

# Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas\*

DIEGO ALEJANDRO SANDOVAL GARRIDO\*\*

RESUMEN: Como principio general de la responsabilidad se tiende a postular que cuando se causa daño a otro afectando sus bienes, lesionando su integridad corporal o vulnerando su conjunto de derechos fundamentales, el responsable está obligado a reparar las consecuencias de la afectación del interés lícito de la víctima. En concreto, el examen doctrinal y jurisprudencial respecto de los daños patrimoniales o materiales se ha elaborado en un ambiente de estabilidad o, si se quiere, de pocos devaneos intelectuales para buscar soluciones a problemas; sus dudas han estado en el plano de las consideraciones de tipo formal o en los alcances de la extensión del daño en su campo material.

No se puede decir lo mismo de los daños extrapatrimoniales. La reparación satisfactoria o meramente compensatoria de los intereses lesionados de la víctima que no tienen un

\* Este artículo constituye una primera parte de un análisis realizado sobre el valor de la reparación integral en el contexto nacional y su importancia dentro de los juicios de responsabilidad por los daños extrapatrimoniales a la persona. Quiero expresar mi más sincero agradecimiento por su orientación y dedicación constante en todo el proceso de análisis e investigación al profesor ÉDGAR CORTÉS. Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2013. Para citar el artículo: SANDOVAL, D. "Reparación Integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp. 235-271.

\*\* Abogado por la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional. Candidato a magíster en Derecho de Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado en la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [diesando@yahoo.com].

contenido material ha delimitado el terreno actual de discusión de la responsabilidad. En efecto, la defensa teórica del principio de reparación integral se puede realizar (con algunas limitaciones) en el plano de los daños patrimoniales o materiales. Lo contrario sucede con los daños extrapatrimoniales. Cuando se trata de daños a la persona o a bienes de la personalidad la adecuación a un cuántum determinado en dinero es problemática debido a que no existe un valor de mercado con el cual se puedan contrastar, es decir, no admiten una valoración pecuniaria.

De ahí que este escrito propone efectuar un análisis del principio de reparación integral y su verdadera relevancia en la reparación de los daños a la persona, teniendo presente la ambivalencia que puede presentar no solamente su simple acepción terminológica sino su reconducción a la práctica.

**PALABRAS CLAVE:** reparación integral, responsabilidad civil, derecho de daños, baremos de reparación, limitación a las indemnizaciones, daño extrapatrimonial, daño a la persona.

*Full compensation and civil liability: The concept of full compensation and its applicability to non-pecuniary damages to the person as a guarantee of the rights of the victims*

**ABSTRACT:** As a general principle of responsibility, it is usual to postulate that when the tortfeasor causes injury to another affecting their property, damaging his integrity or violating their fundamental rights, he is obliged to repair the consequences of the infringement of the legal interest of the victim. Specifically, the doctrinal and case-law study with respect to damage to property or material damage has been developed in an environment of stability, in other words, with a few intellectual distractions to seek solutions to problems; doubts have emerged regarding formal considerations or the scope of the extent of damage in its material field.

The same cannot be said for non-pecuniary damages. The satisfactory or merely compensatory repair of the violated interests of the victim that lack of material content has delimited the discussion in the field of responsibility. Indeed, the theoretical defense of the principle of full compensation is possible (with some limitations) regarding damage to property or material damage. The opposite is true with regard to non-pecuniary damages. In case of personal injuries or damages to personality rights it is difficult to establish a pecuniary quantum because there is no market value to compare with, that is, they not allow monetary valuation.

This paper proposes an analysis of the principle of full compensation and its true importance in the repair of physical injury to the person, bearing in mind the ambivalence, that not only could arise from the strict sense of the term, but also in its implementation in practice.

**KEYWORDS:** full compensation, liability, tort law, scales of compensation, limitation of liability and indemnity, non-pecuniary damages, harm to the person.

SUMARIO: I. Cuestión inicial: la imposibilidad de la determinación económica de los daños extrapatrimoniales y la importancia de la indemnización de la víctima dentro de la responsabilidad civil. II. Reparación integral y responsabilidad civil. III. La reparación integral: ¿principio o regla? IV. Objeciones al principio de reparación integral. V. Limitación de las cuantías indemnizatorias: ¿contención de una válvula de escape? VI. Implantación legal y jurisprudencial de topes en materia de valoración de daños extrapatrimoniales. VII. ¿Cuál es el verdadero papel del principio de reparación integral en el sistema colombiano? VIII. La pretendida reformulación del principio de reparación integral. IX. La reparación integral no es un principio de carácter absoluto y admite regulaciones por parte del legislador.

#### I. CUESTIÓN INICIAL: LA IMPOSIBILIDAD DE LA DETERMINACIÓN ECONÓMICA DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES Y LA IMPORTANCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Al abordar el estudio de la responsabilidad civil desde la experiencia del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales se propone comprender los distintos procesos que dentro del marco social o económico han ido significando una revitalización o, si se quiere, una revalorización del concepto de persona y de su representación dentro de los sistemas jurídicos. De la noción clásica de persona con atributos para el ejercicio de derechos y obligaciones se ha pasado a dar realce al ser humano reconociendo valor a sus sentimientos, intereses, angustias y a su propio cuerpo.

No parece tratarse de un simple cambio de concepción, sino de una transformación del derecho hacia una visión ampliada en la cual los intereses del hombre en toda su integridad adquieren relevancia, concentrándose ahora con más ahínco el centro de atención en las víctimas, que poco a poco comienzan a imponer a los jueces un nuevo pensamiento dentro del esquema de la responsabilidad.

La persona ha dejado de ser entonces un simple titular de derechos subjetivos patrimoniales para asumir un papel importante en la defensa de los atributos de su personalidad, como la intimidad, el honor, la integridad personal y la salud. Ahora bien, a la marcada importancia de todo este proceso<sup>1</sup>, en donde los nuevos valores y reconocimientos gravitan en torno al valor de la persona (no entendida como

1 Situación en parte debida al proceso paulatino de '*despatrimonialización*' del derecho. Tal como lo explica M. KOTEICH, el resarcimiento de las víctimas, cuyo punto de partida es la reparación integral, "nos conduce a considerar más que las simples proyecciones patrimoniales o materiales del hecho antijurídico, penal o puramente civil [...], a la persona de la víctima como una compleja realidad biológica, social y espiritual, máxime cuando el llamado derecho de daños es objeto en la actualidad de cierta revolución, pues el reconocimiento de los daños a la persona como fuente de responsabilidad civil es tema que si bien siempre ha ocupado a la ciencia jurídica, cobra hoy una inusitada vigencia en virtud del interés creciente por la protección de los derechos fundamentales del hombre": "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias", *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006, p. 291.

mercancía), se contraponen la gran complejidad que conllevan tanto la valoración de esos otros intereses que emergen como dignos de tutela como la evaluación y reparación que debe entrar a efectuar el juez. A esto se suma la marcada diferenciación que muestran las jurisdicciones en sus diversas especialidades<sup>2</sup>, donde existen contrastes no solo desde el ámbito puramente cualitativo (respecto de las distintas posiciones que se adoptan) sino también cuantitativo (en cuanto a la forma como se lleva a cabo el examen de la valoración de los daños).

En últimas, siendo el daño la medida de la reparación, para la víctima es imperioso el restablecimiento de su situación a través de la declaratoria de responsabilidad en contra del causante del hecho dañoso. Vale decir que el reconocimiento de los hechos alegados debe corresponder con la magnitud de los agravios causados, y que la cuantificación a cargo del juez debe representar el valor de todos y cada uno de los perjuicios, eso sí, procurando el restablecimiento y no el enriquecimiento de la víctima.

## II. REPARACIÓN INTEGRAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

El derecho de la responsabilidad civil está orientado, como objetivo prioritario, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se debe otorgar<sup>3</sup>. Este principio, acogido como dogma en gran parte de los sistemas jurídicos de orientación francesa, implica que la violación del *alterum non laedere* o del incumplimiento contractual conlleva el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño en la tranquilidad de que hasta entonces gozaba la víctima. Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de borrar la sombra de lo acontecido (reparación *in natura*) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario<sup>4</sup> tomando en cuenta todos los *chefs* de daño sufridos<sup>5</sup>.

2 Como ya se anunció, en este caso de estudio nos referimos a las responsabilidades que se puedan predicar en los ámbitos civil y contencioso administrativo principalmente, sin dejar de lado el análisis del daño no patrimonial en las cuestiones a cargo de la jurisdicción ordinaria (arts. 235 y 237 C.P. y 11 de la Ley 270 de 1996).

3 G. VINEY y P. JOURDAIN. *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 111 y ss.: "On ne saurait donc s'étonner de la place éminente qu'y occupe le principe dit 'de la réparation intégrale' qu'il vaudrait mieux désigner comme celui de 'l'équivalence entre dommages et réparation'".

4 HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, Ejea, t. III, vol. 1, 1963, pp. 549 y ss.

5 Para VINEY, "De cette affirmation, les tribunaux tirent deux séries de conséquences complémentaires, ils affirment d'abord constamment que l'évaluation doit prendre en compte tous les chefs de dommage subis par la victime et dont celle-ci demande réparation et qu'elle doit être faite de façon à compenser entièrement et efficacement ces différents préjudices".

La regla es reparar *tout le dommage, mais rien que le dommage*, esto es, se trata de indemnizar la totalidad de los daños padecidos sin que se puedan superar sus estrictos límites. Como lo explica HENAO PÉREZ, "si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la 'víctima'; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima"<sup>6</sup>. De manera más elocuente aún: "el derecho de daños es un imperativo de restablecimiento de lo perdido por obra ajena, y nada más"<sup>7</sup>.

Ahora, como lo manifiesta NAVIA, "con todo y ser de una justicia innegable, es por este principio por donde empiezan las dificultades, pues es evidente que si un hecho dañoso repercute de varias maneras [...], el juez, si quiere cumplir –y está obligado a hacerlo– con el precepto de la indemnización integral, deberá determinar con exactitud no sólo cada una de esas lesiones, sino que además deberá valorarlas y sumarlas para que pueda hablarse, a ciencia cierta, de una reparación total"<sup>8</sup>.

En realidad, la regla de la indemnización total, o *full compensation*, se juega su esencia en la posibilidad concreta y efectiva de tomar en consideración los perjuicios reclamados y reconducirlos a sumas objetivas respecto de las cuales pocas veces deberían llegar a surgir inconvenientes. Esto, sin embargo, no puede predicarse de aquellos intereses de la persona, que dentro de la nueva *revolución* del derecho de daños son reclamados judicialmente. Más bien, hablar de indemnización plena en los casos de daños no patrimoniales donde los intereses son inestimables plantea una especie de contradicción de la regla y su eficacia práctica<sup>9</sup>, tanto que se ha proclamado su estado de crisis y relatividad<sup>10</sup>.

