograr una adecuada reparación para las víctimas y promover el establecimiento de los nexos entre las violaciones de derechos humanos y las personas jurídicas privadas. Esto, por cuanto la adecuada utilización de este factor de imputación puede promover una serie de incentivos para que las personas jurídicas privadas sean diligentes en el momento de operar en áreas de conflicto, para que las víctimas no tengan una carga probatoria desproporcionada, y para ahondar en la comprensión de la apropiada distribución de riesgos en sociedades complejas como la colombiana a través de normas jurídicas y políticas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Andrew Clapham, *Human Rights Obligations for Non-State Actors*, Oxford University Press, New York (2006).
- Anita Ramasastry & Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A Survey in Sixteen Countries*, FAFO Institute of Applied International Studies, Allkopi AS, Norway (2006).
- Antony C. Sutton, *Wall Street and the Rise of Hitler*, Clairview Books, United States of America (2010).
- Connie De La Vega, Amol Mehra & Alexandra Wong, *Holding Businesses Accountable for Human Rights Violations. Recent Developments and Next Steps*, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin (2011).
- Douglas E. Beloof, Paul G. Cassell & Steven J. Twist, *Victims in Criminal Procedure*, Carolina Academic Press, United States of America (2010).
- Edwin Black, *Nazi Nexus. America's Corporate Connections to Hitler's Holocaust*, Dialog Press, United States of America (2009).
- Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México (2002).
- Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, I y II, Legis, Bogotá (2010).
- , *De la responsabilidad civil*, II, Temis, Bogotá (1999).
- María Josefina Tavano, *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 130-166 (2011).
- Neil Bladwin, *Henry Ford and the Jews: The Mass Production of Hate*, Perseus Book Group, United States of America (2003).
- Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 516-557 (2000).
- Robert Cooter & Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 473-542 (2002).
- Scott Pearce, *Fueling War: The Impact of Canadian Oil Investment on the Conflict in Colombia*, CERLAC York University, Working Paper, 1-34 (2002).
- Vicente Emilio Gaviria Londoño, *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2011).

Contribuciones en obras colectivas

- Alberto Zuleta Londoño, *La responsabilidad civil extracontractual, contractual y precontractual de las personas jurídicas*, en Marcela Castro de Cifuentes, Coord., *Derecho de las obligaciones*, II, vol. 1, Universidad de los Andes, Bogotá, 285-286 (2010).
- César Rodríguez, *Justicia civil y de familia*, en Boaventura De Sousa Santos & Mauricio

- García Villegas, Eds., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, I, Universidad de Los Andes, Bogotá, 547-614 (2004).
- Craig Scott, *Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms*, en Craig Scott, Ed., *Torture as a Tort*, Hart Publishing, United States of America, 48 (2001).
- Fabricio Mantilla Espinosa & Carlos Pizarro Wilson, *La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y aplique después*, en Autores varios, *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, I, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 331-380 (2011).
- Luis Felipe Botero Aristizábal, *El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano: ¿es necesario una relectura del artículo 2356 del Código Civil?*, en Autores varios, *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al Profesor Javier Tamayo Jaramillo*, I, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 427-451 (2011).
- Mauricio Romero & Diana Fernanda Torres, *Drummond, Chiquita y paramilitares: adaptación y negociación de las ventajas del conflicto*, en Mauricio Romero, Ed., *La economía de los paramilitares. Redes de corrupción, negocios y política*, Random House Mondadori, Colombia, 149-153 (2011).
- Obdulio Velásquez Posada, *La responsabilidad objetiva por actividades peligrosas: un viejo debate, nuevos horizontes. Revisión de la novísima jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 2009 y 2010*, en Autores varios, *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, I, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 381-425 (2011).

Revistas

- Beth Stephens, *Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, 27 *Yale Journal of International Law*, No. 1 (2002).
- Carlos Fernández Sessarego, *Naturaleza Tridimensional de la Personas Jurídica. "Derecho PUC"*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, No. 52 (1999).
- Giovanni Mantilla, *Emerging International Human Rights Norms for Transnational Corporations*, 15 *Global Governance*, No. 2, 279-298 (2009).
- Joanna Kyriakakis, *Australian Prosecutions of Corporations for International Crimes. The Potential of the Commonwealth Criminal Code*, 5 *Journal of International Criminal Justice*, 824-825 (2007).
- Lina María Céspedes-Báez, *Colombia's Victims Law and the Liability of Corporations for Human Rights Violations*, 14 *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, No. 1, 177-213 (2012).

Documentos en medio digital

Business and Human Rights Resource Centre, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights - Commentaries* Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Documents/UNGuidingPrinciples/Commentaries> (26 de junio del 2012).

El Ex 'Para' Raúl Hasbún Protesta por Preclusión a Favor de Bananeros. Disponible en: http://www.verdadabierta.com/index.php?option=com_content&id=3952 (27 de marzo del 2012).

Las cosas que no vio el fiscal que precluyó la investigación de Chiquita Brands. Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/las-cosas-que-no-vio-el-fiscal-queprecluyo-la-investigacion-de-chiquita-brands-32405> (29 de marzo del 2012).

Mauricio García Villegas, *Los tres rasgos de la justicia democrática*. El Espectador. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-324700-los-tres-rasgos-de-justicia-democratica> (3 de febrero del 2009).

Talisman lawsuit. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TalismanlawsuitreSudan> (26 de junio del 2010).

Normativa

AG. Res. 17/4. 17th sesión. Doc. A/HRC/RES/17/4 (6 de julio del 2011).

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 del 2004. Agosto 31 del 2004 (Colombia).

Código Penal Colombiano [CP]. Ley 599 del 2000. Julio 24 del 2000 (Colombia).

Ley 600 del 2000, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Julio 24 del 2000. D.O. 44097.

Ley 1448 del 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio del 2011. D.O. 48096.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-320 de 1998, 30 de junio de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 1998, 18 de noviembre de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-559 de 1999, 4 de agosto de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-843 de 1999, 27 de octubre 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-558 del 2004, 1º de junio del 2004. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de diciembre de 1936. Magistrado ponente: Antonio Rocha Alvira.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de marzo de 1938. Magistrado ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de mayo de 1938. Magistrado ponente: Fulgencio Lequerica Vélez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de mayo de 1938. Magistrado ponente: Liborio Escallón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de abril de 1939. Magistrado ponente: Pedro A. Gómez Naranjo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de noviembre de 1940. Magistrado ponente: Liborio Escallón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de mayo de 1941. Magistrado ponente: Fulgencio Lequerica Vélez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 20 de abril de 1944. Magistrado ponente: Liborio Escallón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de abril de 1947. Magistrado ponente: Hernán Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de junio de 1992. Magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de octubre de 1999. Magistrado ponente: José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01, 24 de agosto del 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 4700131030032005-00611-01, 26 de agosto del 2010. Magistrado ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 20489, 10 de agosto del 2005. Magistrado ponente: Hermán Galán Castellanos.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Radicación 110016000253200680077, 29 de junio 29 del 2010. Magistrada ponente: Uldi Teresa Jiménez López.