

# El deber de mitigar el daño a la integridad personal. Un análisis jurídico económico<sup>1</sup>

JORGE ENRIQUE CELY LEÓN<sup>2</sup>

## RESUMEN

Este documento tiene el objetivo de realizar un análisis jurídico económico para el problema que plantea el deber de mitigar el daño a la integridad personal. De este modo, en un primer momento, este trabajo se ocupará de establecer la dogmática que explica a la figura de la mitigación del daño dentro del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual, haciendo un énfasis en la perspectiva del Derecho Constitucional y del Derecho Civil. Luego, en un segundo punto, se aplicará el Análisis Económico del Derecho con el objetivo de dirimir el debate teórico que, en términos jurídicos, plantea la mitigación del daño a la integridad personal. Así las cosas, el presente estudio permitirá analizar la tensión de derechos que genera la mitigación del daño y el principio de la inviolabilidad del cuerpo humano.

**Palabras clave:** Responsabilidad extracontractual; Mitigación; Daño a la integridad personal; Inviolabilidad del cuerpo humano; Microeconomía.

## ABSTRACT

This document aims to implement an economic-law analysis for the problem posed by the duty to mitigate the damage to personal integrity. In this way, at first, this work will be in charge of establishing the dogmatic that explains the figure of the mitigation of the damage within the Law of the Extracontractual Responsibility, the previous thing

- 1 Fecha de recepción: 21 de abril de 2020. Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2020. Para citar el artículo: Cely León, J. (2020). "El deber de mitigar el daño a la integridad personal. Un análisis jurídico económico", en *Revista Con-texto*, n.º 53, pp. 19-56. DOI <https://doi.org/10.18601/01236458.n53.03>
- 2 Abogado Externadista experto en asesoría y resolución de conflictos en temas de Responsabilidad Civil y del Estado, Regulación Económica y Análisis Económico del Derecho. Con estudios de Maestría en Derecho Económico con énfasis en Regulación Económica y Análisis Económico del Derecho Universidad Externado de Colombia (en curso 2020/2021). Correo-e: [jorge.celyleon@gmail.com](mailto:jorge.celyleon@gmail.com)

emphasizing the perspective of the Constitutional Law and the Civil Law. Then, in a second point, the Economic Analysis of Law will be applied in order to settle the theoretical debate that, in legal terms, poses the mitigation of personal integrity damage. Thus, this study will analyze the tension of rights generated by the mitigation of damage and the principle of inviolability of the human body.

**Keywords:** Liability; Mitigation; Damage to Personal Integrity; Inviolability of the Human Body; Microeconomics.

## INTRODUCCIÓN

En 1960, Ronald Coase publicó un artículo titulado *The Problem of Social Cost*, el cual es ampliamente conocido por establecer un hito en el estudio del Derecho y la Economía. Para dicho momento, el éxito de su trabajo no era previsible, pero hoy es necesario resaltar que este aporte académico constituye la piedra angular del Análisis Económico del Derecho (AED), un método de estudio que aplica los postulados de la microeconomía al Derecho, con el objetivo de explicar y modificar las estructuras que constituyen la ciencia jurídica<sup>3</sup>.

Así las cosas, esta forma de ver el Derecho introdujo un modelo de pensamiento analítico, el cual tiene el propósito de alcanzar ciertos objetivos por medio de las instituciones jurídicas, lo que, actualmente, se conoce como instrumentalismo. De este modo, es importante citar a Jules Coleman, quien alguna vez afirmó que el AED "está menos interesado en el estado actual de la responsabilidad extracontractual que en la forma en que esta puede mejorarse"<sup>4</sup>. Esto no quiere decir que el estudioso del tema no se preocupe por conocer las fuentes del Derecho y su alcance, sino que este no encuentra en ellas la justificación misma de las funciones del Derecho.

En este orden de ideas, el presente documento pretende adoptar dicho modelo de pensamiento para dar solución al problema jurídico que propone el deber de mitigar el daño a la integridad personal. Lo anterior, toda vez que el Derecho en sí mismo carece de las herramientas adecuadas para comprender el efecto y alcance de cualquier disposición de orden normativo, de ahí que se haga necesario plantear una nueva forma de ver la dicotomía que existe entre la mitigación del daño y la inviolabilidad del cuerpo humano.

En resumen, el fin de este trabajo es analizar la tensión de derechos que surge cuando se propone la mitigación del daño a la integridad personal dentro de un juicio de responsabilidad extracontractual, ya que, si bien las víctimas pueden evitar su aplicación con fundamento en el principio de la inviolabilidad del cuerpo humano, ello

3 G. Calabresi, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, 2016.

4 J. Coleman, G. Mendlow, "Las teorías de la responsabilidad extracontractual", *La filosofía de la responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 188-189.

supondría condenar al agente generador sin que se pruebe a plenitud uno de los tres elementos del juicio de responsabilidad, en este caso, el nexo causal.

No obstante, sobre este punto existe un debate bastante amplio; es por esa razón que vale la pena recurrir a un elemento extralegal, como la economía, para vislumbrar el alcance o los efectos de las soluciones ofrecidas por la dogmática. Lo anterior, para determinar si se cumplen o no los fines que el instrumentalismo propone para el Derecho. En efecto, el objetivo es que la solución al problema jurídico planteado pueda explicar funcionalmente la aplicación de la mitigación del daño y la inviolabilidad del cuerpo humano.

En el transcurso de este trabajo será indispensable recurrir al Derecho de la Responsabilidad Civil, siempre que allí se encuentra la figura de la mitigación del daño y su desarrollo, como ya se dijo. De ello se puede inferir que en un primer momento haremos referencia a la mitigación del daño y su desarrollo dentro de la dogmática del Derecho civil. Luego, abordaremos el problema jurídico central del trabajo explicando en qué consiste y cuáles son sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho constitucional y del Derecho civil, lo que ofrecerá un panorama general y detallado sobre el debate mencionado. Por último, el problema jurídico será estudiado por el Análisis Económico del Derecho, con el fin de obtener una solución al debate propuesto en la primera parte de este documento.

## I. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO

La mitigación del daño es una figura jurídica que se ubica en el ámbito de la responsabilidad, independientemente de su rama o disciplina dentro del Derecho, ya que esta puede ser aplicada en ámbitos contractuales o extracontractuales<sup>5</sup>. Así, esta institución se entiende como el deber que tiene la víctima de mermar, disminuir o evitar la propagación de un daño y, en consecuencia, no resulta posible que el afectado reclame aquello que razonadamente pudo evitar<sup>6</sup>. Sin embargo, la conceptualización ya mencionada no es absoluta y, contrario a como en principio parece, no es de fácil comprensión en virtud de los diferentes matices que la componen y su disímil regulación en el Derecho comparado. Con esta breve explicación se introduce el primer acápite de este trabajo, el cual tiene el propósito de explicar, de forma sucinta, el deber, carga u obligación<sup>7</sup> de mitigar el daño por parte de la víctima.

A pesar de que la doctrina ha llegado a considerar que el deber de mitigar el daño proviene del Derecho romano, lo que surge con la interpretación de algunas fuentes

5 C. Pizarro Wilson, "Contra el fatalismo del perjudicado. A propósito del deber de mitigar el daño", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 41, Valparaíso, 2013, p. 70.

6 A. K. Esquivel, "Rule of avoidable consequences in antitrust cases: a law and economics approach", *Hofstra Law Review*. Vol. 26 (1997-1998), p. 894.

7 La mitigación del daño es una figura sobre la cual la doctrina no ha identificado su naturaleza jurídica, razón por la cual la describo como carga, deber u obligación, este punto será tratado después con más profundidad.

que permiten inferir tal tesis<sup>8</sup>, este concepto se encuentra relacionado con el efecto que puede tener la conducta de la víctima en la extensión del daño, apreciación que tuvo posteriores desarrollos en el siglo XIX. Antes de analizar este punto, es pertinente dejar claro que la figura que se está estudiando parte del supuesto en el cual la víctima no participó en la consecución de los hechos que originaron el daño<sup>9</sup>, sino que se encuentra en un momento posterior a este en el que tiene la oportunidad de disminuir el alcance del mismo.

Así, la mitigación del daño corresponde a una institución que analiza la conducta de la víctima para determinar el *quatum respondeatur*, lo cual no es otra cosa que aquello por lo cual resultará obligado quien causó el hecho originador del perjuicio. No obstante, parte de la doctrina considera que la aplicación de esta figura no es del todo clara, ya que el Derecho de la responsabilidad se fundamenta en el principio de la reparación integral<sup>10</sup>. De hecho, este precepto fue concebido por el jurista Friedrich Mommsen como la teoría de la diferencia (*diffenztheorie*), donde la indemnización se calculaba por la desigualdad que existía entre el patrimonio hipotéticamente no afectado y el estado final de este luego del acaecimiento del hecho lesivo<sup>11</sup>.

De este modo, bajo la tesis mencionada, no era posible analizar la influencia de la víctima en la agravación del perjuicio, razón por la cual los doctrinantes franceses Dumoulin, Domat y Pothier consideraron que quien causaba un daño no debía acarrear con todos los costos que ello producía. Dicha conclusión tuvo su origen cuando se consideró que el daño resarcible era aquel que cumplía con los requisitos de previsibilidad, inmediatez y necesidad<sup>12</sup>. Por tanto, cuando se estudia el criterio de necesidad se puede concluir que la víctima tendrá que soportar los daños que pudo evitar, ya

- 8 En el pasaje D.9.2.51.1, el cual fue escrito por Alfenos, se analiza un caso en el cual varias personas causaron daños a un esclavo; sin embargo, su propietario no incurrió en los cuidados necesarios para que este no muriera. Así, el jurista consideraba que bajo estos hechos no prosperaría la acción *aquiliiana*, la cual tenía el propósito de condenar a los demandados por la muerte del esclavo, ya que había existido negligencia por parte del propietario en el cuidado de lo propio. De este modo, en el Derecho romano existía el concepto de la diligencia en el cuidado de lo propio y de lo ajeno, teniendo en cuenta que el descuido por disminuir el daño se entendía como la ruptura del nexo de causalidad que hacía responsable al dañador. L. C. San Martín Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 107-110.
- 9 Cuando la víctima participa en los hechos que causaron el daño nos encontramos frente a la figura de la concausa, la cual, en Colombia, se encuentra en el artículo 2357 del Código Civil y dispone lo siguiente: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".
- 10 En Colombia, este principio se encuentra en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual dispone: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".
- 11 F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1853.
- 12 Siempre que se esté hablando de un hecho culposo proceden estos requisitos, ya que cuando la actuación que causa el daño es dolosa se debe responder hasta por aquellos daños no previsibles.

que forzosamente estos no son consecuencia directa de quien, en principio, realizó la conducta lesiva<sup>13</sup>.

Ahora, continuando con la doctrina francesa, es posible afirmar que no es lo mismo el daño que aquello por lo cual será condenado quien lo causó, porque existen varios factores por los cuales la indemnización no será exactamente igual al subrogado pecuniario del hecho lesivo. Partiendo de este punto, resulta útil enunciar que existen posturas académicas que afirman la disimilitud entre el concepto de daño y perjuicio, ya que este último hace caso a una valoración subjetiva de los efectos del hecho lesivo en la víctima<sup>14</sup>. En consecuencia, la obligación de reparar al afectado se puede ver limitada o extinguida por la culpa exclusiva de la víctima, la concurrencia de culpas, la compensación por el lucro obtenido, *la falta del deber de mitigar los daños* o las disposiciones legales que lo ordenen<sup>15</sup>. De este modo, para determinar los perjuicios, será necesario que el juez analice el monto del daño y los posibles excluyentes o atenuantes de la responsabilidad.

Avanzando en el estudio de la mitigación del daño, analizaremos la naturaleza jurídica de esta figura. En primera medida y de forma tajante, es necesario descartar que esta figura obedece a una obligación, ya que no es posible hacer exigible a la víctima por vía de acción y de forma coercitiva una conducta encaminada a evitar o disminuir el daño<sup>16</sup>. En este sentido, y con un poco más de precisión, la doctrina del Derecho procesal ha servido para indicar que la naturaleza jurídica de esta figura es una carga, en la medida que la víctima decide si incurre o no en las medidas adecuadas para mitigar el daño con el propósito de satisfacer un interés<sup>17</sup>. Ahora, en el Derecho comparado se ha decidido determinar una categoría jurídica especial para este tipo de figuras, la cual los alemanes llaman *obliegenheit* y los franceses, *incombance*. Esta consiste en un deber que recae únicamente en la autonomía del afectado, de modo que, de hacerlo, obtendría un beneficio y de omitirlo tendría que soportar los costos del daño a partir del momento en el cual surgió el deber de mitigar<sup>18</sup>.

En el sistema jurídico del *Common Law*, específicamente en el Derecho estadounidense, ha sido tal el desarrollo de esta figura que su categoría dentro del ordenamiento asciende a principio, de lo cual se infiere el amplio conocimiento que tienen la doctrina y la jurisprudencia para la utilización de esta herramienta en materia contractual y extracontractual. Además, se considera que la mitigación del daño tiene un ámbito

13 L. C. San MartínMartín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 142-179.

14 J. C. Henao, *El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 76-79.

15 H. Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 338-341.

16 F. Hinestrosa, *Tratado de la Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, Tomo 1, 3ra Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 57-58.

17 F. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo 1. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944. p. 63.

18 M. I. Troncoso, "La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño", *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 356-357.

negativo y uno positivo: el primero hace caso a la imposibilidad que tiene la víctima de reclamar aquello que razonablemente pudo evitar y, el segundo, es el derecho del afectado a pretender la restitución de los costos de mitigación<sup>19</sup>. En contraste, el sistema jurídico del *Civil Law* ha optado por resistirse a la aplicación de esta figura en materia extracontractual, relegándolo únicamente a ámbitos contractuales<sup>20</sup>.