6 J.C. HENAO PÉREZ. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45.

7 F. HINESTROSA. *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 727. En otras palabras, los MAZEAUD dicen que "la cuantía de los daños y perjuicios no debe ser superior ni inferior al perjuicio que sufra la víctima y del que responda el autor de la culpa. En algunos supuestos particulares, puede pertenecerle al legislador disminuir o aumentar el importe de la reparación. El juez no tiene el derecho de arrogarse, por su propia autoridad, semejante poder. El responsable debe ser condenado a la reparación de todo el daño y tan sólo a la del daño causado por su culpa": MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC. *Ob. cit.*, p. 549.

8 F. NAVIA ARROYO. "Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia", *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13, 2007, p. 291.

9 Menciona VINEY, respecto de la reglamentación de la indemnización, que "hasta hoy, la atención de la doctrina se ha polarizado sobre las condiciones de la responsabilidad. En cambio, la organización de la reparación ha suscitado mucho menos estudios teóricos, puesto que el principio llamado de la reparación integral es generalmente considerado como no necesitado de justificación y su puesta en práctica abandonada al saber hacer de los prácticos": G. VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, trad. Fernando Montoya Mateus, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 137.

10 R. DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid, 1995, Cuadernos Civitas, pp. 55 y ss.

### III. LA REPARACIÓN INTEGRAL: ¿PRINCIPIO O REGLA?

La expresión reparación integral en el contexto jurídico goza de una fuerza de cohesión realmente innegable. El legislador<sup>11</sup>, los jueces y la doctrina, aun reconociendo la indeterminación y vaguedad que implica su adaptación a los casos concretos, recurren a ella para dar solidez a sus argumentos y para expresar, las más de las veces, la búsqueda de la justicia a través del derecho. Todo este fenómeno es más enérgico en la responsabilidad civil, donde, como se explicaba antes, se está ante un hecho que exige una reacción jurídica respecto de la afectación de intereses privados fundamentales.

Partiendo de su poca claridad y ambigüedad, hay quienes, como PRIETO SANCHÍS, afirman que "tal vez los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas"<sup>12</sup>. En efecto, en la dogmática jurídica es un lugar muy común acudir a los principios como ejercicio alterno de la aplicación de las normas establecidas que informan una literalidad y argumentación reducida.

Compuestas las normas jurídicas, de manera general, por un supuesto de hecho determinante y una consecuencia jurídica, el modelo denominado positivista suele clasificar las normas a partir de sus enunciados establecidos previamente e identificar los sujetos a los cuales van dirigidas. Es decir, se trata de un tipo cerrado de aplicación del derecho en virtud de mandatos con abstracción de generalidad para consagrar derechos e imponer obligaciones a los miembros de toda comunidad y asegurar el goce de unos y otros de acuerdo a la distinción propuesta por HART entre normas primarias y secundarias<sup>13</sup>.

- 11 Un buen ejemplo de ello se encuentra en la Ley 975 de 2005, en donde expresamente se reconoció que las víctimas tienen el derecho a una pronta e *integral reparación* de los daños sufridos (art. 37), y en la reciente Ley 1448 de 2011 (llamada Ley de Víctimas), que al regular el derecho a la reparación integral expresó que las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones o infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos con ocasión del conflicto interno (art. 25).
- 12 L. Prieto Sanchis. "Diez argumentos a propósito de los principios", *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 26, Madrid, 1996, pp. 41 y ss. Del mismo autor, cfr. *Ley, principios, derechos*, Colección del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1998.
- 13 Por cierto, los principios y las reglas son normas al establecer lo que es debido y consagrar en concreto las razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser. Por ello, "la distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas": R. ALEXI. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. CARLOS BERNAL PULIDO, CEPC, Madrid, 2007, p. 65. Igualmente, debe decirse que el criterio de generalidad utilizado para la distinción entre reglas y principios no es el único: también están otros criterios, como la forma de su génesis, la posibilidad de determinar los casos en que debe aplicarse uno u otro tipo de

Pues bien, en aquel espacio donde no es posible de forma exhaustiva y casuística encontrar una solución al supuesto de hecho descrito en la norma, se ubicarán los principios. Más concretamente, la oposición que se presenta entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica, pues "ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida [...] o bien no lo es"<sup>14</sup>.

En todo caso, los principios, entendidos así como normas abiertas, no conducen a respuestas únicas o correctas, por lo que las valoraciones a las cuales está expuesto el juez en su labor de orientador del derecho no se escapan a las vaguedades y desproporciones, lo cual ha llevado al establecimiento de la teoría de los principios en contraposición a la teoría de las reglas.

#### A. Diversos significados de la expresión *principio*

Los sistemas jurídicos y sus operadores suelen usar indistintamente expresiones como *principios generales del derecho*, *principios jurídicos* o *principios esenciales*, muchas veces con el sentido de querer significar algo sustancial, tratando de generar una mejor jerarquía conceptual dentro del discurso jurídico o finalmente con una suerte de simple sinonimia. En todo caso, siguiendo a ATIENZA y RUIZ MANERO<sup>15</sup> se puede hablar de diversas acepciones de "principio"; entre las que más interesan se cuentan:

1. Principio entendido como norma general que regula casos cuyas propiedades relevantes son en extremo generales. Por ejemplo, el artículo 1602 C.C. enseña que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Aquí, la generalidad no depende de los destinatarios de la norma en cuanto a su mayor o menor amplitud sino que se refiere a "la mayor o menor generalidad de las propiedades relevantes del caso que regula".

2. Principio como norma cuyos términos son particularmente vagos. Es el caso del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 que disponía: "A todo servidor público le

normas, su contenido valorativo, la referencia a un derecho supremo, su fundamentación intrínseca y la importancia para el ordenamiento jurídico.

14 R. DWORKIN. *Los derechos en serio*, trad. MARTA GUASTAVINO, Ariel, 2002, p. 75.

15 M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO. "Sobre principios y reglas", *Revista Doxa* n.º 10, 1991, pp. 103 y 104. Se advierte que los autores proponen una explicación de los principios, llegando al entendimiento de ocho significados posibles para la palabra principios, incluyendo también los siguientes: (i) norma dirigida a los órganos jurídicos señalando la forma de aplicación e interpretación; (ii) *regula iuris* o enunciado de gran generalidad que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo; (iii) norma de especial importancia pero cuyo grado de generalidad es bajo. Cfr. PRIETO SANCHÍS. "Diez argumentos a propósito de los principios", cit.

está prohibido: [...] 9. Ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres”.

3. Principio como norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico. Podría mencionarse aquí el artículo 1° de la Constitución Política: “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

4. Principio en el sentido de norma programática o que estipula la obligación de perseguir determinados fines o resultados. Podemos citar el artículo 3° de la Ley 100 de 1993 que estipula que el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social. También, como ejemplo podemos señalar la Ley 324 de 1996 cuando señala que el Estado garantizará y proveerá la ayuda de intérpretes idóneos para que sea este un medio a través del cual las personas sordas puedan acceder a todos los servicios que como ciudadanos colombianos les confiere la Constitución.

Precisamente, es en esta última acepción que se puede incluir también el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 cuando dice: “*Valoración de daños*. 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”. La diferenciación planteada, partiendo de los significados posibles de principio y sin ser excluyente, ayuda a entender no solo el lugar que pueden ocupar los principios (cualquiera en particular), sino que a su vez permite identificar pautas para su interpretación en los juicios que adelantan los jueces. Concibiendo la reparación integral como una directriz o norma programática es posible llegar a considerar que en ciertos casos, no necesariamente los llamados por DWORKIN como difíciles, pueda llegar a ser absoluta o simplemente ser de relativo o imposible cumplimiento.

Sin embargo, debe afirmarse que el contexto de argumentación guía la capacidad que puede tener para alcanzar los fines que persigue y, sobre todo, para lograr el equilibrio general solicitado por la víctima en su reclamación de daños. Como se verá, en algunos casos como las violaciones de derechos humanos o en la garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, a partir de las garantías que están de por medio, la restitución plena examinada por los jueces sigue parámetros más de regla que de principio.

## **B. Principios y reglas: una primera aproximación al problema a partir de su contraposición**

La oposición entre reglas y principios a la que ya se había aludido se difundió de manera general con el ataque protagonizado por Dworkin en contra del positivismo jurídico de H.L.A. HART. La controversia gira en torno a un punto primordial:

cuando los juristas discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, sobre todo en casos difíciles, de una u otra manera se sirven de estándares que encuentran fuera de las propias normas para llegar a una solución que el derecho debe ofrecer. Esos estándares o herramientas son los principios, las directrices políticas y otros tipos de pautas. En definitiva, el argumento central es que "el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas y [...] su fuente central de una única fuente de derecho legislativa [...] obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas"<sup>16</sup>.

Sobre la base de esta crítica, ALEXY explica que subyacen tres tesis distintas sobre la diferenciación entre reglas y principios<sup>17</sup>. La primera de ellas explica que el intento efectuado para dividir las normas en dos (principios y reglas) es vano debido a la pluralidad existente en la realidad, puesto que los criterios utilizados en el proceso de distinción se combinan fácilmente entre sí. En la segunda, se sostiene que aunque la diferencia puede existir y de hecho darse, se trata solamente de una pura oposición de grado. Finalmente, la tercera tesis aceptada por dicho autor indica que tal contraste entre las normas puede efectuarse pero este consiste en un aspecto *cualitativo*.

Partiendo de allí, "el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". De acuerdo con esto, a diferencia de las reglas que ordenan que se haga exactamente lo que establecen, es decir, que se cumplan al *todo o nada*<sup>18</sup>, los principios son *mandatos de optimización*, esto es, normas que se cumplirán o no en diferente grado según las circunstancias fácticas y jurídicas.

La teoría planteada basa su importancia, principalmente, en los casos en que procede su aplicación en los distintos problemas jurídicos y en su modo distinto de entrar en conflicto.

En definitiva, la colisión entre dos reglas se soluciona desde el campo de la validez o de la excepción de una de ellas mientras que el choque entre principios se resuelve en la medida del peso generalizada en la llamada *ley de colisión*.

Esta ley indica que "las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad"<sup>19</sup>. Más claro aún, "los

16 DWORKIN, ob. cit., p. 72.

17 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 66 y ss.

18 "Las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. De este modo, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Ellas son, por lo tanto, *mandatos definitivos*": R. ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95.

19 *Ibíd.*, p. 99.

principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta y el juicio respecto de si un principio es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene"<sup>20</sup>.

Estas caracterizaciones, cuya entidad normativa se hace más sugestiva desde el punto de vista del proceso de argumentación e interpretación, suponen que puede entenderse a los principios como normas abiertas justiciables o como intereses de política o legislación atados a acciones programáticas. Bajo la primera concepción, nos indicarían aquello que *debe hacerse aunque se goce de cierta discrecionalidad o indeterminación*, mientras que bajo la segunda solo muestran un *querer*<sup>21</sup>.

