

Establecimiento de modelos indemnizatorios en Colombia: un reto legislativo

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
earchila@uexternado.edu.co

De acuerdo con nuestro sistema jurídico, al configurarse la responsabilidad nace la obligación de indemnizar. En este punto es perentorio responder la siguiente pregunta: ¿Cuál es la adecuada indemnización? Como primera aproximación, es preciso señalar que el modelo indemnizatorio elegido debe responder a una decisión abierta y explícita del legislador y son los jueces quienes deben aplicar dicho esquema, ciñéndose a los parámetros establecidos.

Una primera forma de indemnización es aquella que denominamos *neutral*, cuyo objetivo es regresar de manera exacta las cosas al mismo estado en el que se encontraban antes del hecho dañoso. En este esquema indemnizatorio no hay sobrevaloraciones ni subvaloraciones, y propende por restaurar o reemplazar la pérdida por un equivalente. La neutralidad se predica del balance de todos los derechos constitucionalmente protegidos.

La segunda modalidad indemnizatoria es la *no neutral*, que es de carácter político y se alimenta de valores externos para justificarse. En ella se prefiere y privilegia un derecho o interés en razón de consideraciones políticas, morales, éticas, de eficiencia económica, de incentivos o desincentivos. En este esquema, se parte del supuesto de que existe una "injusticia" en la realidad precedente que debe ser corregida con una "indemnización" que, a más de restituir, corrija la "injusticia" (WEINRIB, 1991).

En Colombia, el Congreso es el legítimo representante del pueblo, a diferencia del sistema anglosajón, en el que los jueces son los representantes del pueblo y en esa medida acuden a las fuentes formales para crear Derecho. El rol de los jueces en nuestro contexto jurídico no es de carácter representativo, sus fallos no son creadores de Derecho, por lo que deben acudir a las fuentes formales para su aplicación.

Lo anterior indica que es el Congreso de la República el que debe definir el esquema indemnizatorio aplicable, optando por uno que sea equivalente o por otro que resulte permeado de valores o principios adicionales que permitan mayores o menores niveles indemnizatorios, como ocurre en los casos de establecimiento de tarifas fijas o máximas indemnizatorias o el esquema de reparación a las víctimas del conflicto. Así mismo, dicha elección no debe comprometer el derecho al acceso a la justicia de los ciudadanos, como ocurrió en el caso de la eliminación de los incentivos de las acciones populares.

En este sentido, los jueces de la república están llamados a aplicar la ley y en esta medida no deben adoptar decisiones que correspondan a los órganos representativos del pueblo en los niveles central, departamental o municipal, como ocurrió en el reciente fallo de la Sección Primera del Consejo de Estado relacionado con el río Bogotá¹.

REFERENCIAS

WEINRIB, ERNEST J. (1991). "Corrective justice", en *Iowa Law Review*, n.º 77, pp. 403-425.

1 Fallo del 28 de marzo de 2014. Consejero Ponente: MARCO ANTONIO VELILLA.