Con todo, y haciendo caso a lo ya mencionado, para este escrito entenderemos que la víctima tiene un deber de mitigar el daño con el propósito de ser reparada por la totalidad de los daños causados y los gastos en los que incurrió para evitar la propagación del hecho lesivo. No obstante, tal objetivo solo puede ser alcanzado por la voluntad, de forma que el afectado no será obligado a mermar el daño, pero sí incentivado por el límite de la indemnización, es decir que, en caso de no mitigar, no podrá hacer exigibles los perjuicios evitables. Adicionalmente, las medidas que tome la víctima deben ser calificadas por medio de un criterio de razonabilidad cuyos límites son, en primera medida, que los costos de evitar la extensión del perjuicio no pueden ser superiores al daño que se ocasionaría sin mitigación<sup>21</sup> y, en segundo lugar, no es posible exigir a la víctima medidas preventivas superiores a lo que su realidad económica le permite.

En este punto se hace necesario enunciar los argumentos que han servido de sustento para aplicar el deber de mitigar el daño como un criterio que influye en el *quantum respondeatur*. En primer lugar, se dice que existe un criterio lógico bajo el cual la víctima no será indiferente ante aquello que la perjudica y tomará las medidas para protegerse. Por otro lado, se considera un aspecto moral en el cual existe un grado de diligencia por lo propio en las interacciones con los demás y, por último, hay un argumento económico que defiende la reducción de los costos asociados a los daños porque la mitigación del mismo reduce el monto de las indemnizaciones<sup>22</sup>.

A continuación, analizaremos algunos matices que presenta esta figura en su ámbito contractual y extracontractual, ya que los fundamentos de la aplicación en cada uno de estos ámbitos son distintos.

### 1. El deber de mitigar el daño en materia contractual

En materia contractual, el deber de mitigar el daño que proviene de un incumplimiento tiene su fundamento en el principio general de la buena fe<sup>23</sup>. Sin embargo, esta no ha

19 I.R. Domínguez Águila, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5, diciembre, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005, p. 76.

20 S. Le Pautremat, "Mitigation of damage: A french perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 55, n.º 1, Jan 2006, Cambridge University Press, 2006.

21 M. I. Troncoso, "La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño", *Revista de Derecho Privado*, cit., pp. 356-357.

22 R. Domínguez Águila, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", *Revista Chilena de Derecho Privado*, cit., pp. 85.

23 M. Rodríguez Fernández, *Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el Derecho internacional de los contratos*, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 121.

sido la única postura analizada, ya que por medio de la causalidad es posible argumentar el deber que tiene la víctima de mitigar el daño derivado de un incumplimiento o un ilícito civil. No obstante, en este punto es importante desarrollar la teoría de la buena fe, toda vez que esta ha sido la posición preponderante dentro de la doctrina y la jurisprudencia para justificar el deber de mitigación del daño derivado de un incumplimiento contractual.

Para exigir al acreedor insatisfecho una conducta diligente respecto de la propagación de los efectos del incumplimiento, es necesario encontrar un deber jurídico que lo permita. Así, la buena fe es la herramienta argumentativa más idónea para realizar la labor indicada, ya que esta obliga a los contratantes a actuar de forma diligente, honesta y en consideración a los intereses de la contraparte<sup>24</sup>. En este orden, cuando uno de los contratantes incurre en un incumplimiento que deriva en perjuicio, este tiene el interés de que su actuación no sea agravada en virtud de las conductas de su antagonista negocial. De este modo, el afectado, atendiendo a la situación del deudor, tendrá el deber de incurrir en las medidas necesarias y razonables para evitar o disminuir los efectos del incumplimiento<sup>25</sup>.

Teniendo en cuenta lo dicho, es pertinente mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico la buena fe contractual se encuentra consagrada, entre otros, en el artículo 1603 del Código Civil, el cual dispone que las partes no solo se obligan a lo que estipula el contrato, sino también a todo aquello que la naturaleza de las obligaciones exige. Por consiguiente y transpolando el análisis realizado en el párrafo precedente, es posible sostener la tesis de que, en Colombia, la figura de la buena fe es el instrumento capaz de integrar el deber de mitigar el daño en materia contractual.

En contraste con lo que sucede en materia extracontractual, el deber de mitigar el daño derivado de un incumplimiento contractual tiene amplio reconocimiento en algunos cuerpos normativos de *Soft Law* y *Hard Law*<sup>26-27</sup>. Por ejemplo, los *Principios Unidroit* en su artículo 7.4.8<sup>[28]</sup> de la edición de 2016, establecen que la parte que incurrió en

24 M. L. Neme Villareal, "El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 88.

25 El ordenamiento jurídico alemán e italiano han sido pioneros en la utilización de la buena fe principio –codificado– que permite la aplicación del deber que tiene el acreedor de mermar los efectos de un incumplimiento. L. C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 222-223 y 232-233.

26 El *Soft Law* son los cuerpos normativos que resultan aplicables a las partes contractuales por medio de la autonomía privada, es decir que gracias a un acuerdo los contratantes deciden qué normas regulan su relación jurídica. En contraste, el *Hard Law*, es aquel que regula de forma imperativa el contrato, este se asocia al derecho de un país, como un código o una ley. E. León Robayo, *Principios y fuentes del derecho comercial colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015 pp. 205-207.

27 Código Civil de Quebec, artículo 1479; Código Civil de Alemania, artículo 254; Código Civil de Italia, artículo 1227; Ley del contrato de seguro en España, artículo 17.

28 Artículo 7.4.8, "The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps. The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm".

incumplimiento no es responsable por el daño que la víctima pudo evitar razonablemente. Sin embargo, la parte agraviada tendrá Derecho a la restitución de los gastos empleados para la reducción del daño. Así mismo, la convención de Viena de 1980 y los Principios Europeos del Derecho de Contratos también reconocen esta figura<sup>29</sup>.

Con referencia al Derecho latinoamericano, en general, la legislación se encuentra desprovista de disposiciones legales que impongan el deber de mitigar el daño a la parte afectada por un incumplimiento contractual. Sin embargo, los doctrinantes de Paraguay y Chile consideran que este deber puede ser implementado por medio de la buena fe<sup>30</sup>, principio que se encuentra en sus respectivos códigos civiles. Por otro lado, nuestra legislación colombiana, al igual que la argentina<sup>31</sup>, se refiere a la mitigación del daño cuando regula el contrato de seguro. De este modo, en el artículo 1074 del Código de Comercio colombiano se estipula lo siguiente:

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones.

Por último, se hace indispensable hacer una referencia a la jurisprudencia, ya que la Corte Suprema de Justicia colombiana ha reconocido el deber de mitigar el daño derivado de un incumplimiento, con ocasión de un contrato de transporte donde la parte afectada no actuó con diligencia para reducir el perjuicio, de tal forma que la indemnización fue disminuida por el descuido del demandante<sup>32</sup>.

## 2. El deber de mitigar el daño en materia extracontractual

En el anterior punto analizamos el deber de mitigar el daño en materia contractual con fundamento en el principio general de la buena fe. Sin embargo, en materia extracontractual la argumentación para la aplicación de esta figura no ha sido la misma, en tanto

29 M. Rodríguez Fernández, *Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el Derecho internacional de los contratos*, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 114.

30 Coordinador: C. Pizarro Wilson, *El Derecho de los contratos en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, 2012, pp. 269 y 367-372.

31 Artículo 37 a 45 de la Ley n.º 17.418.

32 No obstante, en este caso, la Corte incurre en un error al utilizar el nombre de la concausa o la concurrencia de culpas cuando aplica la mitigación del daño, ya que estas instituciones son distintas; en la primera de ellas, la víctima del incumplimiento es coadyuvante en la generación del daño y, en la segunda, el afectado no es colaborador en la producción del hecho lesivo, sino que en un momento posterior surge para él la oportunidad de evitar la propagación del perjuicio. A pesar del equívoco mencionado, esto no tuvo ningún efecto distinto a un uso inadecuado de una nomenclatura jurídica, debido a que correctamente se aplicó la figura de la mitigación, pero con nombre distinto. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, M.P: Arturo Solarte Rodríguez. Expediente n.º 11001-3103-008-1989-00042-01.

que la teoría de la causalidad ha servido para justificar el deber que tiene la víctima de evitar la propagación del daño. Ahora, de acuerdo con lo que la lógica indica, dicha distinción resulta innecesaria en la medida que, ya sea en un ámbito contractual o extracontractual, la figura de la mitigación podría operar exactamente igual, ya que la causalidad como elemento esencial dentro de un juicio de responsabilidad no varía cuando el daño surge con ocasión de un incumplimiento o un "encuentro social ocasional".

Así las cosas, si bien es cierto que la buena fe es un vehículo válido para integrar el deber de mitigar el daño en materia contractual, este es innecesario siempre que es posible remitirse a la causalidad, como elemento de la responsabilidad, para aplicar la figura jurídica objeto de estudio. En resumen, el deber de evitar la propagación del daño puede ser aplicado en materia contractual o extracontractual por medio de la teoría de la causalidad. En cambio, resulta inoperante el uso de la buena fe en materia de mitigación del daño extracontractual, toda vez que, desde el Derecho romano, la buena fe no permite la creación de deberes jurídicos en materia de responsabilidad aquilina<sup>33</sup>.

En este orden de ideas, resulta necesario explicar cómo opera la causalidad como fundamento de la mitigación del daño. En primera medida, es importante tener en cuenta el concepto de causalidad, para lo cual diremos que esta figura hace caso a la relación fáctica que existe entre un daño y su agente generador, lo que permite atribuir a este último los efectos de su conducta<sup>34</sup>. Así pues, sin la prueba de causalidad no es posible declarar la responsabilidad de un sujeto<sup>35</sup>, de modo que se hace indispensable que la víctima acredite este elemento<sup>36</sup>, junto con el daño y la culpa del agente, para que prosperen la imputación del hecho ilícito y la obligación de reparar integralmente a la víctima<sup>37</sup>.

33 L. C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 222-223.

34 H. Patiño, "Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración", *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, 2008, pp. 193-194. En este punto es necesario mencionar que la doctrina y la jurisprudencia, en materia de responsabilidad civil y del Estado, ya no solo fundamentan la atribución de un daño por medio de un juicio causal, sino también normativo, lo cual significa que la imputación de un daño requiere la identificación de un deber legal que exija la obligación de ejecutar o no ejecutar determinada acción. En ese orden, la imputación consiste, en primera medida, en identificar la causalidad que relaciona la conducta de un sujeto con un determinado fenómeno, lo que no es del todo necesario, ya que cuando se pretende atribuir responsabilidad por una omisión este elemento no es tenido en cuenta. Por otro lado, la imputación normativa identifica un deber objetivo de cuidado, de manera que el desconocimiento del mismo genera la responsabilidad de quien está llamado a acatarlo. En efecto, este es un nuevo proceso de atribución, el cual viene a remplazar la tradicional categoría de la causalidad, entendida esta como un elemento determinante en juicio de responsabilidad. G. Valcavi, "Sulla causalità giuridica nella Responsabilità Civile da inadempienza e da illecito", *Revista di Diritto Civile*, n.º 2, 2001, pp. 410-413; E. Gil Botero. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Themis, Séptima Edición, 2017, pp. 129-140.

35 S. Rojas Quiñones, J.D. Mojica Restrepo, "De la causa adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana", 129 *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014, p. 217.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez. Expediente n.º 05001-31-03-003-2005-00174-01.

37 J. C. Henao, *El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, cit., pp. 38.

Entonces, cuando un agente genera la conducta que produce un daño, este se hará responsable causalmente hasta el momento en el cual surge para la víctima la oportunidad de evitar o disminuir las consecuencias del hecho ilícito, en la medida que la causalidad se ve interrumpida por una omisión imputable a la víctima<sup>38</sup>. No obstante, cabe aclarar que quien produjo el daño tendrá que soportar los costos que empleó la víctima para mitigar el perjuicio, ya que estos siguen siendo causa directa de su conducta.

Ahora, acudiendo a los cuerpos normativos es posible evidenciar que el deber de mitigar el daño en materia extracontractual no ha sido ampliamente reconocido y pocos han sido los desarrollos sobre esta materia. Sin embargo, existen algunas legislaciones que han hecho referencia expresa a esta figura. Este es el caso del Código Civil de Quebec, cuyo artículo 1479 establece lo siguiente: "La persona que es obligada a reparar un daño no responde de la agravación del perjuicio que la víctima podía evitar". Por otro lado, el Código Civil italiano en el segundo inciso de su artículo 1227, consagra que "el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria" y, en otra disposición, ordena ampliar los efectos de este artículo al ámbito extracontractual, lo que se encuentra en el artículo 2059, el cual dispone que "La indemnización debida a la persona lesionada debe determinarse de acuerdo con las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227"<sup>39</sup>.

## II. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

En el punto anterior se realizó un desarrollo conceptual sobre el deber que tiene la víctima de mitigar el daño, esto con el propósito de contextualizar al lector dentro de la institución jurídica objeto de análisis. En consecuencia, ahora resulta necesario proponer un problema jurídico que será desarrollado a lo largo del presente texto, el cual permitirá plantear una posición concreta sobre los nuevos matices que ha tenido el deber de mitigación derivado de daños a la integridad personal.

Recapitulando, el deber de mitigar el daño es una institución jurídica que opera en el Derecho de la responsabilidad civil y, ya sea en un ámbito contractual o extracontractual, esta se entiende como el deber que tiene la víctima o el acreedor de evitar o disminuir las consecuencias de un daño generado por un tercero o contraparte contractual. No obstante, para efectos del presente trabajo solo analizaremos el deber de mitigar dentro de una de las tipologías del daño, la cual se circunscribe a la afectación de la integridad personal. Como hemos advertido desde la introducción, nuestro estudio se restringe a todos aquellos daños que causan un perjuicio al cuerpo humano.