Respecto de la reparación integral, es evidente que debemos ubicarnos en aquello que debe tratar de lograrse a pesar de su vaguedad. En efecto, siguiendo a DWORKIN, un principio es "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino *porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz [se refiere a la diferencia entre principios y directrices políticas], y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio"<sup>22</sup>.

La aproximación propuesta debe servir de alguna manera para caracterizar a la reparación integral como *regla o principio* y, además, para determinar si dicha clasificación es realmente práctica y sirve como orientación en el proceso hermenéutico realizado por los jueces. Debe decirse que la cuestión no se basa en el lenguaje utilizado por la ley al designarle como *principio*, considerando algunos que hubiese sido más apropiado llamarle *criterio, regla, pauta o instrumento*<sup>23</sup>. El análisis previo muestra que el ámbito de aplicación de las normas, entre ellas los principios y las reglas, no se asimila a la utilización de una expresión concreta o característica, pues el sentido simbólico que puede otorgársele a una palabra debe examinarse según su contenido jurídico y, sobre todo, con su posibilidad de ser en la práctica.

20 DWORKIN, ob. cit., p. 77.

21 PRIETO SANCHÍS, ob. cit., p. 44.

22 DWORKIN, ob. cit., p. 72.

23 A. SOLARTE RODRÍGUEZ. "El principio de reparación integral del daño en el derecho colombiano", en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Diké, 2009, p. 146.

### C. Una primera conclusión: la reparación integral actúa como un *principio*

La fuerza de obligatoriedad de la reparación integral es acogida sin distingo de manera legislativa y jurisprudencial en nuestro sistema. Lo mismo, decir que se trata de una regla o un principio tiene una gran connotación frente al escenario de la reparación dentro de la responsabilidad civil. Y no se trata de una simple cuestión de forma. Esto implica que, siendo una *regla*, se deberían indemnizar todos y cada uno de los daños (sean o no estimables) dentro de una lectura amplia de las categorías indemnizables. Bajo el otro punto de vista, se parte de la necesidad de indemnidad total que en circunstancias especiales o indemnizables llevan a considerar las posibilidades fácticas y jurídicas.

En la práctica esto revela que en el caso de los daños no patrimoniales, de manera general<sup>24</sup>, la reparación integral actúa como un *principio*, pero no por ello deja de ser una base fundamental dentro de la responsabilidad civil. En todo caso, a pesar de no ser una regla es obligatorio para todos los jueces en sus decisiones buscar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados de las víctimas, tarea en la cual es imperativo hacer uso de todos los medios a su alcance, se trate de perjuicios materiales o inmateriales.

## IV. OBJECIONES AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Pese a formularse la reparación integral como "*la directive essentielle en ce qui concerne l'évaluation des indemnités*"<sup>25</sup>, como base de la función reparadora que le asiste a la responsabilidad civil, la discusión sobre su actualidad y operatividad es realmente importante. Quienes sostienen su virtualidad y su falta de admisión en la evolución legislativa y la jurisprudencia comparada, afirman su existencia solo en situaciones concretas.

### A. La reparación integral solo debe operar frente a perjuicios materiales o patrimoniales

El objetivo de la reparación integral está directamente relacionado con la apreciación concreta y precisa que se pueda llegar a efectuar de los perjuicios ocasionados al afectado, y con su traducción directa en un equivalente monetario que refleje, a ciencia cierta, la real magnitud de las consecuencias del hecho dañoso. Este simple punto de vista plantea una rotunda inclinación hacia los daños materiales

24 Como se analizará con posterioridad, comúnmente se afirma que el principio de reparación integral debe limitarse a los daños patrimoniales, en cuyo ámbito también se encuentra sujeto a restricciones y excepciones. Cfr. VINEY y JOURDAIN, ob. cit., pp. 120 y ss.

25 VINEY. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, cit., p. 112.

en virtud de los cuales se puede llegar a indemnizar las disminuciones presentadas por las víctimas, alcanzando en muchos casos una reparación *in natura*.

En concreto, se insiste en que la *regla* de reparación integral es de una aplicación relativamente fácil en los llamados daños materiales, cuyo carácter objetivo elimina de manera afortunada aquellas incertidumbres que pudiesen llegar a surgir, por ejemplo, de un criterio equitativo<sup>26</sup>. La evaluación de los efectos y la extensión de la responsabilidad estará detallada en operaciones aritméticas detalladas de los efectos nocivos del hecho sin que se encuentren inconvenientes en su tasación, siendo solo cuestionados en oportunidades por el examen que se efectúe de certeza y necesidad probatoria, que una vez superados, cumplirán de forma plena con la indemnización o por lo menos en un punto muy cercano a ella<sup>27</sup>.

Cosa contraria se da en la valoración de los daños no patrimoniales. Es evidente que el equilibrio entre perjuicio y reparación es problemático en los daños que recaen sobre bienes de la personalidad de suyo inestimables que excluyen la aplicación de procedimientos matemáticos para el cálculo del importe a cargo del responsable<sup>28</sup>. Por ello, estando alejados de un patrón de referencia o paralelo, la estimación de su cuantía quedará sujeta a una aproximación judicial subjetiva como paliativo o compensación por los daños sufridos. Esto lleva a que se afirme que "en las más recientes manifestaciones doctrinales se ha abandonado del todo el principio de 'reparación íntegra' cuando se trata de daño a la persona en sentido estricto, esto es, al margen de sus consecuencias económicas, fenómeno que sin duda responde a la evidencia de que hablar de 'completa reparación' es en este caso una entelequia"<sup>29</sup>.

## B. La gravedad de la conducta del ofensor es observada al momento de estimar los daños por los cuales se debe responder

De acuerdo con el artículo 2341 C.C. podría afirmarse que es obligado a la reparación plena quien ha inferido daño a otro sin importar si ha mediado un

26 *Ibíd.*, p. 115.

27 Basta anotar en este punto los inconvenientes presentados con los perjuicios materiales, en especial el lucro cesante, tanto en la lesión a bienes como a personas, respecto a la labor probatoria que debe en cada caso acometer el demandante en punto del elemento daño, y el consecuente análisis que atañe al juez para lograr que la indemnización pueda llegar a ser plena. Sobre algunos problemas que se plantean en los perjuicios materiales o patrimoniales, *cfr.* HENAO. *El daño*, *cit.*, pp. 199 y ss.; J. TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, Bogotá, Legis, 2009, pp. 802 y ss.

28 "Hoy se insiste especialmente, por ejemplo, en la circunstancia de que la reparación del daño a la persona (en todos sus componentes, esto es, tanto el daño moral como el daño a la salud, como el daño patrimonial) excluye la aplicación de lo que podría denominarse un modelo matemático o de ecuación, por cuya virtud sea posible decir que una determinada indemnización repara en efecto el daño que la víctima ha sufrido": DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Algunas precisiones sobre el futuro de la responsabilidad*, *cit.*, p. 58.

29 *Ibíd.*, p. 59.

comportamiento intencional o de simple culpa o descuido. A pesar de ser tan clara la anterior afirmación y aunque los jueces no lo señalen de forma expresa en sus decisiones, como bien se dice, "son relativamente frecuentes los fallos de los tribunales en que se alude con tono recriminatorio a la muy descuidada conducta del agente o a su temerario proceder"<sup>30</sup>, lo cual se apreciará al final en las condenas a imponer.

Como consecuencia de esto, el criterio del juez puede verse influido por el actuar del ofensor al momento de tasar los daños, particularmente los extrapatrimoniales, en virtud del cual, no estando sujeto a ningún límite establecido o estando tan solo guiado por un parámetro judicial propuesto, se sirve de la equidad para elevar las cuantías indemnizatorias o para rebajarlas, afectando con ello la igualdad de las víctimas que se sujetarán entonces a pareceres según el juzgador. Un proceder tal que va de la mano de la creciente incidencia del reconocimiento de los derechos de la personalidad en la responsabilidad civil plantea una pervivencia de la pena privada en la indemnización por daños a la persona.

Ciertamente, el carácter sancionatorio que puede llegar a estar presente en la indemnización de los daños no patrimoniales depende de la adscripción del juez a determinados criterios de valoración y estimación económica para arribar a la suma condenatoria, pues

... es un axioma de la responsabilidad civil contemporánea que la misma se ocupa únicamente de la víctima y de los daños que ha sufrido; y que desde antaño se ha declinado en el derecho penal la tarea de castigar al agente, en modo tal que no es posible, en principio, la aplicación de *penas* en el campo del derecho privado [...].

Por otra parte, es cierto que para liquidar el daño (extrapatrimonial) a la persona aún hoy se apela, como en el derecho romano, a la equidad o criterio equitativo del juez; sin embargo, consideramos que esta coincidencia no se corresponde con una deliberada o consciente intención del derecho contemporáneo de castigar al agente, sino que obedece exclusivamente a la imposibilidad cierta que existe de servirse o acudir a un criterio diferente al equitativo, en virtud de la propia ausencia de un (valor de) mercado del bien o interés lesionado<sup>31</sup>.

30 *Ibíd.*, p. 61. Valga recordar lo expuesto por los MAZEAUD cuando, de forma enfática, dicen: "Es sabido lo difícil que es apreciar en dinero un perjuicio moral, un dolor, por ejemplo. No puede trazarse ninguna regla precisa al respecto. El juez debe acordarse tan sólo de que tiene por misión fijar una reparación, y no una pena. Es preciso que haga lo posible para cerrar los ojos ante la gravedad de la culpa. Únicamente debe preocuparlo la extensión del daño moral [léase también como daño extrapatrimonial]": *ob. cit.*, p. 553. Apuntan sobre lo mismo VINEY y JOURDAIN al poner de presente la utilización de la responsabilidad civil a título de pena privada: *cfr. ob. cit.*, p. 4.

31 M. KOTEICH. "La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿un retorno a la pena privada del derecho romano?", en *Obligaciones, contratos, responsabilidad. Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011. En este escenario, explicando la consagración positiva de los derechos de la per-

Desde luego, aunque el discernimiento del juez es amplio y se ejerce en un ambiente en el cual la valoración del daño carece de reglas objetivas (por lo menos en cuanto al perjuicio moral), este proceder no puede ser de buen recibo pues "la gravedad de la culpa estará en la raíz de la valoración del carácter del acto dañoso, pero es la equidad lo que justifica el poder moderador, más que la función represiva de la responsabilidad civil"<sup>32</sup>.

Lo dicho se puede ver en materia de los daños provenientes de conductas punibles. El artículo 97 del Código Penal tiene en cuenta factores para la tasación de la indemnización como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Este aspecto es justificable en la órbita del derecho penal cuyas funciones son distintas al derecho de la responsabilidad al que le es ajeno el comportamiento del ofensor como parámetro para establecer las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados.

No obstante, una posición contraria es la que defiende DE ÁNGEL YAGÜEZ para quien, a su juicio, "eso no impide albergar la persuasión de que, siendo la fijación de la indemnización una cuestión tantas veces sujeta a la apreciación personal del juez concreto, éste debe de llegar (que no es lo mismo que 'debe llegar') a una estimación que tiene que hallarse influida por el juicio que moralmente le merezca el comportamiento del responsable"<sup>33</sup>. Sin embargo, tal argumento no parece adecuado. No se puede negar que el juez como persona humana va a verse siempre influido por las circunstancias particulares de los hechos y por su propia ideología, pero no es correcto admitir que el juez se incline por la gravedad de la conducta del responsable antes que de la real entidad del daño para su tasación.

### C. La distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual en la estimación de los daños revela la relatividad del principio de reparación integral

Algo diferente acontece con la distinción de la conducta del deudor en materia de responsabilidad civil contractual. El Código Civil en su artículo 1616 distingue el

sonalidad en Francia, P. Jourdain anota que dicha noción "ha sido aceptada y la inmensa mayoría de los autores admite que éstos constituyen verdaderos derechos subjetivos de naturaleza extrapatrimonial, aunque otros duden de que el derecho de la personalidad sea suficiente para garantizar la protección de los intereses morales de la persona, en especial cuando a la responsabilidad civil se añade la responsabilidad penal, pues las ofensas más graves han sido erigidas por el legislador como infracciones [...]. A juzgar por los últimos desarrollos del derecho positivo, la respuesta a la inquietud de estos autores parece ser negativa": "Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil", trad. M. Koteich, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 20, 2011, p. 363.

32 C. LARROUMET. *Reflexions sur la responsabilité civile (évolution et problèmes actuels en droit comparé)*, Montreal, 1993, p. 81, citado por DE ÁNGEL YAGÜEZ, ob. cit., p. 63.

33 DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad*, cit., p. 61.

actuar doloso o culposo en la causación de perjuicios. En el primer caso, el deudor es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento, esto es, una indemnización plena que incluye los perjuicios tanto previsibles como imprevisibles en una correspondencia, en cuanto se refiere a la obligación reparatoria, con la responsabilidad aquiliana.

En tanto que el deudor meramente culposo será responsable *solo* de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, constituyéndose en una excepción a la reparación de todos los perjuicios causados, debiendo ser soportados algunos daños por el patrimonio del acreedor. Con ello, los perjuicios que superan el monto de los daños previsibles limitan la indemnización del afectado, impiden el restablecimiento de sus derechos y la garantía de la reparación integral, afectando el derecho de igualdad al consagrar consecuencias jurídicas sea que haya mediado dolo o culpa del deudor. Esta misma normativa se encuentra consagrada en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>34</sup> y en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales<sup>35</sup>.

Esta postura parte, sin lugar a dudas, de la relevancia del criterio subjetivo o de culpa en la normativa civil y de su alcance en la responsabilidad mediada por el acuerdo de las partes, donde el cumplimiento de las obligaciones y el incumplimiento de las mismas miran el grado de culpabilidad del deudor. En nuestro sistema dicha orientación parte de los artículos 63 y 1604 C.C. que servirán de fundamento para el análisis del actuar de los contratantes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, donde se condicionará la indemnización de todos los perjuicios a los eventos de culpa grave o malicia del deudor comprobada en juicio por el acreedor.

Examinando la constitucionalidad de dicha limitación legal en la reparación de perjuicios (art. 1616 C.C.) a partir de la vulneración de la dignidad humana (art. 1.º C.P), del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.) al establecer un trato discriminatorio entre el acreedor que sufre perjuicios con ocasión de una conducta culposa y el acreedor cuyos perjuicios son sufridos con ocasión de una conducta dolosa o gravemente

34 "Sección II. Indemnización de daños y perjuicios. Artículo 74. La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato".

35 "Artículo 7.4.4. *Previsibilidad del daño*. La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato".

culposa (art. 13 C.P), así como a partir del derecho de acceso a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.), la Corte Constitucional entendió lo siguiente:

La Carta Política no contempla cláusulas específicas sobre el régimen de resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Corresponde al legislador, en desarrollo de la cláusula general de competencia (Art. 150.2 C.P.) definir las reglas que deben orientar las relaciones contractuales, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contraídas y los criterios para determinar el monto del resarcimiento de los perjuicios originados en su incumplimiento, todo ello en el marco del respeto por la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales (Art. 16 C.P.).

Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado<sup>36</sup>. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que "*Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas*".

[...] Mientras que el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, reitera los principios de reparación integral y equidad que deben guiar todos los procesos de reparación de perjuicios, incluso en materia contractual, el artículo 1616 del Código Civil, establece algunas limitaciones a ese principio, fundadas en criterios de equidad y en la concepción culpabilista que orienta el régimen de la responsabilidad civil contractual. Estas limitaciones no se vieron derogadas por el artículo 16 de la ley 446 de 1998, este precepto no puede interpretarse de manera aislada dentro del ordenamiento jurídico. Es preciso incorporarlo con criterio sistemático, poniéndolo en relación con los demás principios que rigen la materia contractual como la equidad, la autonomía de la voluntad, y la orientación subjetivista de la responsabilidad contractual.

[...] La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían perverse al momento de contratar. Esta limitación, no resulta irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición

36 JAIME SANTOS BRIZ, citado por TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, t. IV, Temis, 1999.

culpabilista en que se fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales<sup>37</sup>.

Vistas así las cosas, se encuentra en el régimen contractual una evidente excepción al principio de reparación integral que ha sido regulada en forma expresa por el legislador en el artículo 1616 C.C. Más aún, valga agregar que se trata de una norma de carácter dispositivo que se aplicará salvo estipulación expresa de las partes, quienes pueden regular su responsabilidad limitándola, agravándola o incluso excluyéndola<sup>38</sup>. No obstante, existe una excepción al principio de los perjuicios que son indemnizables en materia contractual que se consigna en la norma descrita y que hace referencia a la pérdida del derecho al límite indemnizatorio en los contratos de cosas. En efecto, el artículo 1031 C.Co. señala: "si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador, éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia" (inc. 5.º).

Aquí, como razón adicional al quiebre del principio en el plano convencional y ligado sobre todo a los inconvenientes que resultan de la poca cumplida administración de justicia en un país como el nuestro, recuerda VINEY que "estando las partes en la posibilidad de determinar, antes de cualquier intervención judicial, la tasa al menos aproximada de la indemnización debida, el deudor se encuentra en *posición de fuerza* para hacer presión sobre el acreedor deseoso de evitar un proceso siempre largo, costoso y cuyo desenlace es aleatorio, e intentar obtener una transacción que le sea favorable"<sup>39</sup>.

En fin, queda a cargo de las partes el destino de las eventuales reclamaciones siempre y cuando así lo pacten, por lo que el régimen indemnizatorio fijado anticipadamente puede ser superior o inferior al que se pudiere probar en juicio. Bien discutible sería entonces argumentar a favor del principio de indemnidad total en los términos que se han expuesto.

En general, el alcance del principio de reparación integral mantiene su razón de ser en la responsabilidad extracontractual donde el responsable deberá asumir

37 Sentencia C-1008 de 2010, M.P.: L.E. VARGAS SILVA.

38 "Artículo 1604 [C.C.]. *Responsabilidad del deudor*. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

"El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

"Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes".

39 VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., p. 138.

indefectiblemente todos los perjuicios causados, sean previstos o imprevisibles. Lo anterior, sin perjuicio de la libertad de regulación en cabeza del legislador que en la materia, según lo afirmado por la jurisprudencia constitucional, podrá fijar los límites que estime *convenientes, necesarios y adecuados* dentro del sistema de reparación de las víctimas, sin distinción del régimen de responsabilidad de que se trate.

V. LIMITACIÓN DE LAS CUANTÍAS INDEMNIZATORIAS:  
¿CONTENCIÓN DE UNA VÁLVULA DE ESCAPE?

A. Fundamentos para la limitación de las cuantías indemnizatorias:  
condiciones económicas, de aseguramiento y estabilidad del sistema

El desarrollo contemporáneo de la sociedad y el crecimiento de diversos sectores productivos coinciden en la necesidad de soluciones y respuestas que deben ofrecerse en materia de responsabilidad a los crecientes daños<sup>40</sup>. En un proceso paulatino de avance en los sistemas de producción que se ha inscrito en la sociedad industrial, las posibilidades de peligro y riesgo se incrementan llevando a mayores daños resarcibles. En particular, en materia de daños a la persona, la limitación a las indemnizaciones en diferentes campos se fundamenta en el auge del progreso tecnológico y productivo, lo que lleva a que recaigan sobre el conjunto de habitantes, en muchos casos, no solo los valores de los productos y servicios ofertados sino las consecuencias de los eventos de responsabilidad<sup>41</sup>.

Por eso, en un ambiente de responsabilidad por riesgo, fomentar la indemnización de todos los daños, según la doctrina, reduciría las iniciativas de las nuevas creaciones de productos, desestimularía la actividad empresarial y comercial tanto en el tráfico nacional como internacional y, aún más, trasladaría a todos el coste de la reparación plena del sistema de responsabilidad civil a través del aseguramiento.

En otros términos, "parece que esta tendencia, conjugada con el aligeramiento de las condiciones de la reparación, conduce a un peso mayor del costo social global del sistema de indemnización y, en particular, a un encarecimiento del seguro

40 "Las grandes transformaciones de la revolución industrial, el maquinismo, los medios de transporte, el desarrollo científico y tecnológico, el tráfico jurídico en masa, la elaboración de productos defectuosos, la internet, la informática, la actividad profesional, la biotecnología, el uso de la energía nuclear, el aprovechamiento de los recursos del medio ambiente, las relaciones del consumo y de los consumidores, entre otros aspectos del mundo actual, acentuaron los riesgos y daños en la vida de relación, trayendo consigo la disfunción de las reglas tradicionales de la responsabilidad civil y tornado necesaria su adaptación": Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de agosto de 2009, M.P.: W. NAMÉN VARGAS.

41 VINEY y JOURDAIN, ob. cit., p. 117: "*Le principe de la réparation intégrale recèle donc en lui-même une forcé d'expansion qui permet de craindre que le prix de la sécurité des victimes ne devienne extrêmement élevé pour l'ensemble du corps social, ce qui est d'autant plus dangereux que l'indétermination qu'il implique dans la fixation du montant des indemnités est rebelle aux prévisions économiques*".

que corre el riesgo, a la larga, de convertirse en excesivo, si no en insuperable, al menos para los sectores de actividad llamados de 'punta' en donde los riesgos son particularmente importantes en razón de la necesidad de utilizar nuevas técnicas respecto de las cuales, por definición, los peligros no son enteramente dominados ni aun conocidos<sup>42</sup>.