Así, la afectación al cuerpo humano constituye una de las tipologías de daño más importantes, ya que el menoscabo que origina la responsabilidad afecta la integridad de una persona. Ahora, incipiente ha sido la corriente que propone la aplicación del

38 R. Domínguez Águila, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", *Revista Chilena de Derecho Privado*, cit, pp. 90.

39 Artículo 2056, Código Civil italiano.

deber de mitigar el daño corporal, ya que los detractores de tal tesis consideran preponderante la protección que deben tener las víctimas y su integridad personal, lo que ha ganado una gran acogida dentro de la jurisprudencia, porque el cuerpo humano y la vida tienen amparo en derechos fundamentales.

Para comprender a fondo este problema, es necesario mencionar que la inviolabilidad del cuerpo humano es una garantía de orden constitucional que prohíbe la afectación de la integridad física y psicológica de cualquier persona. Adicionalmente, de dicha prohibición se puede inferir una libertad, la cual consiste en que cada persona puede disponer de su cuerpo como desee<sup>40</sup>, claro está, siempre que se encuentre dentro de los límites que la ley impone, ya que, por ejemplo, en nuestro ordenamiento se encuentra prohibida la venta de órganos<sup>41</sup>. Debido a lo anterior, quien pretenda disponer del cuerpo de otro deberá tener previamente una autorización expresa y clara sobre el procedimiento a realizar<sup>42</sup>.

Entonces, cuando se trata de mitigar el daño corporal, quien sufrió el perjuicio solo puede prevenirlo o disminuirlo acudiendo a un procedimiento médico, el cual requiere de una autorización expresa del paciente-victima. Sin embargo, quien padece un daño, sin necesidad de justificar su decisión, puede hacer uso del principio de inviolabilidad del cuerpo humano para evitar cualquier medida de diagnóstico, curación o rehabilitación que tenga por fin mejorar su estado salud, ya que todas ellas constituyen una intervención a la integridad personal. En consecuencia, es en este punto donde encontramos una tensión jurídica, ya que el ejercicio de la inviolabilidad del cuerpo humano, en su faceta de autodeterminación, implica que quien sufrió un daño puede rechazar los tratamientos que tienen por objeto disminuir los efectos del perjuicio.

Respecto de la inviolabilidad del cuerpo humano en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario mencionar que esto se reconoce por medio del derecho a la vida y la integridad personal que se encuentra en el artículo 11 de la Constitución Política, lo que también ha tenido desarrollos por la Corte Constitucional, que ha definido la integridad personal como aquello que hace parte de la composición física de la persona, y todos los elementos que influyen en su salud mental<sup>43</sup>. Así, de tales preceptos se deduce la existencia del principio de la inviolabilidad del cuerpo humano, el cual, en repetidas ocasiones y con diferentes propósitos, ha servido para proteger derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la salud<sup>44</sup> y la seguridad personal<sup>45</sup>, los cuales han tenido desarrollo por medio de la jurisprudencia constitucional.

40 Respecto del reconocimiento de la inviolabilidad del cuerpo humano en el Derecho comparado, podemos referirnos al ordenamiento jurídico francés, el cual en el artículo 16-1 del *Code Civil* dispone lo siguiente: "Cada uno tiene derecho a que se respete su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial".

41 Artículo 2, Ley 919 de 2004.

42 Artículo 5, Ley 23 de 1981.

43 Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 248 de 1998.

44 Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 094 de 2016.

45 Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 707 de 2015.

En este orden, en el ordenamiento jurídico colombiano se imposibilitaría la procedencia de la mitigación del daño a la integridad personal cuando las víctimas pongan de presente que ello desconocería su derecho a la inviolabilidad del cuerpo humano, ya que la excepción tiene por objetivo limitar la responsabilidad del demandado hasta el momento en el que la víctima tuvo la posibilidad de evitar el perjuicio. Entonces, el hecho de que la indemnización se encuentre limitada por el condicionamiento de someterse a un tratamiento médico implica que la víctima deba dejar de ejercer su autodeterminación para ser reparada por la totalidad de los daños. Sin embargo, es necesario dejar claro que en Colombia no ha existido desarrollo jurisprudencial de la mitigación del daño, ya que esta excepción parece que nunca se ha propuesto dentro de un juicio de responsabilidad extracontractual.

Así las cosas, el principio de la inviolabilidad del cuerpo humano impide que se evalúe la conducta de la víctima como coadyuvante del daño, siempre que las medidas tendientes a evitar o disminuir el perjuicio sean tratamientos médicos. Ahora, la consecuencia que ello trae es que el agente generador del daño sea responsable hasta por aquellos perjuicios que la víctima pudo evitar. Lo anterior resulta ser una alteración del juicio de responsabilidad, toda vez que el agente generador resulta ser responsable por algo que causalmente no le es atribuible y, en ese orden, habría una condena sin que se cumplan los elementos esenciales de la responsabilidad.

Con todo, resultaría pretensioso suponer que el problema jurídico estudiado puede ser visto desde una perspectiva única, razón por la cual es necesario plantear dos enfoques jurídicos que brinden una conclusión robusta, la cual, luego, será comparada con su homónima en materia de AED. Por consiguiente, a continuación, examinaremos la mitigación del daño a la integridad personal desde la perspectiva del Derecho constitucional y del Derecho civil, para posteriormente replicar el análisis desde la perspectiva *ius-económica*.

## 1. La Perspectiva del Derecho constitucional

Hoy por hoy, la perspectiva del Derecho constitucional es una herramienta esencial para el estudio jurídico, máxime cuando en él se traten asuntos estrechamente ligados a las libertades básicas y congénitas de las personas. Por ende, en este apartado se explicarán algunos casos fallados en el Derecho comparado que utilizaron principios de orden constitucional para establecer si la figura *mitigación* procedía en daños a la integridad personal. No obstante, la jurisprudencia aquí citada será criticada y estudiada a la luz del Derecho colombiano, con la salvedad de que el objeto de este apartado es ofrecer una nueva postura que se ajuste a las teorías contemporáneas del constitucionalismo. Ahora, la aclaración realizada no quiere decir que no se hará referencia a la doctrina comparada, sino que el presente trabajo busca tener pertinencia y plena aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La aplicación del principio de la inviolabilidad del cuerpo humano que permite afirmar que la víctima no tiene el deber de mitigar el daño a la integridad personal

surgió en la Corte de Casación francesa. Esta postura se ha venido desarrollando en los últimos años y, sobre este punto, explicaremos algunos casos emblemáticos. Sin embargo, cabe advertir que la jurisprudencia francesa no solo ha sido reticente a imponer el deber de mitigar el daño en los casos de afectación a la integridad personal, sino que también dicha postura se amplió para cualquier tipo de daño que surja dentro del ámbito extracontractual<sup>46</sup>.

Para analizar los casos en comento, primero es necesario aclarar que la postura de la jurisprudencia francesa no ha sido unívoca, es decir que en algún momento hubo varias decisiones por jueces de diferente jerarquía que no coincidían sobre el deber de mitigar el daño. En un primer momento, durante la segunda mitad del siglo XX, la jurisprudencia consideraba que las víctimas que rechazaban tratamientos médicos no riesgosos incurrían en culpa y, por consiguiente, debían soportar todos aquellos daños que se causaran con posterioridad al momento en el que se oponían a la intervención médica<sup>47</sup>.

No obstante, la posición jurisprudencial sobre el deber de mitigar el daño a la integridad personal fue reevaluada en los 90<sup>[48]</sup>. Esto cuando la Corte de Casación estudió un caso que ya había sido fallado en 1992 por la Corte de Apelación de Dijon. El caso trataba sobre un accidente de tránsito que causó un estado de invalidez severo en la víctima, para lo cual se requería de una intervención quirúrgica y la implantación de una prótesis que mejoraría su condición de vida. Sin embargo, la víctima no permitió la práctica del tratamiento médico y, en consecuencia, los efectos del daño se incrementaron.

La Corte de Apelación estudió el caso conforme a la regla jurisprudencial existente –para ese momento– en materia de mitigación del daño, lo que conllevó que se dijera que el agente generador original del perjuicio no debía soportar las consecuencias económicas de la negligencia de la víctima. Sin embargo, el demandante acudió a la casación argumentando que el fallo del *a quem* violaba el principio de la reparación integral, esto en la medida que todo el daño probado no había sido indemnizado. Así, la Corte de Casación le dio la razón al demandante y, además, consideró que la aplicación de la mitigación del daño a la integridad personal era una violación al artículo 16.3 del *Code Civile*<sup>49</sup>.

La postura jurisprudencial propuesta en el anterior caso no constituyó una decisión aislada, sino que con el tiempo ganó representatividad en las sentencias de la Corte de Casación francesa. Así, vale la pena referenciar otro caso del 19 de junio de 2003. Este había sido fallado por el Tribunal de Apelaciones de Montpellier, donde se determinó que la víctima de un accidente de tránsito, luego de acaecido el daño, tuvo la oportunidad

46 L. C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 197-198.

47 *Ibidem*.

48 S. Le Pautremat, "Mitigation of damage: A french perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, cit, p. 208-2010.

49 Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 19 mars 1997, n.º de pourvoi. 93-10914.

de mitigar el perjuicio por medio de tratamientos neurológicos y neuropsicológicos. No obstante, la víctima se negó a la práctica de tales procedimientos, de modo que su daño se prolongó en el tiempo y, en consecuencia, se incrementó el monto de este.

En ese orden, el Tribunal de Apelaciones decidió que la conducta de la víctima se calificaba como culposa, lo cual implicaba que el agente generador del daño solo respondería por los daños causados hasta el momento en el cual la víctima tuvo la oportunidad de evitar el perjuicio. En contraste, cuando la Corte de Casación analizó el caso, determinó que no era posible obligar a la víctima a que se sometiera a tratamientos médicos, razón por la cual en el caso no había culpa del afectado. Además, la Corte reiteró el principio de la reparación integral del daño, aduciendo que el agente debía reparar todas las consecuencias de los daños<sup>50</sup>, con fundamento en el artículo 1382 del *Code Civile*<sup>51</sup>.

De los casos analizados, es posible afirmar que la Corte de Casación francesa ha utilizado un principio de orden constitucional para no hacer exigible el deber de mitigar el daño a la integridad personal. Ahora, dicho principio se encuentra codificado en el *Code Civil*, pero el juzgador le ha dado preponderancia sobre las normas de orden legal y lo entiende como un derecho fundamental. En consecuencia, los jueces de casación circunscribieron su ejercicio hermenéutico a un silogismo judicial, el cual consiste en subsumir la disposición normativa en el caso en concreto y hallar la solución al problema jurídico. Sin embargo, consideramos que la Corte incurre en un error al escoger el método de interpretación planteado, ya que la aplicación del principio de la inviolabilidad del cuerpo humano genera una afectación al derecho fundamental del debido proceso, el cual recae en titularidad del demandado.

Sobre este particular, cabe resaltar que uno de los casos de violación al debido proceso se da cuando no se respetan los requisitos mínimos que permiten una justa aplicación del Derecho probatorio, ya que dicho desconocimiento viciaría la *ratio decidendi* de una sentencia<sup>52</sup>. En este orden, dentro del supuesto de hecho estudiado, habría una vulneración al debido proceso cuando un sujeto sea condenado sin que el demandante acredite los elementos esenciales de la responsabilidad, siempre que el principio de inviolabilidad del cuerpo humano permita imputar al demandado los daños que causalmente le son atribuibles a la víctima. Lo anterior, en tanto que esta última tuvo la oportunidad de mitigar los efectos del daño. En otras palabras, una de las posibles vulneraciones al debido proceso se da cuando el juez desconoce o implica las reglas de prueba de manera correcta; entonces, dicha afectación implica que el demandante –a quien le incumbe probar– logra sacar avante una pretensión indemnizatoria sin acreditar que la totalidad de los daños le son imputables al demandado.

50 Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 19 juin 2003, n.º de pourvoi. 01-11161.

51 "Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia".

52 M. Agudelo Ramírez, "EL debido proceso", *Opinión Jurídica*, Vol. 4, n.º 7, 2005, p. 92.

De este modo, dentro de los casos planteados el juez no podría realizar un silogismo jurídico, dado que no existe una única disposición normativa aplicable dentro del mismo nivel de fuentes del Derecho. En este orden, en tanto existen dos disposiciones de rango constitucional aplicables, consideramos que la herramienta hermenéutica que debe ser utilizada es la ponderación, la cual permite sopesar dos derechos de orden constitucional y darle a uno de ellos primacía sobre otro<sup>53</sup>. Adicionalmente, cabe aclarar que la ponderación depende de una colisión entre dos principios que tienen la misma importancia jurídica y no pueden ser satisfechos al mismo tiempo, sino que uno de ellos debe ceder ante la imposición del otro, es decir, que son excluyentes dentro del caso en concreto.

En vista de lo explicado, podemos decir que existe una colisión entre los derechos del debido proceso y la inviolabilidad del cuerpo humano, los cuales, según la técnica de la ponderación *–ex ante–*, gozan del mismo peso, pero puestos en circunstancias específicas *–ex post–* uno de ellos debe ser preferido sobre el otro<sup>54</sup>. Ahora, la prueba de ponderación se estructura en tres partes: la ley de la ponderación, la fórmula de ponderación y las cargas de la argumentación<sup>55</sup>.

Según Robert Alexy, la ley de la ponderación consiste en que la afectación de uno de los derechos en colisión repercute en una correlativa satisfacción del otro derecho. Entonces, para realizar un balance se debe establecer una escala de afectación, la cual se divide en tres grados: leve, medio e intenso<sup>56</sup>. Además, para obtener una conclusión sobre este punto se debe realizar una comparación entre los efectos de cada uno de los posibles escenarios.