Para evitar estos resultados que amenazan en forma cierta el dinamismo económico se estableció el sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, que a pesar de consagrar un sistema gravoso para los eventuales responsables que ejercen ciertas actividades y morigerar o atenuar los deberes probatorios de la víctima<sup>43</sup>, se sostiene, debe acompañarse de topes indemnizatorios que efectúen *ex ante* la repartición de los daños que llegaren a acontecer. Esta solución ha sido adoptada por el derecho tanto nacional como comparado.

#### *a. Algunos ejemplos de limitación de las cuantías indemnizatorias*

En nuestro país el ejemplo más claro de limitaciones a la cuantía de indemnización a que está obligado el responsable se encuentra en el contrato de transporte de cosas o de personas. Los distintos regímenes de responsabilidad respecto del incumplimiento de un contrato de transporte ofrecen la posibilidad de que sean disposiciones de carácter normativo las que fijen de antemano las cuantías por las cuales una de las partes eventualmente responderá (transportador). Como lo explica Guzmán, la institución de la limitación de las indemnizaciones del transportador "se funda en razones de política legislativa, motivada por el hecho de permitir al transportador unas condiciones para el ejercicio de su oficio o profesión, que le permitan disminuir el riesgo de su responsabilidad civil, en retribución a la prestación de un servicio público como el de transporte"<sup>44</sup>.

42 VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., p. 139.

43 "... la expresión [responsabilidad objetiva] se usa denotando la inversión de la carga de la prueba con presunciones de culpa y exoneración por un factor causal autónomo de caso fortuito, fuerza mayor, intervención exclusiva de un tercero o la víctima y, en la última, además la prueba de la ausencia de culpa, distinción censurada, por ser menester en todo caso y en cualquier especie de responsabilidad, la probanza de la relación de causalidad entre el daño y la conducta": Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de agosto de 2009, M.P.: W. NAMÉN VARGAS. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002, C.P.: M.H. GIRALDO, rad. 13477, donde se afirma: "en el régimen objetivo de responsabilidad 'por riesgo' –sin irregularidad de conducta– [...] el factor de imputación es el riesgo que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados. Es por tanto que cuando se prueba que el Estado genera ese tipo de actividad él tiene que soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo siempre y cuando se demuestren además los elementos de daño y relación causal salvo que demuestre causa extraña (hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o fuerza mayor) y rompa el nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo".

44 JOSÉ V. GUZMÁN. *Contratos de transporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 144.

De esta forma, el Código de Comercio (art. 1031) fija los límites indemnizatorios para el transporte terrestre de mercancías nacional que dependerán, en todo caso, de la declaración o no del valor de las mercancías que a tal efecto realice el remitente. Así, la ley confiere una prerrogativa a favor del transportador para determinar los montos por los cuales podrá responder, que será hasta el 75% del valor declarado, y el 80% cuando el remitente no suministre el valor de las mercancías. Así mismo, en eventos de pérdida total y pérdida parcial, por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización.

En cuanto al transporte aéreo se han fijado también topes de indemnización. El Convenio de Varsovia de 1929<sup>[45]</sup> (Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional) establece sobre el particular:

En el transporte de personas, la responsabilidad del porteador con relación a cada viajero se limitará a la suma de ciento veinticinco mil francos<sup>46</sup>. En el caso en que, con arreglo a la Ley del Tribunal que entiende en el asunto, la indemnización pudiere fijarse en forma de renta, el capital de la renta no podrá sobrepasar este límite. Sin embargo, por convenio especial con el porteador, el viajero podrá fijar un límite de responsabilidad más elevado (art. 22).

Del mismo modo, el Convenio de Montreal de 1999<sup>[47]</sup> (Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional) dispuso, en materia de indemnización en caso de muerte o lesiones de pasajeros, que no excedería de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, suma respecto de la cual el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad (art. 21).

Por otro lado, si se trata de perjuicios ocasionados en virtud de un contrato que no puede catalogarse dentro de las reglas del régimen de Varsovia y de Montreal como transporte aéreo internacional, se acudirá a la normativa nacional, que en este punto también consagró límites indemnizatorios en casos de daños a la persona. Señala el Código de Comercio que el transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, estando obligado a una indemnización que no podrá exceder de veinticinco mil (25.000) gramos de oro puro por pasajero (arts. 1880 y 1881). Lógicamente, esta suma será comprensiva de todos los tipos de perjuicios que se reclamen por lesiones o muerte.

45 Ratificado por Colombia mediante la Ley 95 de 1965.

46 Se trata de franco francés, integrado por 65 miligramos y medio de oro con la ley de 900 milésimas de fino. Igual, podrá convertirse en cada moneda nacional en números redondos.

47 Ratificado por Colombia mediante la Ley 701 de 2001 (promulgada por el Dcto. 2125 de 2003), declarada exequible mediante la Sentencia C-533 de 2002, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

No obstante lo anterior, se considera que los límites establecidos deben ser *razonables* para los perjuicios que comprenderán de acuerdo con las garantías de protección de los derechos de cada país, garantizándose inclusive que la suma establecida llegue a ser ajustada cuando se advierta que su valor o poder adquisitivo original alcance apenas un valor simbólico. Por ejemplo, en el caso *Coccia vs. Turkish Airlines* del año 1985, la Corte Constitucional italiana declaró la inconstitucionalidad de la Convención de Varsovia al determinar que los límites indemnizatorios impuestos eran sumamente bajos respecto a las garantías que las leyes nacionales ofrecían para el transporte terrestre y aéreo de carácter nacional, acogiendo una situación de desigualdad entre las víctimas<sup>48</sup>.

En general, si bien se consideró que el propósito original era incentivar el transporte aéreo que se estaba desarrollando (recuérdese que se trata del año 1929 y del auge de la industria aeronáutica), para los tiempos recientes, en este caso década la de 1980, se trata de una actividad que no debe gozar de privilegios sobre otras ni mucho menos ofrecer tratamientos discriminatorios que afectan a las víctimas. Los casos de responsabilidad por los accidentes laborales y de circulación (como en el caso español) son frecuentes y explican las posiciones que se van adoptando para asumir los daños en determinados eventos con un sacrificio evidente del principio de reparación integral.

#### **B. Ampliación progresiva de la seguridad social, socialización y mutualización de riesgos: distribución de los perjuicios en la responsabilidad civil**

Como se puede notar, la limitación de las cuantías, al paso que va otorgando una certeza previa de los montos precisos de indemnización frente a los supuestos de responsabilidad que lleguen a acontecer (contractuales o extracontractuales), trata igualmente de afianzar la prevención de riesgos a través de un sistema de aseguramiento de niveles competitivos y que permitan amparar los patrimonios que se vean involucrados frente a la exposición, no solo a los riesgos de la industria, sino a los que conlleva vivir en sociedad. Sobre el tema, la doctrina destaca que la apreciación del daño y su tipología indemnizatoria se orienta cada vez más a la flexibilización de las cargas exigidas a la víctima, e incluso a un abierto liberalismo que se extiende cada vez más de los supuestos de responsabilidad a las sumas por pagar<sup>49</sup>.

Como lo sostiene VINEY, la protección equitativa a las víctimas pone en evidencia los peligros de extender sin límites las responsabilidades y los riesgos, lo que haría casi insoportable para las empresas y los individuos crecer al ritmo de

48 Cfr. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. "Los dilemas de la responsabilidad civil", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, n.º 4, p. 678.

49 Cfr. ANDRÉ TUNC. "Le spectre de la responsabilité civile", *Rev. Int. dr. comp.*, 1978, pp. 1032 y ss.

la misma sociedad. Lo anterior equivale a entender, en definitiva, que cada país o comunidad debe ser consciente del avance que quiere tener y los peligros que debe estar dispuesta a asumir, con la consecuente tasación de las indemnizaciones por las actividades nocivas que se permita. Para ello, bajo un contexto de *responsabilidad social* se dice que es conveniente "luchar contra los grandes males sociales contra los cuales la responsabilidad civil no es capaz de poner remedio eficazmente [...] organizar un sistema de tasación de las actividades nocivas orientada sistemáticamente hacia la reparación y la prevención"<sup>50</sup>.

Lo mismo, a fin de lograr la satisfacción en las necesidades de indemnización, de por sí no despreciables y que siempre son elevadas, por fuera del patrimonio del responsable se buscan alternativas presupuestales para responder a los reclamos de las víctimas como la estabilización de los sistemas de aseguramiento, regímenes de garantía estatal y un fortalecimiento de los sistemas de seguridad social que complementen y asistan en casos de distintos perjuicios (sobre todo en los daños a la persona), y que traten de hacer más comprensible la realidad de la reparación integral. Reconociendo que los patrimonios individuales son insuficientes para sortear los costos de la satisfacción de todos los daños, hay quienes ven en la 'colectivización' de la responsabilidad una medida que complementa los topes legales o convencionales en materia de indemnizaciones. Se afirma entonces que gracias a esta *evolución* los recursos disponibles tendrán diversas fuentes y que, además de reparar a la víctima, se cumplirá de rebote con uno de los objetivos principales de la responsabilidad civil, la prevención de los daños<sup>51</sup>.

No puede negarse la importancia de este planteamiento, que, con todas sus virtudes, presupone una asistencia estatal con niveles aceptables de cubrimiento a la población en general, escenario tal vez cercano a Europa pero cuya insuficiencia en países como el nuestro salta a la vista<sup>52</sup>. Aparte de eso, el panorama descrito propone un estímulo al aseguramiento general que cubra todos los daños a los

50 VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad civil*, cit, p. 129.

51 Explica VINEY que en este proceso "sólo hay ventajas, para nosotros, en hacer que la víctima se beneficie con todas estas posibilidades, e importa sortear al máximo los límites a la indemnización que se le oponían antiguamente por su estricta dependencia de la responsabilidad individual. A fin de lograrlo, conviene entonces desarrollar, tanto como sea posible, el campo de aplicación y la eficacia de los procedimientos de reparación colectiva (a) y, en la medida en que los daños no sean indemnizados directamente por la colectividad [seguridad social, fondos públicos, fondos de garantías], lograr estrechamente la designación del deudor de reparación a las posibilidades del recurso al seguro": *ibíd.*, p. 130.

52 Al respecto, G. COMANDÉ. *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. Una perspectiva europea*, trad. M. KOTEICH, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, col. Ensayos de la Revista de Derecho Privado n.º 2, 2006. Sobre el tema, deteniéndose en el examen de la experiencia francesa, advierte dicho autor que los beneficios de la *Sécurité Sociale* en las lesiones a la salud apuntan directamente a solventar los aspectos materiales o patrimoniales del resarcimiento de la víctima, pero para aquellas pérdidas pecuniarias se debe buscar el remedio previsto a través de la responsabilidad civil (p. 11 y ss.).

cuales están expuestas comúnmente las personas, circunstancia que debería fijarse como obligatoria por parte del legislador. Hecho que también, por los precios que ello conlleva, hace difícil llevar este proceso a la práctica.