Entonces, acudiendo al caso en concreto, es posible determinar que la primacía del principio de la inviolabilidad del cuerpo humano genera una afectación *media* al derecho debido proceso, ya que si bien existe un eximente de responsabilidad *–la mitigación–* que no permite la atribución total del daño, es menester recalcar que la conducta del demandado es la causa del hecho lesivo. Entonces, la ruptura de la causalidad no es absoluta, ya que la víctima no pudo impedir la totalidad del perjuicio, sino únicamente de una parte que, en todo caso, sigue teniendo relación con el demandante.

Por otro lado, la prevalencia del debido proceso ocasiona una afectación *media* al principio de la inviolabilidad del cuerpo humano. Lo anterior, siempre que la víctima no está obligada a someterse a tratamientos médicos que mitiguen los perjuicios *–lo cual, en caso de ser posible, sería una afectación intensa a dicho derecho–*, sino que el agente generador del perjuicio no será responsable por aquello que indirectamente

53 S. Sánchez González, "De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 12-13, Segundo Semestre, 2004, p. 355.

54 C. Bernal Pulido, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 20-24.

55 M. Atienza Rodríguez, "A vueltas con la ponderación", *La Razón del Derecho*, Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, n.º 1, 2010, p. 3.

56 R. Alexy, "Epilogo de la teoría de los derechos fundamentales", *REDC*, n.º 66, 2002, pp. 31-34.

causó. En otras palabras, la mitigación del daño a la integridad personal no implica que el afectado deba coartar su libertad y subordinarse a los tratamientos médicos que eviten o disminuyan los efectos del daño; por el contrario, la autonomía de la víctima permanece intacta pero dentro de un escenario de autorresponsabilidad, donde a esta se le atribuyen los efectos de su conducta. Empero, la afectación *media* del Derecho se encuentra en tanto la víctima tiene que soportar una carga que, en principio, por el mero ejercicio de su derecho no debía soportar, pero con la ocurrencia del accidente debe hacerlo.

Continuando con la prueba de ponderación, lo anterior debe ser desarrollado en la fórmula de peso, la cual es un instrumento que pretende permear de objetividad a la ponderación. Con todo, dentro del presente trabajo será desarrollada en cuanto gráficamente permite explicar lo hasta aquí expuesto y, además, robustece el análisis teórico que luego ofrecerá una conclusión. Así, la fórmula se expresa de la siguiente manera<sup>57</sup>:

$$DP_{i,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

El objetivo de la fórmula propuesta es comparar el derecho Pi con el derecho Pj, lo que permitirá determinar cuál de estos dos, en el caso en concreto, tiene mayor peso. Dentro de nuestra fórmula, el derecho a la inviolabilidad del cuerpo humano se identificará con Pi y el derecho al debido proceso, con Pj.

Continuando, IPiC corresponderá al grado de afectación del derecho Pi dentro de las circunstancias planteadas, el cual, teniendo en cuenta las escalas de Robert Alexy<sup>58</sup> y lo dicho a hasta este momento, corresponde a un nivel medio, equivalente a 2. Adicionalmente, el peso en abstracto se identificará con GPiA y equivaldrá a 4, toda vez que el principio de la inviolabilidad de cuerpo humano juega un papel principal en la protección de la vida y la autodeterminación de los sujetos<sup>59</sup>. El último valor, conocido

57 En este punto vale aclarar que la fórmula se expresa por medio de una fracción; no obstante, el resultado de la operación nos dará el peso del derecho que se encuentra en el numerador, por ejemplo, si quisiéramos determinar el peso de Pi debemos poner los números asignados a este derecho en el numerador y los de Pj en el denominador. Paralelamente, cuando se vaya a determinar el peso de Pj, los números asignados a este derecho deberán ser puestos en el numerador y los Pi en el denominador. Luego de tener el producto de cada ejercicio, comparativamente se determinará cuál derecho pesa más y, por ende, prevalecerá sobre el otro.

58 Los grados de afectación de un derecho se miden por medio de la escala triádica de Robert Alexy, que se divide en tres niveles: leve, medio e intenso, las cuales equivalen respectivamente a 1, 2 y 4. R. Alexy, "Epilogo de la teoría de los derechos fundamentales", cit., pp. 31-34.

59 Sobre este punto, el jurista Stefano Rodotà explica que la autodeterminación es un principio que surgió en la modernidad con la llegada de los Estados, de manera que, en un principio, dicho derecho se conformó dentro del ámbito internacional para permitirles a los pueblos la titularidad de la libertad. Luego, el principio de la autodeterminación tuvo una restructuración respecto de su alcance, ya que constituyó un eje fundamental para conceptualizar las libertades y garantías individuales, como lo son el *habeas corpus*, el consentimiento informado en materia médica y la inviolabilidad del cuerpo

como SPiC, hace caso a la certeza de las premisas, que en este caso será de 1 en cuanto existe una efectiva afectación al derecho en cuestión.

En contraste, WPjC representará la afectación en concreto del derecho Pj, que en este caso equivaldrá a 2, es decir un nivel *medio*, como ya se explicó. Ahora, GPJA hace caso al valor en abstracto del debido proceso, el cual corresponde a 2, toda vez que este derecho tiene una estricta relación con la administración de justicia y es fundamental para el desarrollo de las funciones públicas<sup>60</sup>. No obstante, dicho derecho no cumple un papel fundamental en la vida de las personas, de modo que no se le puede asignar el valor máximo<sup>61</sup>. Respecto de SPjC también se puede decir que hay una certeza en la afectación a la cual se le dará el valor de 1.

En consecuencia, el resultado de la fórmula de peso respecto del derecho de la inviolabilidad del cuerpo humano nos daría el siguiente resultado:

$$DP_{i,j}C = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1 = 8}{2 \cdot 2 \cdot 1 = 4} = 2$$

Ahora, con el objetivo de hacer la comparación mencionada, es necesario aplicar la fórmula de manera inversa para lograr determinar el peso del derecho al debido proceso, lo que se expresa de la siguiente manera:

$$DP_{i,j}C = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1 = 4}{2 \cdot 4 \cdot 1 = 8} = 0.5$$

Así las cosas, la fórmula de peso permite concluir que, en el caso en concreto, la inviolabilidad del cuerpo humano tiene un peso de 2 y el debido proceso de 0.5, de modo que, entre en este caso debe prevalecer el derecho de la inviolabilidad del cuerpo humano.

Pasando a la última parte de la prueba de ponderación, conocida como las cargas de la argumentación, encontramos que en esta se solucionan los posibles empates que se puedan dar dentro de la fórmula de peso. Por lo tanto, sobre este punto la doctrina ha establecido unos criterios de desempate, como lo es argumentar en favor de aquellos derechos que propendan por la libertad o la igualdad jurídica. Adicionalmente,

humano. De este modo, la autonomía de la persona y el amparo de la misma son elementos determinantes para enaltecer la libertad congénita de los individuos. S. Rodotá, *El Derecho a Tener Derechos*, Editorial Trotta, 2014, pp. 235-241.

60 El derecho fundamental al debido proceso se entiende como el conjunto de requisitos, condiciones y formalidades que permiten un procedimiento libre de contradicciones o perjuicios para alguna de las partes. Actualmente, el debido proceso es el eje principal del Derecho Procesal, siempre que dicha área del derecho se encarga de brindar un marco normativo mínimo que se asegure de procesar un derecho justo. M. Agudelo Ramírez, "El debido proceso", *Opinión Jurídica*, cit., pp. 91-32.

61 C. Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 102.

dentro de una postura más reciente, se ha adoptado al principio democrático como criterio de desempate, lo que quiere decir que, en el juicio de constitucionalidad, donde los derechos o principios en colisión tengan el mismo peso, el juzgador deberá dar una solución en favor de la norma o ley estudiada<sup>62</sup>.

Debido a lo anterior, vale recordar que en nuestro caso la fórmula de peso arrojó un resultado asimétrico, de modo que no se hace necesario recurrir a las cargas de la argumentación con el objetivo de solucionar el desempate. Entonces, luego de todo el análisis propuesto, es posible concluir que la perspectiva del Derecho Constitucional indica que, en el caso de la mitigación del daño a la integridad personal, hay una colisión entre el derecho a la inviolabilidad del cuerpo humano y el derecho al debido proceso. De ahí que sea plausible aplicar una prueba de ponderación, la cual determina que, dentro del supuesto de hecho estudiado, el derecho a la inviolabilidad del cuerpo humano pesa más que su homónimo circunstancial, el derecho al debido proceso.

En conclusión, si el caso citado al principio de este apartado hubiera sido solucionado en el ordenamiento jurídico colombiano, podemos afirmar que este consideraría al derecho de la inviolabilidad del cuerpo humano sobre el derecho al debido proceso, lo que no dista de la solución tomada por la Corte de Casación francesa, con la salvedad de que la vía argumentativa adoptada en las presentes líneas es bastante distinta.

Así las cosas, a continuación, analizaremos la figura de la mitigación del daño a la integridad personal desde la perspectiva del Derecho civil, con el fin último de obtener unas conclusiones generales que, desde el ámbito jurídico, servirán para complementar el análisis propuesto en la primera parte de este trabajo.

## 2. Perspectiva del Derecho civil

La figura de la mitigación del daño ha tenido su desarrollo principal dentro de la dogmática del Derecho civil, de ahí que se haga indispensable el uso de esta perspectiva para analizar el problema jurídico planteado. Así, en este punto se debe matizar la tensión de derechos que se ha venido estudiando desde el principio de este acápite, ya que, dentro del Derecho civil, puede cambiar sustancialmente. Pero eso sí, los casos ya explicados son fundamentales para continuar con este punto, toda vez que allí se dejaron ver varias figuras jurídicas que serán utilizadas en este apartado, aclarando de nuevo que la postura propuesta busca tener vigencia y reconocimiento para el ordenamiento jurídico colombiano.

Recordando, uno de los principales argumentos de la Corte de Casación francesa para negar la aplicación del deber de mitigar el daño a la integridad personal es la presunta violación del principio de la reparación integral. Lo anterior, en tanto que hallarle la razón al demandado implicaría que la víctima soporta los perjuicios a partir del momento en el que omite desplegar las actuaciones tendientes a evitar o disminuir

62 C. Bernal Pulido, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 26-27.

el daño. Entonces, el objetivo ahora es corroborar si efectivamente hay una afectación a dicho principio, porque, de no ser así, la Corte estaría desconociendo los límites de la responsabilidad para atribuirle injustificadamente una parte del daño al demandado.

Dicho esto, el problema jurídico planteado ha tomado un nuevo rostro, donde los derechos en colisión se identifican por medio de nomenclaturas jurídicas propias del Derecho civil. Es así como el discurso desarrollado cambia de vestido, para analizar la supuesta o efectiva colisión entre la reparación integral de la víctima y el nexo de causal, este último como un criterio esencial para determinar los límites de la responsabilidad civil. Por ende, surge aquí la oportunidad de revisar la literatura jurídica e ir decantando cada una de las figuras mencionadas, lo que nos brindará algunas conclusiones.

Para desarrollar el objetivo propuesto es necesario conceptualizar, en los términos de la doctrina colombiana, el principio de la reparación integral, el cual, por lo general, se explica teniendo en cuenta sus fines<sup>63</sup>. De este modo, en palabras de Juan Carlos Henao, diremos que "la reparación debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso"<sup>64</sup>. De hecho, si la indemnización del daño excediera el equivalente pecuniario de los perjuicios se produciría un enriquecimiento sin causa, toda vez que las normas de la responsabilidad civil únicamente justifican aquellas erogaciones que tengan como propósito reparar el daño<sup>65</sup>.

Como ya se dijo, el principio de la reparación integral surgió con la teoría de la diferencia del jurista alemán Friedrich Mommsen. Según él, el daño se determina por medio de un análisis hipotético, donde es necesario imaginar el patrimonio de la víctima sin la ocurrencia del daño, para luego compararlo con el patrimonio realmente afectado. Así, de dicho ejercicio surge una diferencia entre el patrimonio hipotético y el real, lo que permitirá determinar el valor por el cual, económicamente, el agente generador del daño estaría obligado a indemnizar a la víctima<sup>66</sup>.

63 En este punto pretendo explicar el principio de la reparación integral a partir de su papel dentro de la estructura de la Responsabilidad Civil. No obstante, otra forma de concebir el estudio de este principio es a partir de sus funciones, lo que se puede entender como el impacto que este tiene desde la perspectiva social e histórica. E. Rodotá, "Modelos y funciones de la Responsabilidad Civil", *Revista de Derecho*, Themis, n.º 50, Trad. Leysser L. León, 2005.

64 Adicionalmente, en este mismo sentido existe una famosa locución que menciona lo siguiente: "se debe indemnizar el daño, solo el daño y nada más que el daño". J. C. Henao, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, cit, pp. 45.

65 El enriquecimiento injustificado o sin causa es una figura jurídica que se encarga de restituir todas aquellas erogaciones patrimoniales que se hayan hecho sin un respaldo jurídico, es decir, es la corrección que tienen aquellos actos que comportan el empobrecimiento de un sujeto y el enriquecimiento de otro sin una fuente de obligaciones que lo pueda explicar. Entonces, si bien la indemnización que surgen con ocasión de un daño tiene una fuente de obligaciones, cuando se repara por una suma superior a la equivalente al daño se genera un enriquecimiento sin causa, ya que la ley solo justifica aquellas erogaciones que tengan como razón de ser el daño. J. L. Benavides, "Enriquecimiento sin causa y contratos públicos", *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestroza*, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 154.

66 F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1853.

Ahora, la teoría de la diferencia fue criticada en cuanto conducía a una concepción abstracta de daño, lo que repercutía en un desconocimiento de las particularidades que podría tener el caso en concreto. Por ejemplo, cuando la obligación que surge de la responsabilidad extracontractual consiste en reponer un objeto por otro, la teoría de la diferencia es inoperante, ya que el nuevo objeto no tendrá el desgaste que tenía el objeto destruido, diferente de lo que sucede cuando el demandado es condenado por el valor del objeto destruido<sup>67</sup>. La anterior crítica fue desarrollada por Oertmann y Walsmann, quienes plantearon sus contribuciones científicas a partir de un concepto de daño concreto, el cual permite analizar las circunstancias específicas de cada caso para determinar el alcance del hecho lesivo<sup>68</sup>.

Con todo, cuando se habla de reparación integral se está haciendo referencia a una metodología para determinar el monto por el cual un sujeto será declarado responsable. De ahí que se haga necesario nombrar a Joseph Pothier, quien, si bien no desarrolló el concepto *reparación integral*, logró establecer una teoría sobre la responsabilidad civil que ha influenciado varios ordenamientos jurídicos.

Así, este jurista francés definió tres criterios para seleccionar el daño que sería reparado: previsibilidad, inmediatez y necesidad. El primero hace caso a la posibilidad que tiene el deudor de limitar su responsabilidad hasta por aquello que logró prever al momento de la celebración del contrato o de la ejecución de la conducta generadora de daño<sup>69</sup>—en Colombia, este criterio no opera en materia extracontractual—. El segundo criterio deja por fuera de la reparación aquellas consecuencias del hecho lesivo que sean indirectas y, por ende, que no tengan una relación causal inmediata con la conducta del agente. Por último, el tercer criterio se refiere a las consecuencias innecesarias, las cuales pudieron ser evitadas por la víctima obrando de manera diligente<sup>70</sup>.

67 Por esta razón, el ordenamiento italiano distinguió entre la reparación por el equivalente y la reparación en forma específica. La primera de ellas consiste en aquella indemnización que se determina por el subrogado pecuniario del daño. En cambio, la segunda forma de reparación procede cuando se debe reponer un objeto que ha sido destruido o dañado.

G. Visintini, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, Trad. Mariateresa Cellurale, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 291.

68 Sobre las críticas a la teoría de la diferencia y el surgimiento de la teoría concreta de daño véase: L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Derecho de Daños*, Civitas, 2001, pp. 312-314.

69 Sobre este punto existe un famoso ejemplo de Pothier, el cual consiste en un escenario de responsabilidad contractual, donde dos sujetos celebran un contrato de compraventa y el objeto del mismo son animales, los cuales estaban enfermos en el momento de su entrega. Entonces, de dicho incumplimiento el comprador sufrió las siguientes consecuencias: 1) el contagio y muerte de otros animales de su propiedad, 2) debido a la inexistencia de bovinos no fue posible cultivar la granja y 3) surgió una imposibilidad de cumplir compromisos contractuales por la ruina económica. Así, Pothier menciona que de dichas consecuencias solo la 1 y la 2 son directas e inmediatas; en cambio, la número 3 es indirecta y, por ende, no es responsabilidad del vendedor. G. Visintini, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, cit., pp. 298-299.

70 Cabe aclarar que en la teoría de Pothier es un desarrollo de los trabajos de Du Moulin y Domat, para leer más sobre este punto ver: L. C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 135-179.

Cuando se analizan los criterios de Pothier, se puede determinar que los dos últimos hacen caso a la relación de causalidad que permite atribuirle a un sujeto los efectos de su conducta. Por consiguiente, cuando una víctima no mitiga el daño padecido, lo que sucede es una interrupción del nexo causal, de modo que se hace imposible atribuirle al agente del daño aquellos perjuicios que el afectado pudo evitar.

Entonces, habiendo estudiado la teoría de la diferencia de Momsen y el criterio de las consecuencias necesarias del daño de Pothier, surge ahora la pregunta de si estas teorías son antagónicas o compatibles, ya que la respuesta a dicho interrogante resolvería el problema jurídico que se ha venido trabajando. Lo anterior, en la medida en que es necesario determinar si en verdad el deber de mitigar el daño a la integridad personal genera una violación al principio de la reparación integral, tal como lo afirma la Corte de Casación francesa. En resumen, el asunto ahora es analizar si se puede garantizar el principio de la reparación integral –teoría de Momsen– aplicando el deber de mitigar el daño a la integridad personal –teoría de Pothier–.

Para ahondar en lo anterior, es necesario hacer una referencia a la pandectística alemana, ya que dicha doctrina desarrolló el concepto de la reparación integral. De cualquier modo, es preciso aclarar que esta escuela jurídica se encontraba en desacuerdo con algunos postulados de Pothier, tanto así que, con el propósito de proteger el principio de la reparación integral, se desaprobaron los criterios de previsibilidad e inmediatez, ya que se afirmaba que el agente generador del hecho lesivo debía responder por lo imprevisible y, además, por aquello que estuviera precedido de la interferencia de otros hechos. De este modo, emerge de la doctrina alemana una regla por medio de la cual el agente está obligado a reparar todas las consecuencias que no hubieran surgido sin la ejecución de su actuar. No obstante, el jurista Bernhard Windscheid aseguró que solo existía una excepción al principio de reparación integral y ella procedía cuando la víctima tenía la posibilidad de evitar el daño<sup>71</sup>.

Debido a lo anterior, el autor mencionado dio cabida a la figura de la mitigación del daño como una excepción al principio de la reparación integral; en el mismo sentido coincidió la contemporánea doctrinante Giovanna Visintini, quien desarrolló la figura estudiada dentro de su libro en un capítulo titulado *El principio de la reparación integral y sus límites*<sup>72</sup>. Así las cosas, luego de una lectura cuidadosa a todo lo escrito a este punto, es posible evidenciar que nuestro problema jurídico se ha ido difuminando de tal manera que es viable dar una respuesta anticipada, siempre que la doctrina (Windscheid y Visintini) indica el grave error de la Corte de Casación francesa cuando esta afirma que la mitigación del daño se debe subordinar a la reparación integral de víctima, toda vez que el deber de evitar los perjuicios se consolida como una *excepción* a dicho principio.

71 B. Windscheid, *Tratado de Derecho Civil Alemán*, Universidad Externado de Colombia, 1976, pp. 40-55.

72 Cabe aclarar que la jurista Giovanna Visintini luego, en el desarrollo de su escrito, justifica la aplicación de la mitigación del daño a partir de la teoría de la causalidad. Sin embargo, en el capítulo del libro dedicado a la causalidad no hace referencia a la figura. G. Visintini, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, cit., pp. 291-310.

Sin embargo, es posible advertir que el anterior análisis no es del todo correcto, ya que cuando se estudia una institución de la responsabilidad civil esta debe ser analizada dentro de alguno de los elementos estructurales que da origen a la obligación indemnizatoria, a saber: daño, culpa o nexo causal. Entonces, al decir que la mitigación es una excepción al principio de reparación integral, se está ubicando a esta última figura en la categoría del daño. Ahora, lo anterior es un error siempre que en la categoría mencionada –el daño– jamás se ha estudiado la conducta de la víctima para determinar la responsabilidad, diferente de lo que ha sucedido en sede de causalidad, donde *objetivamente* se ha considerado la conducta del agente y del afectado como hecho causal en la producción del daño. De este modo, podemos afirmar que el principio de reparación integral pertenece a la categoría dogmática del daño y la mitigación pertenece a la causalidad.

En otras palabras, decir que la mitigación es una excepción de la reparación integral implica confundir el estudio de las categorías dogmáticas que fundamentan la responsabilidad civil.

Así las cosas, la mitigación estudia la conducta de la víctima como un hecho colaborador en la producción del daño, de modo que esta debe ser ubicada dentro de la categoría del nexo causal. Lo anterior, sin entrar en conflicto con el principio de la reparación integral, ya que la indemnización del daño está supeditada a lo que causalmente le es atribuible al agente. En este sentido, podemos hacer referencia al jurista alemán Dernburg, quien no consideró que el principio de la reparación integral tuviera límites<sup>73</sup>, pero propuso la aplicación de la mitigación del daño por medio del nexo causal<sup>74</sup>.

En consecuencia, la Corte de Casación francesa incurre en un gran error al argumentar que la figura de la mitigación del daño viola el principio de la reparación integral, ya que dicha conclusión solo puede surgir de un análisis desordenado del juicio de responsabilidad, donde no se tiene en cuenta a qué categoría pertenece cada una de las figuras estudiadas. Así las cosas, ya sea que el daño provenga de una afectación a la integridad personal o no, la mitigación de los perjuicios debe operar exactamente igual. Ahora, si este análisis se replicara dentro del Derecho colombiano, sería posible afirmar lo mismo, toda vez que las categorías dogmáticas de la responsabilidad civil no cambian en los ordenamientos estudiados.

Para finalizar, es pertinente tener en cuenta la postura de Henri y Léon Mazeaud, quienes propusieron que el deber de mitigar los perjuicios también debe aplicarse cuando estos devienen de un daño a la integridad personal. Es decir, la víctima tiene

73 Existen posturas que afirman que el principio de reparación integral posee límites; este es el caso del jurista Ramón Domínguez Águila, quien en un artículo considera algunas problemáticas de esta figura. No obstante, en ninguna parte de su escrito considera a la mitigación del daño como un límite de la reparación integral. R. Domínguez Águila, "Los límites al principio de reparación integral" *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, pp. 9-28.

74 L. C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 216-217.

el deber de someterse a aquellos tratamientos médicos que le permitan disminuir el alcance del hecho lesivo, lo que no debe entenderse como una obligación, pero sí como un elemento determinante para definir el *quantum respondeatur*. Ahora, hay algo que se ha dejado claro desde el principio de este escrito y es que la víctima no tiene el deber de evitar los perjuicios cuando requiera de procedimientos que impliquen un alto riesgo o dolor<sup>75</sup>.

En resumen, bajo la perspectiva del Derecho civil, es posible afirmar que la mitigación del daño a la integridad personal tiene plena aplicación. De modo que no es posible determinar que hay una violación al principio de la reparación integral de la víctima. Así las cosas, hasta este punto hemos realizado todas las anotaciones y comentarios de orden jurídico que merece la figura estudiada, encontrando que en materia de Derecho constitucional y de Derecho civil las soluciones al mismo problema jurídico son distintas. Lo anterior nos permite continuar con un análisis económico, el cual pretende incorporar algunas observaciones en cuanto a la parte aplicativa de la mitigación. De este modo, al final de este documento será posible entregar al lector un estudio integral de la mitigación del daño a la integridad personal, brindando un desempate al debate planteado por medio de la teoría económica.

### III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

Este acápite tiene el objetivo de proponer al AED como una herramienta válida y necesaria para estudiar el deber que tiene la víctima de prevenir los efectos del perjuicio, teniendo en cuenta que los daños causados repercuten en el cuerpo humano.

Para poder explicar cómo actúa el AED en el presente caso, conviene señalar que la responsabilidad civil está dividida en dos partes, una estructural y otra funcional. La primera de ellas hace caso a los elementos que tradicionalmente son utilizados para atribuirle responsabilidad a un sujeto, esto es, daño, causalidad y culpa<sup>76</sup>. Por otro lado, en la parte funcional encontramos los objetivos que se le atribuyen a la responsabilidad como institución que pertenece al ordenamiento jurídico, los cuales son prevenir y reparar los daños y perjuicios<sup>77</sup>. Así las cosas, el AED tiene la posibilidad de articular estos dos aspectos generales de la responsabilidad para que entre ellos exista una

75 H. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Sexta Edición, Tomo 2, Montchrestien, 1983, pp. 72 y 71.

76 Dentro de una teoría más moderna podríamos decir que los elementos estructurales de la responsabilidad son: daño, imputación y deber jurídico de no causar un daño. J. Coleman, G. Mendlow. "Las teorías de la responsabilidad extracontractual", *La filosofía de la responsabilidad civil*, cit., pp. 178-179.

77 Adicionalmente, dentro de la doctrina, también se ha llegado a hablar de una función sancionatoria de la responsabilidad civil, lo cierto es que esta figura se encuentra proscrita en nuestro sistema jurídico y en la gran mayoría de ordenamientos del *Civil Law*. En contraste, esta figura es propia del *Common Law*, concretamente, del ordenamiento jurídico estadounidense y se conoce por medio de los *punitive damages*. L. Díez-Picazo. *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, 1999, pp. 42-45.

comunicación clara; lo que el jurista tradicional hacía por medio de la intuición, ahora se hace por medio de la teoría económica<sup>78</sup>.

Teniendo en cuenta lo señalado en la sección anterior, el deber de mitigar el daño es una figura que se encuentra en la parte estructural de la responsabilidad, concretamente en la categoría dogmática de la causalidad, ya que esta permite evaluar la conducta omisiva de la víctima en la ruptura del nexo causal que exime parcialmente de responsabilidad al demandado. En este orden, el AED estudiará, desde una perspectiva funcional, los efectos de la procedencia o improcedencia de la mitigación del daño a la integridad personal en la prevención y reparación de perjuicios, y la manera como esta institución afecta los objetivos que se le atribuyen al derecho de la responsabilidad.

Recordando lo mencionado al principio de este trabajo, es posible afirmar que el deber de mitigar el daño a la integridad personal se encuentra en discusión, en la medida en que existen posturas disímiles frente a su aplicación. Como ya se dijo, la doctrina y la jurisprudencia estadounidense consideran que esta figura debe ser utilizada frente a cualquier tipo de daño y, por otro lado, la jurisprudencia francesa determina que esta figura no debe ser aplicada en los casos de daños a la integridad personal, ya que con esto se violarían los derechos fundamentales de las víctimas. De manera que existen dos formas de asignar las titularidades o derechos dentro del caso objeto de estudio, lo que permite la aplicación del AED con el propósito de identificar los incentivos y costos que producen las posturas mencionadas<sup>79</sup> y, en consecuencia, determinar cuál de las posibles situaciones es más eficiente.