En efecto, este fenómeno, de rotunda incidencia económica, es enfocado como causa de parálisis del progreso social, aspecto sobre el cual se cree que la ley y el juez deben aportar no solo precisiones sino pautas guiadas no a la limitación extrema de la responsabilidad sino a clarificar las soluciones que permitan restablecer el equilibrio causado por el daño.

Se trata de un modelo de asignación de riesgos y de recursos dentro de una sociedad productora de daños en donde la mejora a un sujeto, si bien perjudica a otro, proyecta beneficios y utilidades que se reflejan en el mercado, hecho que hace valorar las indemnizaciones completas como una formulación teórica de gran valía pero cuya fuerza se diluye en la llamada economía de bienestar. De ahí que, adoptando la eficiencia de Pareto<sup>53</sup> en la distribución de los perjuicios conforme a la responsabilidad civil, se podría llegar a entender que no se puede mejorar a uno de los sujetos implicados sin perjudicar a otro, siendo necesario tomar partido por uno u otro<sup>54</sup>. Particularmente, en tanto sea posible, se cree que la balanza debe estar siempre inclinada a favor de la víctima.

## VI. IMPLANTACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE TOPES EN MATERIA DE VALORACIÓN DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

El establecimiento de tarifas legales y jurisprudenciales en materia de indemnización a las víctimas de algunas actividades y para ciertas categorías de daños es una cuestión de primer orden en la discusión actual del derecho de daños<sup>55</sup>. Aspecto de gran relevancia si se tiene en cuenta que siendo la filosofía del asunto evitar la explosión de elevadas condenas reparatorias, la indemnización perseguida por la víctima se encuentra sometida a dicho propósito.

A decir verdad, la reparación *in natura* y la imposibilidad de tasar con cierta suficiencia los daños a la persona han llevado a que se ponga en duda el valor del

53 El llamado criterio de eficiencia de PARETO (que recibe su nombre del economista y sociólogo italiano VILFREDO PARETO) se basa en que, frente a una asignación de bienes iniciales a un conjunto dado de individuos, mejorar a uno de ellos en la asignación de recursos es desmejorar a todos los demás. A su lado, la *mejora paretiana* será lograr la mejora de alguno de los sujetos sin que se llegue a perjudicar a otro u otros. En particular, para el derecho de daños se sigue esta expectativa, lograr un equilibrio entre las actividades causantes de perjuicios y la posición de la víctima frente a los mismos. Sin embargo, actualmente esta *mejora* no es alcanzada, aún más, se estima fantasiosa e imposible sobre todo en los daños que carecen de valoración económica, como los daños inmateriales.

54 Cfr. HUGO A. ACCIARRI. "El análisis económico del derecho de daños. Elementos para una aproximación", en *Lexis-Nexis Jurisprudencia Argentina*, número especial sobre derecho y economía, Buenos Aires, 2009.

55 DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit., pp. 107 y ss.

principio de la reparación integral y se establezcan vías de reducción a los daños en casos excepcionales. La idea es conceder una reparación a la víctima que no solo aparezca como adecuada y razonable sino que confiera certeza para casos semejantes para el futuro. En especial, frente al interrogante general de si es adecuado, razonable y, sobre todo, necesario implementar un sistema de techos para la indemnización respecto a los daños a la persona, la respuesta casi unánime es favorable. Tomando partido a favor, VINEY considera que "hoy es cada vez más seriamente hora de definir con precisión los daños reparables y reglamentar la tasa de las indemnizaciones".

De este modo, "la idea de conceder una reparación tan adecuada como sea posible a los perjuicios sufridos aparece tan sensata como generosa, pero es en realidad demasiado vaga para permitirle traducir en una suma de dinero el equivalente necesario a la compensación de los daños extrapatrimoniales"<sup>56</sup>.

Partiendo de un sistema de mutualización de riesgos y de la gran incertidumbre que ofrecen las diversas condenas que en determinados casos pueden imponer los jueces, se ha hecho eco a la limitación de los daños no patrimoniales disminuyéndose de a poco la importancia de la responsabilidad civil y la creciente tendencia de su litigiosidad. Más efectivo es, al parecer, establecer de antemano a qué se expone quien ha de pagar y qué recibirá quien ha de resultar afectado por determinados sujetos. Para ello, TUNC, recomendando previamente *prudencia* en la indemnización de daños no patrimoniales, afirma que la protección a las víctimas no debe pesar en demasía sobre los otros, de modo que "cuando el que o la que asegura la vida de la familia es víctima de un accidente, lo esencial es que la familia reciba lo más rápidamente posible el equivalente de su salario o de su renta patrimonial, o en cualquier caso una importante proporción de ésta; indemnizar el sufrimiento puede ser legítimo, pero no necesario"<sup>57</sup>.

#### A. Baremos en la valoración de daños a la persona

Conforme a lo anterior, se ha planteado que la valoración de daños a la persona se efectúe mediante baremos que deberán ser expedidos por el legislador y de seguimiento obligatorio por los jueces partiendo de las siguientes reglas: (i) Las tablas deberán determinar sumas razonables fijas pero revisables periódicamente de acuerdo con criterios estadísticos; (ii) El juez al momento de fijar las sumas no puede alejarse de las tablas previamente establecidas. De forma excepcional, podrá aumentar las reparaciones frente a las circunstancias especiales del caso, pero para ello la ley fijará un marco dentro del cual podrá ajustar la indemnización; (iii) Los daños materiales deben repararse en forma íntegra en cuanto estén probados; y,

56 VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., p. 138.

57 A. TUNC. *La responsabilité civile*, París, 1981, citado por DE ÁNGEL YAGÜEZ, ob. cit., p. 115.

(iv) Para los daños no patrimoniales se procurará su satisfacción a través de las cuantías establecidas.

Ejemplo de lo mencionado es lo establecido por Dinamarca donde, mediante una Ley de 24 de mayo de 1984, se reglamentó el actuar del juez para cada concepto constitutivo de daño. Y, como recuerda DE ÁNGEL YAGÜEZ, en Bélgica, Luxemburgo, Holanda Francia e Italia existe la disposición de seguir modelos o estándares al momento de la fijación de las cuantías de reparación, dejando a salvo, sin embargo, la libre apreciación del juzgador, quien no se encuentra fatalmente atado a las tablas sino que cuenta al final con un margen de maniobra en donde juega su subjetividad y el caso concreto sometido a su estudio<sup>58</sup>.

La regulación expedida en España sobre accidentes de circulación (Ley 30 del 8 de mayo de 1995, que modifica el Dcto. 632 de 1968) es un modelo reciente de aplicación de baremos en cuanto a los daños a la persona, modelo que, muy a pesar de las críticas recibidas, se aplica actualmente. La mencionada Ley 30 de 1995, conocida como Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporó en su anexo un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Este baremo comprende criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización (apdo. 1.º), una explicación sobre la aplicación del sistema (apdo. 2.º) y seis tablas de valoración, entre las cuales están las que fijan una indemnización básica por muerte o lesiones permanentes, incluidos los daños morales (I y III), las que señalan los factores de corrección (II, IV y V,) y la que comprende las clasificaciones y la valoración de secuelas (VI).

Así, dispuso dicha ley que "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley" (art. 1.º, apdo. 2.º). Habiendo previamente señalado que el baremo es un sistema a partir del cual el legislador establece para un conjunto de casos indeterminados tarifas para los daños que se llegaren a causar, el Tribunal Constitucional español afirmó:

58 A manera de ejemplo, debe anotarse también para España la Ley 32/1999 de solidaridad con las víctimas de terrorismo. Dicha norma atribuye al Estado el deber de pagar las indemnizaciones debidas y no satisfechas por los autores y demás responsables de acciones terroristas a sus víctimas en concepto de responsabilidad civil derivada de delito. De igual forma, limita la indemnización a los daños corporales o personales consistentes en los siguientes supuestos: *fallecimiento, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial, lesiones permanentes no invalidantes y secuestro* (Anexo). A cada uno de dichos eventos, en millones de pesetas. Sobre el tema, cfr. MARC R. LLOVERAS. *Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2002.

En el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art. 15 CE), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el art. 15 CE impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriadamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes.

Por esta razón, el art. 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas.

[...] Cabe decir a este respecto que de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales<sup>59</sup>.

Por su parte, la experiencia francesa ha marcado otros criterios para la valoración de los perjuicios corporales<sup>60</sup>. A partir de las apreciaciones efectuadas por los médicos respecto de las lesiones a la integridad psicofísica, los jueces, atendiendo a la edad de la víctima y al déficit funcional permanente establecido por vía pericial, efectúan un cálculo por punto (*calcul au point*) de incapacidad para arribar finalmente a la indemnización debida.

Lo interesante de este sistema francés es que la jurisprudencia, de acuerdo con sus precedentes, instaura el valor del punto tomando en cuenta las indemnizaciones previamente concedidas, estableciendo de esta forma una base media que guarda relativa uniformidad. Ahora bien, la práctica ha revelado la falta de una tasa médica de incapacidad que armonice de forma concreta las decisiones judiciales y brinde un criterio de uniformidad. Las diferencias de opiniones médicas llevan a que las cuantías en muchos casos discrepen unas de otras, lo que ha conducido

59 STC 181 de 2000, que declaró la constitucionalidad del sistema de baremación legal sobre accidentes de circulación al no ser contrario al artículo 15 de la Constitución española. Abordando la misma cuestión, se encuentran también las sentencias: STC 021 de 2001, STC 042 de 2003, STC 105 de 2004, STC 231 de 2005 y STC 254 de 2005.

60 Cfr. M. KOTEICH KHATIB. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés", *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, Universidad Externado de Colombia, 2010.

a la necesidad de establecer en forma legal un baremo de invalidez aplicable a todos los sistemas de indemnización<sup>61</sup>.

### B. ¿Contribuyen los baremos a la reparación integral de los daños a la persona?

Como conclusión de lo que se viene analizando, debe admitirse que la utilización de tarifas o baremos para la valoración de los daños no patrimoniales respecto de los cuales no existen elementos objetivos de comparación o referencia aparece como una propuesta seria para garantizar seguridad jurídica, certeza e igualdad material de las víctimas de daños corporales. Lo anterior es más considerable aún si se tiene en cuenta que nuestro sistema se fundamenta en la apreciación judicial de los daños sin basarse en ningún tipo de criterio objetivo sino en apreciaciones subjetivas e individuales que dependerán del ánimo y sentido que ofrezca cada juez. El respeto por el principio de igualdad es una de las garantías más importantes que se deben perseguir en el juicio de responsabilidad, de manera que las decisiones judiciales deben preocuparse por guardar uniformidad y coincidencia en casos similares, aspecto que no acontece en la experiencia colombiana donde las disparidades son notables.

A nadie se le escapa que el tratamiento de los daños a la persona por las distintas jurisdicciones es notablemente diferente, a lo que debe adicionarse que dentro de las mismas jurisdicciones los precedentes verticales y horizontales son en ocasiones desconocidos. Es motivo entonces del azar la suerte que correrá la víctima dependiendo de quién sea el causante del daño y de las notas especiales que pueda llegar a tener su caso para influenciar una buena decisión del juez. No puede haber duda de que este proceder es intolerable, ni de que debe allanarse un camino para corregir estas prácticas discriminatorias y desestimulantes del sentimiento de justicia.

A propósito de lo afirmado existen opiniones en contra de baremos vinculantes para los jueces<sup>62</sup>. Se alude en principio a que la reparación de situaciones idénticas es relativa porque casos distintos serían tratados como iguales fomentando desigualdades y desconociendo la misma igualdad que se pregona. Esto es, se conduce a un automatismo en donde se encuadran supuestos fácticos a las mismas consecuencias jurídicas sin reparar en que efectivamente son eventos disímiles, reparando más de lo que se debería reparar a unos y cubriendo con un manto de simetría lo que se escapa a comparaciones. Atado a lo anterior, la certeza y segu-

61 Así lo entienden el Informe Lambert-Faivre y el Anteproyecto de reforma del Código Civil francés en cuyo artículo 1379-1 se señala que la extensión del perjuicio funcional debe determinarse de acuerdo con el baremo de invalidez que se establezca por decreto. Cfr. KOTEICH KHATIB, *ob. cit.*, p. 185.

62 Entre ellos, F. PANTALEÓN PRIETO. "Los baremos indemnizatorios en la valoración de daños a las personas", ponencia presentada en los Coloquios sobre responsabilidad civil del automóvil (Bilbao, 1994), citado por DE ÁNGEL YAGÜEZ, *ob. cit.*, pp. 197 y ss.

ridad jurídica pueden enfrentarse a las distintas interpretaciones que ofrezcan los jueces sobre cada evento en particular. Así mismo, la estrechez que imponen los topes y la necesidad de una argumentación judicial coherente con los derechos de las víctimas llevan a sostener con sumo interés que no son lo suficientemente perfectos para sacrificar el principio de reparación integral.

Pues bien, cabe plantearse la pregunta: ¿qué mecanismo podría ser el más adecuado para llevar a cabo una justa uniformidad en la reparación de los daños extrapatrimoniales? En primer lugar, debe señalarse que los jueces son los encargados de determinar las categorías de perjuicios indemnizables y de calcular las indemnizaciones, estando sujetos a la valoración de las pruebas y a la garantía de la reparación integral siempre que pueda ser posible. En este proceso ha sido común el establecimiento de criterios judiciales que han tratado de regular de manera gradual la compensación de este tipo de daños, ejercicio guiado fundamentalmente por patrones de equidad y de libre valoración judicial, en virtud de la falta de criterios objetivos. El asunto ha sido retomado, particularmente por el Consejo de Estado, en la liquidación de perjuicios morales, como se puede observar en recientes fallos que se analizarán en otro apartado.

En este orden de ideas, es aceptable la facultad de fijar el cuántum indemnizatorio por parte de los jueces y el consiguiente establecimiento de topes que a manera de guía puedan servir como pauta para casos de similar sustento fáctico. Esto, sin embargo, se considera únicamente respecto de los perjuicios morales. En relación con los perjuicios corporales o fisiológicos, como se verá, existiendo posibilidad de alcanzar criterios objetivos en su valoración, la libre apreciación judicial no puede ser la regla que gobierne.

## VII. ¿CUÁL ES EL VERDADERO PAPEL DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA COLOMBIANO?

La descripción previa que se ha adelantado pone de manifiesto los diversos debates que se han generado respecto de uno de los conceptos más importantes en el derecho de la responsabilidad civil. No deben perderse de vista, aun con las notables excepciones y restricciones que se han analizado, las importantes ventajas que contiene y que no pueden ser catalogadas llanamente como fantasiosas o carentes de realidad<sup>63</sup>.

63 Las principales ventajas del principio de reparación integral son explicadas por VINEY y JOURDAIN. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, cit., pp. 114 y 115. Para J. CARLOS HENAO, por su parte, el principio de la reparación integral es más un 'mito' al entender que en la realidad aparece amplificado o completamente deformado. Para él, los motivos de dicha duda se encuentran en la misma génesis del concepto: (i) se trata de un principio que no tiene valor constitucional; (ii) es de libre regulación legislativa; (iii) su radio de acción es limitado pues no alcanza a abarcar los daños inmateriales; (iv) la aplicación de la noción de equidad por parte de los jueces y la existencia de la figura de daños punitivos

Se ha señalado que la reparación integral permite a las víctimas obtener una compensación eficaz de los perjuicios causados por culpa de un tercero, y que no solo confiere la posibilidad de tomar en consideración el evento causal productor del hecho, sino que también permite estimar los progresos tecnológicos y sociales en las formas de reparación. Por ejemplo, en relación con los perjuicios corporales, el principio de reparación integral podría imponer, en principio, completar a cargo del responsable el precio de los tratamientos y atención autorizados por el último estado de la ciencia y la tecnología médica, aunque los costos lleguen a ser elevados. Lo mismo, en virtud de ello, el juez estaría llamado a examinar las formas que más convengan para tratar de restituir la situación anterior de la víctima, indemnizando el perjuicio material mediante el reconocimiento de sumas fijas que contengan todo tipo de tratamiento o hasta reconociendo rentas periódicas<sup>64</sup>.

Así, con base en esta perspectiva, el principio analizado no solo anima a los jueces sino que influencia sus decisiones en la adaptación de las medidas de compensación a las situaciones concretas o particulares de los perjudicados, que en muchos casos son ignoradas por las fórmulas matemáticas como modalidades de reparación<sup>65</sup>. Pero, por si no fuera poco, una invaluable característica que habla de las virtudes y ventajas de la reparación integral, además de promover nuevos métodos de evaluación en los *daños-intereses* dentro del ajuste particular de la indemnización a los casos concretos por parte del juez, lleva a que deban ser apreciados todos los tipos de alivios que se encuentren disponibles para las víctimas según las circunstancias que las rodeen y con la debida protección frente a

[derecho anglosajón] relativizan su practicidad; (v) En experiencias de derecho comparado en materia de graves violaciones a derechos humanos por los daños de masa, se limitan las reparaciones y se prefieren los beneficios simbólicos. Por estas razones, admite que su existencia dentro de la aplicación jurídica es realmente discutible. Así, afirma que "les développements que nous venons de réaliser nous permettent de conclure que la réparation intégrale est un principe en crise, un principe 'grièvement blessé'. Nous pouvons affirmer qu'il s'agit d'un principe qui continue a renseigner le droit de la responsabilité administrative, mais à la manière du mythe qui fait rêver les esprits, grâce à la déformation de la réalité". J.C. HENAO. *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*, These Doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris III), noviembre de 2007.

64 En el caso de un paciente que se le realizó una transfusión con sangre contaminada, estableciendo el estado de invalidez de la víctima, el Consejo de Estado condenó a las entidades por concepto de lucro cesante futuro a realizar pagos mensuales desde el momento en que se profirió el fallo hasta el día de la muerte de la víctima. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 18273, C.P.: A. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

65 Los autores citan una decisión del Tribunal de Instancia de París (6 de julio de 1983), donde se juzgaban los perjuicios psicológicos sufridos a consecuencia de una gran discapacidad. En el caso se manifestó que debían abandonarse las fórmulas clásicas de indemnización proporcional al porcentaje de invalidez por un método totalmente diferente pues se exige de una indemnización específica por un periodo de tiempo superior al juicio. Dicho así, "Il est nécessaire de substituer au système habituel d'indemnisation un procédé adapté aux besoins futurs réels du handicapé, pour lui assurer des conditions de survie aussi satisfaisantes que possible, compte tenu du milieu auquel il appartient".

movimientos inflacionarios. En todo esto, son muy importantes las obligaciones de hacer o medidas de reparación no económicas que se han venido imponiendo tanto por tribunales internacionales en el campo de los derechos humanos como por los propios jueces nacionales. De esto ya habrá oportunidad de hablar en otra oportunidad.

Estas notas distintivas de la reparación integral, lejos de ubicar al principio como un concepto con una simple eficacia simbólica, lo presentan como algo que persigue expectativas razonables. Ahora, se insiste en que de esta misma afirmación debe salir la respuesta a su reconducción a la práctica.

### VIII. LA PRETENDIDA REFORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

A pesar de lo dicho, el papel actual del principio de reparación integral, sobre todo debido al gran avance de litigiosidad en materia de daños a la persona, merece una reformulación para su genuino entendimiento en su aplicación práctica. En este contexto, VINEY y JOURDAIN proponen inicialmente que el campo de acción propio y único de aplicación del principio se limite a los daños patrimoniales, pues como ya se ha visto, se trata de daños en los cuales la adaptación de justicia material efectiva puede lograr más claramente su cometido. Incluso, en este campo, deberán tenerse en cuenta imperativos de corrección y modificación distintos de la propia reparación, como los medios de subsistencia del individuo o el equilibrio financiero de una empresa que hagan necesaria la reparación plena o simplemente de poca relevancia<sup>66</sup>.

Ante esta situación se han ofrecido alternativas para lograr una efectiva reparación de los daños extrapatrimoniales causados por el responsable. Por un lado, la solución se ofrece en el examen y calificación de los tipos de daños, estableciéndose un orden de prelación o de urgencia entre ellos de acuerdo con los intereses fundamentales de las personas o los individuos.

De acuerdo a esto, aunque la *restitutio in integrum* atribuye la misma importancia a todos los perjuicios sin distinción de su naturaleza, y ubica a todas las víctimas en un mismo plano de igualdad, la indemnización de los daños corporales debe ser prioritaria, pero deteniéndose en forma específica en la compensación o reparación de los gastos médicos, salariales o asistenciales derivados de las lesiones corporales, lo que en la práctica deberá ser aplicado a los rubros de perjuicio material

66 VINEY y JOURDAIN. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, cit., p. 120. Sobre el punto, afirman los autores: "non seulement il nous semble nécessaire d'en limiter l'application aux seuls préjudices auxquels elle est adaptée, c'est-à-dire aux dommages de nature économique, mais en outre nous pensons que, même dans ce domaine, elle mériterait parfois d'être corrigée ou modifiée pour tenir compte d'impératifs autres que celui de l'indemnisation. Enfin dans sa mise en oeuvre, certaines pratiques, actuellement courantes, mériteraient d'être corrigées".

sea en su versión de daño emergente o de lucro cesante, según sea el caso<sup>67</sup>. Bajo este punto de vista, además, los perjuicios puramente morales, de acuerdo con la tesis que presentan VINEY y JOURDAIN, deberán ser reemplazados por una medida que ponga fin al atentado moral de la víctima sin que se realicen pagos en sumas de dinero siempre vacilantes y sujetas a la laxitud de los jueces y a la alarmante sobrestimación de las peticiones de los demandantes.