Entonces, las reglas explicadas centran su discusión en definir la persona que debe soportar el daño a la integridad personal, siempre que la víctima tenga la oportunidad de mitigar el perjuicio. En otras palabras, el problema propuesto estudia la atribución jurídica de un hecho lesivo, con la posibilidad de asignarlo a quien causó el perjuicio o a quien lo sufrió. Para proponer una solución al debate en cuestión, es indispensable remitirnos a las figuras económicas que más se acercan a la lógica de la responsabilidad civil, ya que por medio de las herramientas jurídicas se hace imposible absolver un juicio de eficiencia, el cual, al fin y al cabo, permite analizar la funcionalidad –en términos económicos– de una regla o norma.

Ahora, dentro de la economía, la teoría de las externalidades es la figura que tradicionalmente ha sido empleada para analizar la responsabilidad civil, toda vez que

78 Cabe aclarar en este punto la contradicción que existe entre el análisis tradicional de la responsabilidad y el análisis económico. El primero de estos considera que el fundamento de la reparación –más no de la responsabilidad, el fundamento de esta es la libertad– se encuentra en el concepto de justicia correctiva, el cual busca restablecer a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. En contraste, el fundamento de la reparación propuesto por el AED reposa en la eficiencia, entendida esta como la herramienta que le permite al Derecho establecer normas encaminadas a disuadir aquellas conductas generadoras de costos sociales. P. G. Monateri. "Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo", *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, ARA Editores, 2001, p.109.

79 E. W. Kitch. "Los fundamentos intelectuales del AED" *Derecho y Economía: una revisión a la literatura*, Primera Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, 2002.

esta se refiere al estudio de los costos que injustificadamente soporta un sujeto en beneficio de la actividad económica que realiza otro<sup>80</sup>. Así, el remedio adoptado para dicha problemática es la internalización, lo que obliga al generador de la externalidad a soportar los costos que otros sufren por la actividad que él desempeña. En comparación, la responsabilidad extracontractual tiene una lógica bastante parecida, ya que el daño que genera un sujeto, para ser válido y relevante en términos jurídicos, tiene que recaer sobre un tercero, quien padece los costos de la actividad y tiene la facultad de solicitar la indemnización de los daños<sup>81</sup>.

En este orden, se evidencia que la teoría de las externalidades tiene una clara semejanza con la responsabilidad civil, siempre que el mismo supuesto fáctico puede ser estudiado desde cualquiera de las dos áreas; sin embargo, si las figuras estudiadas son tan parecidas, ¿cuál es la razón de estudiar un problema jurídico de la responsabilidad civil desde la teoría de las externalidades?

A pesar de existir muchas similitudes en los supuestos que estudian la responsabilidad y las externalidades, la misma coincidencia no se encuentra en los criterios utilizados para saber cuándo se debe indemnizar o cuándo internalizar, ya que, en el primer caso, la procedencia de una pretensión indemnizatoria se encuentra condicionada a la existencia de daño, causalidad y culpa, mientras que, en el segundo caso, una medida de internalización está condicionada a la teoría microeconómica, esto es,

80 R. S. Pindyck, D. L. Rubinfeld, *Microeconomía*, edº 7, Pearson Prentice Hall, 2009, pp. 747-748.

81 En este punto es importante hacer una claridad, en lo que tiene que ver con los alcances de la responsabilidad civil y las externalidades, siempre que no se puede negar la mayor cobertura que tiene la responsabilidad en comparación con las externalidades. Es decir, la responsabilidad, como remedio a una situación de daño, intenta indemnizar todos los daños que pueda llegar a padecer una persona y que le sean atribuibles a un agente, esto es lo que se conoce como la reparación integral. Este principio es tan importante que amplió el concepto de daño hasta la congoja o sufrimiento moral de una persona, pero no solo eso, también ha tenido en cuenta los perjuicios que afectan las relaciones que tenemos con los demás y nuestro entorno. Adicionalmente, desde una perspectiva constitucional, se ha dado una protección más importante cuando el daño recae sobre un bien jurídico protegido por un derecho fundamental. En contraste, la misma amplitud no ha sido considerada por la teoría de las externalidades, siempre que esta herramienta no tiene por objeto una materia tan íntima y particular como lo es el sufrimiento de una persona. En mi opinión, lo anterior se puede explicar por los orígenes de cada una de las figuras mencionadas; recordemos que la responsabilidad tiene su génesis en la relación jurídica que comparten dos personas con ocasión de un daño, de manera que la preocupación del derecho al respecto ha sido profunda, logrando cubrir el mayor número de afectaciones que pueden ser probadas por las víctimas. Muy diferente es la situación de las externalidades, las cuales no tienen una génesis, si se quiere, de orden privado, sino que más bien han sido utilizadas para estudiar los problemas de orden económico y social. Con todo, el AED ha logrado relacionar a estas dos figuras de una forma bastante válida, tanto así que la responsabilidad ya no solo se considera como un problema privado, sino también social y económico y, por otro lado, las externalidades ya no son, únicamente, un problema social y económico, sino también particular. Lo que tiene que ver con daños extrapatrimoniales y tutela de la persona, véase a: M. Koteich Khatib, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona: del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia, 2012. Lo que tiene que ver con la responsabilidad civil y el AED, véase: D. M. Papayannis, "La responsabilidad civil como asignación de pérdidas", *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, enero, 2014, pp. 6-7.

criterios como la eficiencia o la equidad. Ahora, lo anterior no es un problema, ya que estas diferencias nos permiten brindar una nueva perspectiva al análisis del problema jurídico que plantea el deber de mitigar el daño a la integridad personal.

Luego de haber explicado la importancia de las externalidades para el caso de estudio, el objeto que nos ocupa a partir de ahora es determinar cómo debe ser internalizado el daño a la integridad personal cuando la víctima tiene el deber de mitigarlo. Debido a lo anterior, para nuestro caso en concreto, aplicaremos la teoría de Ronald Coase, quien propuso el estudio de las externalidades y, por ende, de los daños, desde una perspectiva de reciprocidad o bilateralidad<sup>82</sup>, teniendo en cuenta que quien causó el daño sufrirá un nuevo perjuicio al tener que repararlo.

Para entender lo anterior es necesario tener presente que, tradicionalmente, la responsabilidad se ha explicado o justificado a partir de una relación unidireccional, ya que el agente –deudor– y la víctima –acreedor– se encuentran relacionados en un solo sentido, donde el último tiene el derecho de exigir al primero la reparación de los perjuicios causados<sup>83</sup>. Entonces, la idea de Coase, se centra en superar esa concepción para visualizar el panorama del daño de manera general, teniendo en cuenta que el perjuicio no solo es un problema para la víctima, sino también para el agente, quien luego de la condena tendría una afectación.

Dicho esto, Coase encontró relevante estudiar el problema de la responsabilidad como un proceso de asignación de costos, los cuales podían recaer en la víctima o en el agente. Adicionalmente, haciendo uso de la economía, el problema tuvo como propósito determinar cuál de las asignaciones posibles tenía el resultado más eficiente. De lo anterior nació el Teorema de Coase, el cual permite, bajo determinadas condiciones, realizar las asignaciones de derechos con base en la teoría económica.

Para plantear el teorema mencionado debemos ver nuestro problema jurídico desde la reciprocidad, lo que comporta plantear dos formas de internalizar el daño, a saber: i) si se debe permitir que la víctima no mitigue el daño a la integridad personal y perjudique a quien lo causó agravando su responsabilidad o, por el contrario, ii) permitir que el generador del hecho lesivo pueda perjudicar a la víctima no reparando aquello que esta pudo evitar o disminuir.

Líneas arriba se mencionó que los criterios utilizados para internalizar e indemnizar no son los mismos y que esto es lo que nos permite plantear una nueva perspectiva del problema. Pues bien, este es el punto donde debemos centrarnos sobre ello, claro está, dejando a un lado los elementos necesarios para determinar cuándo se debe indemnizar,

82 H. A. Acciarri, "El análisis económico de daños. Una aproximación General", *La filosofía de la responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 431-432.

83 Esta forma de ver el Derecho y la responsabilidad todavía sigue siendo materia de estudio. De por sí, actualmente, Ernest J. Weinrib es uno de los filósofos del Derecho que defiende tal tesis, que tiene por objeto demostrar que el Derecho y "la idea de Derecho privado" son conceptos que se explican en sí mismos y que guardan su justificación en la relación jurídica bilateral que se origina por medio de las fuentes de las obligaciones. E. L. Weinrib, *La idea de Derecho privado*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2017, pp. 52-54.

toda vez que esto se trató en la primera parte de este documento. Entonces, a partir de este punto resolveremos la siguiente pregunta: ¿Cómo se debe *internalizar* el deber de mitigar el daño a la integridad personal?

El criterio que será utilizado para determinar la solución a una externalidad reposa en el concepto de la eficiencia, como ya se dijo. Precisamente, este es el eje central dentro del teorema del Coase<sup>84</sup>, el cual menciona que en un escenario sin costos de transacción<sup>85</sup> cualquier asignación de derechos que haga el ordenamiento, necesariamente, producirá resultados eficientes, en la medida en que el mercado reasignará los derechos a quien más los valore<sup>86</sup>. En otras palabras, cuando las personas puedan negociar derechos sin ningún tipo de restricción, las asignaciones iniciales son irrelevantes, siempre que las negociaciones futuras, libres de cualquier impedimento –costos de transacción– los reasignarán a quien les dé un mayor valor, lo que a su vez tendrá como resultado la eficiencia.

No obstante, los escenarios sin costos de transacción son bastante escasos, más que todo cuando el asunto a tratar es la responsabilidad extracontractual. De hecho, esta área jurídica surgió con el objetivo de suplir aquellos daños desprovistos de contratos, es decir, aquellos escenarios donde no existen acuerdos previos que asignen los posibles daños y perjuicios. Entonces, en principio, se podría decir que los costos de transacción son un impedimento para la eficiencia, pero una posible solución a este problema es asignar los derechos tal como la haría el mercado cuando los costos de transacción son bastante bajos.

Lo anterior significa que los operadores del ordenamiento jurídico, en un escenario con costos de transacción altos, deberán suponer las condiciones de un mercado que no requiera la utilización de recursos para concretar acuerdos o celebrar contratos, con el objetivo de simular las interacciones de los agentes y víctimas, y llevar a cabo una negociación de derechos eficiente. Luego de ello, teniendo el resultado de lo acordado por los contratantes ficticios, dicha asignación deberá aplicarse dentro del escenario desprovisto de contrato. De este modo, en tanto el caso hipotético tuvo un resultado eficiente por tener costos de transacción bajos, la aplicación de su resultado dentro del ordenamiento jurídico conducirá a una asignación de derechos eficiente.

Debido a lo anterior, el AED ha llegado a afirmar que la responsabilidad extracontractual es un derecho de carácter supletorio aplicable a las relaciones sociales generadoras

84 *Ibidem*, p. 432.

85 La inexistencia de costos de transacción permite que los sujetos del mercado interactúen entre sí sin ningún tipo de barrera, esto es, sin los impedimentos que proporcionan los costos de buscar una contraparte negocial, celebrar un contrato y ejecutarlo. R. H. Coase, "El problema del costo social", *CIP – Ecosocial*, 2011, pp. 44-45.

86 Sobre este punto, Diego M. Papayannis, menciona lo siguiente: "Es importante señalar que de acuerdo con el conocido Teorema de Coase, si las partes pueden negociar libremente, sus derechos están bien definidos por el ordenamiento jurídico y no hay costes de transacción, sin importar quién tiene derecho a qué, el resultado siempre será eficiente". D. M. Papayannis, "La responsabilidad civil como asignación de pérdidas", *Revista para el Análisis del Derecho*, cit., pp. 6-7.

de daños<sup>87</sup>, en la medida en que toda situación desprovista de contrato requiere de unas disposiciones genéricas que puedan suplir las contingencias que las partes negociales no pudieron prever, máxime cuando los involucrados ni siquiera tuvieron un contrato inicial; de por sí, en la gran mayoría de casos, las víctimas y los victimarios de daños producidos con culpa ni siquiera se conocen al momento del suceso dañino<sup>88</sup>.

Entonces, la forma de encontrar una asignación de derechos eficiente en materia de mitigación del daño a la integridad personal es simulando una negociación sin costos de transacción<sup>89</sup> y aplicar su resultado dentro del ordenamiento jurídico. Así las cosas, será necesario idear un supuesto hipotético, donde los intervinientes puedan determinar las estipulaciones aplicables cuando entre ellos ocurra un hecho generador de responsabilidad civil extracontractual, de modo que el resultado de la negociación, necesariamente, será eficiente y aplicable por medio de la regulación, tal como lo postula el Teorema de Coase.

En consecuencia, con el objeto de solucionar el problema jurídico del deber de mitigar el daño a la integridad personal, a continuación se planteará una serie de hechos que constituyen un supuesto hipotético, los cuales tienen su fuente en un caso fallado por la jurisprudencia francesa<sup>90</sup>, el cual se ha venido mencionando desde el principio de este trabajo, empero, para poder plantear una negociación se hace necesario asignarle unos valores numéricos hipotéticos. Así, los hechos de nuestro caso son los siguientes:

En el año 1990, Ana fue víctima de un accidente de tránsito ocasionado por Carlos, el cual la dejó con heridas graves e imposibilidad para trabajar. Luego, para el año 2000, el daño de Ana ascendía a \$80 y, para esta misma época, fue llamada por unos médicos que le propusieron reducir su incapacidad por un tratamiento que costaba \$5, lo cual no le causaría grandes molestias y le permitiría volver a trabajar. Sin embargo, Ana decidió no tomar el tratamiento y para el 2010 su daño se incrementó en \$20 adicionales, por lo cual su demanda contra Pedro tenía pretensiones por un valor \$100.

87 J. Coleman, *Daños y Riesgos*, Marcial Pons, 2010, pp. 192-193.

88 Esta afirmación es bastante útil para explicar cómo funciona el AED en materia de daños desprovistos de contratos, con el objetivo de establecer argumentos de corte funcional que permitan hacer un juicio de eficiencia. No obstante, en esta explicación no se encuentra el fundamento del Derecho de la Responsabilidad Civil, ya que ello equivaldría a decir que las indemnizaciones son precios para el intercambio de bienes y servicios sin ningún tipo de consentimiento. Es importante aclarar lo anterior, toda vez que la responsabilidad extracontractual tiene un juicio que se fundamenta –dogmáticamente– en el *Alterum Non Ledere*, esto es, el deber de no dañar a otros. Diferente es el asunto cuando nos encontramos un escenario contractual, ya que el fundamento de dicha figura sí es el intercambio de bienes y servicios de manera consensuada y sin ningún tipo de restricción o reproche, teniendo además en cuenta que la institución del contrato oneroso tiene por fin la creación de riqueza. M. Papayannis, “La práctica del *alterum non ledere*”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, octubre, 2014, pp. 45-53.

89 A esto se le conoce como “*Mimic the Market*”. J. L. Coleman, *Markets, Morals, and the Law*, Oxford Scholarship, 2002, p. 143.

90 M. I. Troncoso, “La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Bogotá, cit., pp. 388-389.

Es importante tener claro que nuestro análisis será hecho a partir del año 2000, ya que para esa fecha la víctima tenía la posibilidad de mitigar el daño que le fue causado a su integridad personal. Entonces, supongamos que Ana y Carlos, debido a la inexistencia de costos de transacción de nuestro caso, tienen la posibilidad de negociar *ex ante* a la ocurrencia del daño las condiciones sobre la aplicación o no del deber de mitigar el daño a la integridad personal.

Partiendo de lo anterior, en la negociación hipotética puede haber dos posibles soluciones, en la primera de las cuales, los sujetos deciden no aplicar la regla de la mitigación del daño, es decir, le dan prevalencia a la inviolabilidad del cuerpo humano, caso en el cual, Carlos será condenado a pagar \$100, suma que será destinada a la reparación del daño sin mitigación. En este caso, Ana tiene asignado el derecho de la inviolabilidad del cuerpo humano y Carlos no tiene asignado el derecho de solicitar la mitigación del daño a la integridad personal.

En un segundo escenario, las partes deciden prevalecer el deber de la mitigación del daño, de manera que Ana no tendrá el derecho de inviolabilidad del cuerpo humano y Carlos le podrá exigir medidas preventivas y disuasorias de los perjuicios. En este escenario, en teoría, Ana empleará un costo de prevención de \$5 y el total de los perjuicios disminuirá a \$80. Así las cosas, Carlos deberá pagar los perjuicios más los costos empleados por Ana, esto es, un costo total de \$85, siempre que dichos gastos son causa directa de su actuar.

Sin embargo, en este último caso, donde impera la regla de la mitigación, el ejercicio de la inviolabilidad del cuerpo humano puede llegar a tener un costo para Ana, ya que, si ella quisiera, por cualquier razón, ejercer su derecho a no ser intervenida por medio de un procedimiento médico, ello le generaría un costo de \$15. Lo anterior, siempre que, de la totalidad del daño generado, el cual equivale a \$100, Carlos solo respondería hasta la suma de \$85, lo que corresponde a los perjuicios directos y a los costos del tratamiento médico, de manera que el restante del daño lo deberá soportar Ana.

Hasta este punto, cualquiera de las posibles soluciones puede llegar a tener el mismo efecto, ya que en los dos escenarios se causan unos costos totales equivalentes a \$100, solo que distribuidos de diferente manera. Lo anterior es importante, ya que, si bien la regla de la inviolabilidad del cuerpo humano puede impedir la aplicación de la mitigación del daño, lo mismo no pasa en el caso alternativo, de manera que Ana está en la plena libertad de someterse a un tratamiento médico, ya sea que opere o no la regla de la mitigación del daño.

Así las cosas, las particulares de cada una de las personas intervinientes, ya sea Carlos o Ana, dificultan el escenario de negociación planteado, no solo porque los resultados de cualquiera de las posibles negociaciones pueden tener el mismo efecto económico, sino también porque el solo hecho de ser victimario o víctima parcializa la negociación, lo cual hace bastante difícil alinear los intereses de las partes para que, de manera voluntaria y racional, estas decidan llegar a un acuerdo cooperativo que reduzca los costos en términos agregados y generen el escenario más eficiente posible.

Debido a lo anterior, surge la necesidad de desarrollar más a fondo la negociación de las partes. Para ello será necesario agregar un elemento adicional al caso hipotético planteado, de manera que seguiremos suponiendo que Carlos y Ana pueden negociar previamente a la ocurrencia del daño, pero a ello le agregaremos que desconocen quién será la futura víctima<sup>91</sup>. Esta forma de ver la negociación se conoce como el velo de la ignorancia y fue desarrollada por el filósofo político John Rawls; por medio de esta teoría se busca anular las diferencias de las partes que intervienen en la negociación, con el objetivo de que los sujetos actúen en condiciones de igualdad<sup>92</sup>.

En ese orden, bajo el velo de la ignorancia, las partes desconocen quién será la posible víctima del daño, además no tendrán información sobre las diferentes alternativas que puedan afectar sus casos particulares, siendo necesario que los sujetos determinen las reglas de la negociación partiendo de ideas generales.

Ahora, cuando se plantea la negociación por medio del velo de la ignorancia, es importante recalcar el desconocimiento que deben tener los intervinientes sobre las posibles particularidades que afectan sus decisiones. Por ejemplo, una alternativa particular que puede afectar la negociación es que una de las partes tenga conocimiento sobre sus creencias religiosas, ya que determinada fe le puede impedir aceptar tratamientos médicos, caso en el cual esta optará por la aplicación de la inviolabilidad del cuerpo humano por encima de las otras posibilidades. En contraste, si una de las partes tiene información sobre el alto riesgo que implica la ejecución de su actividad profesional, esta decidirá optar por la aplicación de la regla de mitigación del daño sobre todas las otras posibilidades, ya que ello le permitirá ejecutar su actividad económica con menores costos.

Dicho lo anterior, las partes –Carlos y Ana– tienen que llegar a un acuerdo desconociendo las singularidades del caso en concreto; por consiguiente, será necesario considerar cada una de las reglas desde un escenario general, tratando de hallar el mejor escenario posible.

En ese orden, supongamos que Carlos y Ana deciden estudiar la aplicación del deber de mitigar el daño a la integridad personal, para lo cual logran evidenciar que esta figura disminuye los costos de los daños en términos agregados, siempre que dicha regla establece los incentivos correctos para que la posible víctima emplee los recursos

91 J. Coleman, *Daños y Riesgos*, cit., pp. 244-245.

92 El velo de la ignorancia es una de las herramientas esenciales de John Rawls para fundamentar la Teoría de la Justicia; gracias a esta idea, el autor puede desarrollar una concepción contractualista de la sociedad a partir de un experimento mental. La idea de Rawls supone un escenario hipotético en el cual unos sujetos establecen los principios aplicables a determinado grupo de personas, partiendo de una posición en la cual los intervinientes se encuentran en una situación de igualdad. No obstante, diferente a lo que puede suceder en los modelos comportamentales del AED, el acuerdo de las partes se soporta en concepciones cooperativas y solidarias. Así las cosas, en virtud de la negociación planteada, los involucrados establecerán los principios que prevalecerán en determinado grupo social, teniendo en cuenta que estos deben poseer un nivel de justicia tal que cualquier generación futura esté dispuesta a aceptarlos sin tener en cuenta las posibles particularidades de cada sujeto. J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, Undécima Impresión, 2015, pp. 135-140.

necesarios en la disminución de los perjuicios. De este modo, el valor de la indemnización disminuye y el alcance del daño se reduce. En principio, ambas partes ganan.

No obstante, la aplicación de la mitigación del daño a la integridad personal puede generar una complicación relacionada con el ejercicio de la inviolabilidad del cuerpo humano, ya que la práctica de dicho derecho tendría un costo que en condiciones normales no sería relevante. Me explico: en condiciones de no daño, la inviolabilidad del cuerpo humano es un derecho que no acarrea ningún costo considerable para su titular. Diferente es lo que sucede cuando se pretende ejercer tal derecho frente a un victimario que exige la aplicación del deber de mitigación, en cuyo caso hay un costo que se asocia al hecho de soportar parte de un daño que no es autoinfligido o casual.

Dentro de la negociación planteada, el velo de la ignorancia juega un papel fundamental, ya que la eliminación de los roles particulares alinea los intereses de los sujetos de manera cooperativa, siempre que la regla escogida, posiblemente, puede ser aplicada para cualquiera de los integrantes del acuerdo, de manera que los intervinientes comienzan a desear para los otros lo que ellos quieren para sí. Así las cosas, la negociación de Carlos y Ana se caracterizará por dos puntos: i) asignar los derechos de tal forma que se generen los menores costos posibles y ii) establecer los incentivos correctos para que en el futuro no se puedan generar conductas oportunistas.

Entonces, respecto del primer punto diremos que la mejor regla es la de la mitigación del daño a la integridad personal, en la medida en que las acciones preventivas empleadas por la víctima tienen la capacidad de reducir los costos asociados a los daños. Cabe aclarar que la mitigación actúa como un incentivo para que la víctima disminuya el daño, pero no como una seguridad para que ello suceda, ya que el afectado puede ejercer su libertad y no someterse a los tratamientos médicos. Con todo, la aplicación de la regla de inviolabilidad del cuerpo humano es un peor escenario, ya que la inexistencia de incentivos no le brinda un interés a la víctima para mitigar el daño y reducir los costos de los perjuicios.

Por otro lado, uno de los problemas que puede llegar a tener la aplicación de la inviolabilidad del cuerpo humano es la ejecución de conductas oportunistas por parte de la víctima, en la medida en que, recordemos, el ejercicio de este derecho no debe ser justificado, ya que nadie debe argumentar lo que de manera voluntaria hace consigo mismo. En ese sentido, en el caso concreto, una inadecuada aplicación de este precepto puede conllevar que algunas víctimas prefieran acrecentar el monto de sus indemnizaciones en vez de mitigar el daño. Entonces, en lo referente al segundo punto, es posible afirmar que la mejor regla aplicable es la mitigación del daño a la integridad personal, no solo por evitar las posibles conductas oportunistas, sino también porque no constituye una afectación efectiva a la libertad de la víctima.

En ese orden de ideas, la negociación de Carlos y Ana debe optar por la aplicación de la mitigación del daño, siempre que dicha regla tiene la facultad de reducir los costos asociados a la integridad personal y, también, establece los incentivos correctos para que la víctima no ejecute conductas oportunistas con el propósito de incrementar el dinero recibido por concepto de daño.

De este modo, podemos decir lo siguiente:

Para que el derecho sea racional, deben existir reglas de responsabilidad que incentiven a actuar racionalmente, en la misma manera en que usted lo hace cuando es agente dañador y víctima a la vez. En otras palabras, deseamos que tanto los agentes dañadores como las víctimas adopten todas las precauciones cuyo coste esté justificado, y no más que ellas<sup>93</sup>.

En este sentido, en el escenario hipotético de negociación, las partes acordarán que los costos del ejercicio de la inviolabilidad del cuerpo humano son un *riesgo*, lo cual quiere decir que sus costos no pueden ser trasladados a ningún otro sujeto y que deben ser asumidos por las posibles víctimas. Recordemos la frase jurídica que dice que “la responsabilidad termina donde comienza el riesgo”. En efecto, las partes solo considerarán susceptible de responsabilidad los daños directos y los costos de mitigación que emplea la víctima en evitar o disminuir su perjuicio.

Ahora, para evidenciar que el escenario en el cual se mitiga el daño es más eficiente que aquel en el que no se hace, es necesario aplicar el criterio de eficiencia paretiana, el cual considera que será eficiente aquella situación en la que no es posible mejorar a alguien sin empeorar a otro o que mejorando la condición de algún sujeto el cambio no les sea indiferente a los demás. En contraste, será ineficiente aquella situación en la que sea posible mejorar a alguien siéndoles indiferente a los demás o sin perjudicar a otro sujeto<sup>94</sup>. Entonces, no queda duda de que aquellos escenarios donde las partes deciden no aplicar la regla de la mitigación del daño habrá resultados ineficientes, pues existe una situación en la cual se mejora la condición de los sujetos involucrados sin perjudicarse entre sí, lo que permite que para ambas partes se disminuyan los costos asociados con el accidente, toda vez que, independientemente de que el dañador sea Ana o Carlos, cualquiera de los dos deberá pagar únicamente los daños inevitables y los costos de mitigación. Situación, que, *ex ante*, es más beneficiosa para cualquiera de los dos.

Ahora, dado que los costos de transacción en la negociación de reglas de responsabilidad extracontractual son inalcanzables, se justifica en tanto las víctimas y los agentes generadores de daños no pueden prever por quién serán afectados o a quién resultarán afectando, es decir, en este caso la responsabilidad surge de un “encuentro social ocasional”, de modo que una negociación sobre las condiciones de la reparación es un asunto imposible. En consecuencia, el ordenamiento jurídico debe hacer la asignación de derechos tal como se hizo de manera teórica en la negociación planteada. En este orden, la jurisprudencia francesa y la colombiana, con el objetivo de reducir los costos de los accidentes, deben propender a la aplicación de la figura de la mitigación del daño a la integridad personal<sup>95</sup>.

93 J. Coleman, *Daños y Riesgos*, cit., pp. 245.

94 D. Castellanos García, *¿Qué es la justicia?: una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva*, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 16.

95 Aquí hay un punto sobre el cual vale la pena mencionar algo importante, de lo explicado podemos

Sin embargo, es pertinente mencionar que la mitigación será ineficiente en términos de Pareto cuando los costos de disminuir o prevenir un daño sean superiores al perjuicio que se deseaba evitar, lo que permitiría que el agente generador del hecho lesivo solo sea responsable hasta por el monto hipotético del perjuicio. Lo anterior en la medida en que la mitigación del daño produciría una situación en la que no es posible hacer un cambio de asignación sin afectar las partes; en consecuencia, uno de los límites al principio de la mitigación del daño es que los costos de evitar el mismo sean inferiores al posible perjuicio.

En resumen, el principio de inviolabilidad del cuerpo humano como impedimento a la mitigación del daño a la integridad personal puede agravar los costos de los accidentes y producir resultados ineficientes en términos económicos; sin embargo, es importante aclarar que el ejercicio de dicho derecho tiene un valor importante, el cual, como ya se dijo, no queda relegado por la aplicación de la mitigación del daño. Lo anterior se justifica siempre que la víctima conserve la posibilidad de impedir la intervención de tratamientos médicos, con la particularidad de que los daños evitables ya no serán atribuibles al agente dañador.

Ahora, la inviolabilidad del cuerpo humano es un principio que fue acogido con el propósito de proteger la integridad física de las víctimas, pero sus efectos incentivan que las mismas no disminuyan o eviten los daños a la integridad personal, lo que empeora la condición física de los afectados y es adverso a los *finés* del principio en sí mismo. Así, la mitigación del daño, repito, no obliga a las víctimas a ejercer medidas preventivas por medio de tratamientos médicos, sino a verse incentivadas a disminuir los efectos del daño. Recordemos que la aplicación de la inviolabilidad del cuerpo humano no es un derecho que se vea coartado con la aplicación de la mitigación, solo que los costos asociados a los daños prevenibles serán responsabilidad de la víctima.

Con todo, el objetivo de este acápite no es proponer la eliminación del principio de la inviolabilidad del cuerpo humano, sino evidenciar que para el caso de la mitigación del daño a la integridad personal dicho principio debe ser aplicado de manera matizada, ya que su utilización sin límites afectaría sus propios fines, con la creación de incentivos a no evitar los daños al cuerpo humano. Entonces, como la mitigación del daño no es una obligación sino un deber, es claro que la víctima puede no emplear una conducta que evite o disminuya el perjuicio, solo que los efectos de dicha omisión deberán ser soportarlos a título de riesgo, lo que quiere decir que estos no son susceptibles de ser trasladados al agente por medio de la figura de la responsabilidad.

evidenciar que la regla de mitigar el daño a la integridad personal tiene un efecto de asignación de costos a quien está en mejor posición para soportarlos, el cual es utilizado por *Calabresi* cuando las titularidades no pudieron ser asignadas por medio de otros criterios de eficiencia. Lo anterior se justifica en la medida que es la víctima quien tiene acceso directo a los daños mitigables, lo que le permite desplegar todas las acciones encaminadas a prevenir perjuicios futuros. Ahora, lo que tiene que ver con los costos utilizados en la mitigación de daño estos son asignados al agente generador del perjuicio, toda vez que este tendrá que restituirlos luego de que la víctima los emplea. A. Bullard González, *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*, Segunda Edición, Palestra, 2003, pp. 719-720.

Así, por medio del AED ha sido posible identificar una conducta desinteresada de las víctimas a la hora de prevenir o disminuir su propio daño –*esto es una conducta que afecta la integridad personal*–, la cual surge con ocasión de normas constitucionales que se amparan en razones legítimas y válidas pero que en la práctica pueden producir resultados no deseados. En efecto, la aplicación del principio de la inviolabilidad del cuerpo humano no debe producir un resultado distinto que la protección de la autodeterminación de la víctima, lo que implica mantener incólume el ámbito en el cual esta decide qué hacer o no con su cuerpo. De ahí que los costos asociados al ejercicio de la voluntad jamás puedan ser atribuibles al agente.

Así las cosas, la asignación de derechos que permite la disminución de costos asociados a los daños que afectan a la integridad personal, es aquella que propende por la aplicación del deber de mitigar los perjuicios en todos los casos, sin tener en cuenta tipología de daño. Es importante aclarar que los argumentos de orden económico no pretenden desconocer el derecho constitucional de la inviolabilidad del cuerpo humano; por el contrario, en este apartado logramos ratificar que dicho principio es importante, pero que aplicarlo afectaría su objeto de protección, esto es el cuerpo humano.

Adicionalmente, en términos teóricos y prácticos, la procedencia de la mitigación del daño a la integridad personal no afecta el principio de la inviolabilidad del cuerpo humano, toda vez que el presente apartado no se propone que la mitigación del daño obligue a la víctima a mitigar su perjuicio acudiendo a tratamientos médicos que no quiere practicarse, todo lo anterior en virtud de un argumento de corte económico. En contraste, el AED deja indemne la naturaleza jurídica de la mitigación, esto es, una figura que coercitivamente no puede ser exigida, es decir, que bajo ningún supuesto las víctimas estarán obligadas a practicarse tratamientos médicos, lo cual permite que la autodeterminación se conserve como un valor incalculable e innegociable en términos económicos.

Para concluir, por medio de este apartado es posible determinar que la mitigación del daño debe ser aplicada con el fin de obtener un escenario eficiente, donde la víctima estará incentivada –mas no obligada– a evitar o disminuir los efectos del perjuicio. Lo anterior, tiene como consecuencia que la omisión a mitigar el daño a la integridad personal hace responsable a la víctima de lo que pudo evitar o disminuir, siendo el agente generador de daño responsable, únicamente, por aquello que es causa directa y necesaria de su conducta.

## CONCLUSIONES

En síntesis, la mitigación del daño es la figura por medio de la cual la víctima tiene el deber o carga de disminuir, mermar o prevenir los perjuicios que le han sido causados con ocasión de un daño. Claramente, esta figura no hace caso a una obligación, ya que tal conducta no puede ser exigida por medio de acción y mucho menos se puede solicitar un subrogado pecuniario por su incumplimiento. Por esa razón, la doctrina ha llegado a asegurar que la mitigación es un deber que le interesa a la víctima cumplir,

con el fin de ser indemnizado por la totalidad del daño causado y no solo por aquella parte que se considera consecuencia directa del hecho lesivo.

Así las cosas, la inviolabilidad del cuerpo humano es un derecho que impide la aplicación de la mitigación del daño, ya que se ha llegado a afirmar que las medidas preventivas para la disminución de los perjuicios a la integridad personal coartan la libertad de la víctima a la hora de decidir sobre su cuerpo. No obstante, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la mitigación del daño, tal afirmación es insostenible, ya que la víctima está en toda la libertad de tomar las medidas preventivas o no, solo que el monto de la indemnización se limitará hasta el momento en el que surgió la oportunidad de mitigar el daño.

A pesar de lo anterior, el presente trabajo tuvo en cuenta dos perspectivas jurídicas para el estudio del problema jurídico. En un primer momento, se tomó al Derecho constitucional como criterio de análisis, gracias a cuya perspectiva evidenciamos que, dentro de una prueba de ponderación, la inviolabilidad del cuerpo humano tiene mayor valor que la mitigación del daño. En ese orden, dentro de un juicio de responsabilidad, la inviolabilidad del cuerpo humano debería impedir los efectos de la excepción de la mitigación del daño.

Por otro lado, teniendo en cuenta la perspectiva del Derecho civil, encontramos que la mitigación no actúa como una excepción al principio de reparación integral, siempre que dicho precepto se encuentra en la categoría dogmática del daño, la cual está limitada por la figura de la causalidad. De manera que la conducta omisiva de la víctima a prevenir los perjuicios rompe, parcialmente, el nexo causal que le atribuye responsabilidad al demandado, dejando indemne la reparación integral por los perjuicios que son imputables e integralmente reparables. En consecuencia, bajo esta perspectiva, la mitigación del daño debería ser aplicada para cualquier caso, sin importar que este se trate sobre perjuicios a la integridad personal.

Entonces, con el fin de resolver la dicotomía propuesta por el Derecho constitucional y civil, se propuso la perspectiva del AED, la cual sirvió para determinar que la inviolabilidad del cuerpo humano puede llegar a generar escenarios que aumenten los costos asociados a los daños. Adicionalmente, se tuvo en cuenta que dicha figura crea incentivos para la ejecución de conductas oportunistas por parte de las víctimas, las cuales les permiten no ejercer acciones preventivas del daño con el propósito de aumentar las indemnizaciones. La conclusión propuesta por el AED surgió en virtud del Teorema de Coase, el cual fue una herramienta necesaria para simular un escenario de negociación hipotético, sin costos de transacción, en el cual se pudiera determinar cuál de los derechos planteados tenía un resultado más eficiente en su aplicación.

Por todo lo anterior, las ideas planteadas en el presente texto permiten concluir que la mitigación del daño a la integridad personal es una figura que no debe ser obstaculizada por la inviolabilidad del cuerpo humano, no solo porque tal práctica desconoce el funcionamiento de las categorías básicas que integran el juicio de responsabilidad, sino también por los adversos efectos económicos que ello podría tener en el Derecho de Responsabilidad Civil. Como bien afirma Jules Coleman, el Derecho, para ser racional,

debe establecer los incentivos correctos para que sujetos actúen de acuerdo con las expectativas y fines que se propone el ordenamiento jurídico, de modo que, en este caso, la protección de la inviolabilidad del cuerpo humano implica crear los incentivos correctos para que los sujetos tomen las precauciones necesarias que disminuyan los perjuicios en el cuerpo humano.

## REFERENCIAS

- A. BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*, Segunda Edición, Palestra, 2003.
- A. K. ESQUIVEL, "Rule of avoidable consequences in antitrust cases: a law and economics approach", *Hofstra Law Review*. Vol. 26, 1997-1998.
- B. WINDSCHEID, *Tratado de Derecho Civil Alemán*, Universidad Externado de Colombia, 1976.
- C. BERNAL PULIDO, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- C. BERNAL PULIDO, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- C. PIZARRO WILSON, "Contra el fatalismo del perjudicado. A propósito del deber de mitigar el daño", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 41, Valparaíso, 2013.
- C. PIZARRO WILSON, *El Derecho de los contratos en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 094 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 248 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 707 de 2015.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, M.P: Arturo Solarte Rodríguez. Expediente n.º 11001-3103-008-1989-00042-01.
- Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 19 juin 2003, n.º de pourvoi. 01-11161.
- Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 19 mars 1997, n.º de pourvoi. 93-10914.
- D. CASTELLANOS GARCÍA, *¿Qué es la justicia?: una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva*, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- D. M. PAPAYANNIS, "La responsabilidad civil como asignación de pérdidas", *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, enero, 2014.
- E. GIL BOTERO. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Themis, Séptima Edición, 2017.
- E. L. WIEINRIB, *La idea de Derecho privado*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2017.
- E. LEÓN ROBAYO, *Principios y fuentes del Derecho comercial colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- E. RODOTÁ, "Modelos y funciones de la Responsabilidad Civil", *Revista de Derecho*, Themis, n.º 50, Trad. Leysser L. León, 2005.
- E. W. KITCH. "Los fundamentos intelectuales del AED", *Derecho y Economía: una revisión a la literatura*, Primera Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- F. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944.

- F. HINESTROSA, *Tratado de la Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, Tomo I, 3ra Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1853.
- G. CALABRESI, *The future of law and economics: essays in reform and recollection*, Yale University Press, 2016.
- G. VISINTINI, ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual, Trad. Mariateresa Cellurale, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- H. A. ACCIARRI, "El análisis económico de daños. Una aproximación General", *La filosofía de la responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- H. CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- H. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Sexta Edición, Tomo 2, Montchrestien, 1983.
- H. PATIÑO, "Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración", *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, 2008.
- I R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5, diciembre, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005.
- J. C. HENAO, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- J. L. COLEMAN, *Markets, Morals, and the Law*, Oxford Scholarship, 2002.
- J. COLEMAN, *Daños y Riesgos*, Marcial Pons, 2010.
- J. COLEMAN, G. MENDLOW, "Las teorías de la responsabilidad extracontractual", *La filosofía de la responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- J. L. BENAVIDES, "Enriquecimiento sin causa y contratos públicos", *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, Undécima Impresión, 2015.
- L. C. SAN MARTÍN NEIRA, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Civitas, 2001.
- L. DÍEZ-PICAZO. *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, 1999.
- M. AGUDELO RAMÍREZ, "El debido proceso", *Opinión Jurídica*, Vol. 4, n.º 7, 2005.
- M. ATIENZA RODRÍGUEZ, "A vueltas con la ponderación", *La Razón del Derecho*, Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, n.º 1, 2010.
- M. I. TRONCOSO, "La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño", *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- M. KOTEICH KHATIB, *La Reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona: del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- M. L. NEME VILLAREAL, "El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

- M. PAPAYANNIS, "La práctica del *alterum non ladere*", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, octubre, 2014.
- M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el Derecho internacional de los contratos", *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- P. G. MONATERI. "Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo", *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, ARA Editores, 2001.
- R. ALEXY, "Epílogo de la teoría de los derechos fundamentales", *REDC*, n.º 66, 2002.
- R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Los límites al principio de reparación integral" *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, 2004.
- R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Católica de Chile, 2004.
- R. H. COASE, "El problema del costo social", *CIP – Ecosocial*, 2011.
- R. S. PINDYCK, D. L. RUBINFELD, *Microeconomía*, edº 7, Pearson Prentice Hall, 2009.
- S. Le PAUTREMAT, "Mitigation of damage: A french perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 55, n.º 1, Jan 2006, Cambridge University Press, 2006.
- S. RODOTÁ, *El Derecho a tener derechos*, Editorial Trotta, 2014.
- S. ROJAS QUIÑONES, J.D. MOJICA RESTREPO, "De la causa adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana", 129 *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014.
- S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 12-13, Segundo Semestre, 2004.