Por otro lado, recordando lo expresado líneas atrás, se plantea una limitación a los excesos que se pueden presentar al momento de la tasación de las indemnizaciones con fundamento en el principio de reparación integral y que conducen a cifras manifiestamente desproporcionadas en relación con *l'attente légitime* de la víctima. Esta facultad que se atribuye a los jueces de limitación, o, si se quiere de 'corrección', a la indemnidad plena de los daños, la fundamentan los autores franceses en el artículo 1150 C.C. francés<sup>68</sup> (equivalente al art. 1616 C.C. colombiano), lo cual, según ellos, llevaría a una reparación equitativa que, en lugar de la reparación integral, se torna más realista y justa.

Se ve en las fórmulas propuestas un claro enfoque diferencial bien intencionado para tratar de dar respuestas a los muchos interrogantes que se formulan. Pero no son suficientes, y lejos de arribar a una solución, vacían de contenido al propio principio.

No resulta justificado detenerse en la imposibilidad del equivalente pecuniario para descartar de plano la reparación de los daños no patrimoniales. Concediendo importancia a los daños corporales y a los intereses fundamentales de las víctimas como aspecto primordial dentro de la reparación, sería más efectivo pensar en soluciones que no atiendan simplemente al aspecto patrimonial, y dirigidas a restablecer o paliar la lesión (asistencia médica, incapacidades, pérdida de ingresos, entre otros), sino también a toda la dimensión de la persona frente a la cual el responsable está obligado a restablecer cada una de las consecuencias que su hecho haya ocasionado.

Por lo mismo, la existencia de una amplia discrecionalidad es fuente de inseguridad, ambivalencias y, lo más grave, de afectación de la igualdad de las víctimas. De manera que el criterio de equidad debe servir para modular el principio de reparación integral y llevar hasta donde sea posible la expectativa de indemnización, sin que se utilice como parámetro de ponderación entre la culpa del autor, la gravedad del hecho ilícito, la magnitud de la indemnización

67 *Ibíd.*, pp. 118 y 119. También, en idénticos términos, VINEY. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., pp. 139 y 140.

68 "*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*" (El deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte).

pedida, la situación patrimonial o financiera de las partes, entre otras, como algunos han planteado<sup>69</sup>.

No sería tampoco admisible que se dejaran de reparar los perjuicios morales argumentando la dificultad de los criterios para su medición y los inconvenientes del arbitrio judicial con su elevada dosis de subjetividad. Es aceptable que se busque poner fin a los atentados morales causados por el hecho de un tercero, pero también indemnizar los perjuicios que por esa misma vía hubiesen podido ocasionarse: uno y otro método se acercan a los cometidos de la reparación integral. Frente a este tipo de perjuicios es aconsejable el establecimiento de precedentes jurisprudenciales que fijen pautas a los jueces inferiores para la imposición de indemnizaciones por concepto de perjuicios morales, sin que se obvие la posibilidad de llegar a establecer una eventual revisión de los fallos de los jueces inferiores por desconocimiento de la doctrina y de las cuantías que fijen los altos tribunales como parámetros. El juez deberá, atendiendo a las particularidades del asunto sometido a juicio, apreciar las condiciones especiales de la víctima y el impacto de las afectaciones en su esfera síquica o moral según el tipo de lesión, observando para el monto de la indemnización lo fallado previamente en eventos similares y citando los precedentes, precedentes que, cumpliendo la exigencia de argumentación, podrían llegar a ser revisados para adoptar sumas superiores o incluso inferiores.

No debe suceder lo mismo con los demás perjuicios extrapatrimoniales, donde el cuántum de la indemnización se podría detallar mediante procedimientos objetivos y sin estar sujetos del todo a la libre argumentación judicial. Este proceder evitaría las desproporciones en las indemnizaciones y persigue la homogeneidad de la reparación en casos semejantes no solo al interior de cada jurisdicción, sino entre cada una de ellas.

Se agrega también el desacuerdo respecto de restringir las indemnizaciones por vía del artículo 1616 C.C., norma que no se entiende cómo podría extender su aplicación del campo contractual al aquiliano. Los perjuicios en la responsabilidad contractual se definen dependiendo del grado de culpa del deudor y de la previsibilidad del posible incumplimiento de las obligaciones contraídas que dependerá de la voluntad de las partes, quienes perfectamente pueden limitar su responsabilidad a las obligaciones que sean previsibles. Las obligaciones que nacen de la libre voluntad y consentimiento de las partes hacen factible que los contra-

69 A. SOLARTE RODRÍGUEZ. "El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo", en *Tendencia de la responsabilidad civil*, cit., p. 147. Dentro de sus propuestas para perfeccionar el sistema existente actualmente, señala que es necesario precisar los criterios que permiten construir el concepto de reparación integral, uno de ellos es "aprovechar que en el ordenamiento jurídico colombiano existe una norma, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, (...) lo que conduce a que el criterio *equidad* pueda servir para modular en determinados supuestos el rigor o la imperfección del criterio de reparación integral, en temas tales como la gravedad de la conducta del autor del hecho ilícito frente a la magnitud del resarcimiento o la situación patrimonial de los intervinientes en el respectivo proceso".

yentes prevean sus cargas y los perjuicios por los cuales podrían eventualmente llegar a responder (daño previsible), siempre en atención a la negligencia en que pueda incurrir el deudor, en cuyo caso su responsabilidad podría ser completa<sup>70</sup>.

En definitiva, la garantía de igualdad de las víctimas en materia de daños a la persona pone en evidencia los desacuerdos indemnizatorios entre los jueces y la existencia de una amplia apreciación judicial que ha conducido a notables desequilibrios. Ante esta situación ha emergido la creciente inquietud de desarrollar un sistema donde las cuantías económicas de las indemnizaciones respondan al empeño de homogeneidad en supuestos similares. En cualquier caso, lo importante es asegurar la indemnidad de todos los daños causados, de suerte que parece lógica y adecuada la exigencia de un sistema concentrado de unificación de precedentes por parte de los tribunales de cierre en materia de daños extrapatrimoniales, y, sobre todo, respecto de los perjuicios morales que los jueces inferiores estén comprometidos a seguir y respetar.

A propósito, en cuanto al reproche que podría hacerse desde el principio de autonomía judicial (art. 230 C.P.), cabe afirmar que la discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales conllevan no solo guardar respeto a las decisiones previas que el propio juzgador haya emitido, sino también acatar la doctrina decantada que sobre la materia expongan los tribunales superiores<sup>71</sup>. Lógicamente, los jueces y tribunales pueden condenar en montos distintos a los señalados por el Consejo de Estado o la Corte Suprema, debiendo justificar y argumentar su posición, que en todo caso podrá ser revisada por la máxima autoridad de la jurisdicción<sup>72</sup>.

70 Cfr. *Trattato della responsabilità contrattuale. Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Giovanna Visintini (dir.), Padova, Cedam 2009, pp. 33 y ss.; F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 91. También, C.M. BIANCA. *Diritto Civile, V, La responsabilità*, Milano, Guiffrè, 1994, p. 153. Explica el autor que el fundamento de esta regla (contenida en el artículo 1225 del Codice Civile) se encuentra en la tácita voluntad contractual del deudor de no asumir el riesgo de perjuicios extraordinarios e imprevisibles. Por ello, dice, "il criterio della prevedibilità del danno deve piuttosto essere ricercato in un' idea fondamentale che governa la disciplina dell'obbligazione come strumento per il soddisfacimento di un altrui interesse: l'idea, cioè, che il vincolo obbligatorio importa l'assunzione di un sacrificio contenuto entro limiti di normalità. La regola della prevedibilità del danno vale appunto a segnare uno di questi limiti, contenendo l'obbligo di risarcimento in relazione al normale significato di utilità che la prestazione rappresenta per il creditore".

71 Al respecto, Corte Constitucional. Sentencias T-1285 de 2005, T-676 de 2006, entre otras.

72 La Corte Suprema de Justicia como cabeza de la jurisdicción ordinaria actúa como tribunal de casación. Sobre el papel de la casación dentro del orden jurídico se ha señalado que cumple un importante función en (i) la unificación de la jurisprudencia, (ii) la garantía del principio de legalidad en su dimensión amplia, (iii) la protección efectiva de los derechos constitucionales bajo el principio de la prevalencia del derecho sustancial y (iv) la realización del principio de la igualdad en la aplicación del derecho. Desde esta perspectiva, "Se concluye, entonces, que en el Estado Social de Derecho, el recurso extraordinario de casación, no es sólo un mecanismo procesal de control de validez de las providencias judiciales, sino que se constituye en un elemento esencial en la aplicación igualitaria de la ley,

## IX. LA REPARACIÓN INTEGRAL NO ES UN PRINCIPIO DE CARÁCTER ABSOLUTO Y ADMITE REGULACIONES POR PARTE DEL LEGISLADOR

La función reparatoria a plenitud de los daños causados a los perjudicados, sean derivados de conductas punibles o no, se garantiza en nuestro ordenamiento constitucional. En efecto, la garantía de la equivalencia de la indemnización con la magnitud del daño revela un propósito elemental de justicia y de progreso de los principios del Estado Social de Derecho. A pesar de ello, la jurisprudencia constitucional ha advertido que no existen derechos absolutos. Los derechos constitucionales obedecen no solo al cumplimiento de su órbita subjetiva o individual sino que también, en muchos casos, pueden verse sometidos a límites que se encuentran dados por el respeto de los derechos ajenos, la protección del interés general, el cumplimiento de deberes y la observancia del núcleo esencial del derecho que pretende limitarse<sup>73</sup>.

En el proceso de determinación del núcleo esencial del derecho fundamental, siguiendo la tesis constitucional<sup>74</sup>, el juzgador puede disponer de técnicas jurídicas complementarias que se inscriben desde la perspectiva de los derechos subjetivos o de los intereses jurídicamente protegibles. Así, el contenido esencial de un derecho fundamental, de acuerdo a la primera posibilidad, consistirá en aquellas facultades de actuación *ineludibles* para que el derecho se desarrolle en su sentido real y natural sin desnaturalizarse. Por otro lado, la fórmula de los intereses permitirá establecer un núcleo esencial del derecho fundamental cuyo contenido estará dado por aquello que es absolutamente necesario para que los intereses resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Entonces, se desconocerá el contenido esencial "cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Esta teoría, de gran importancia para el examen de las medidas que

en la defensa de la legalidad y en la garantía de la vigencia de la Constitución, incluidos los derechos fundamentales. (...) En efecto, se sustituye la concepción formalista de la administración de justicia vinculada al simple propósito del respeto a la legalidad, por una concepción más amplia y garantista, en la cual la justicia propende por el efectivo amparo de los derechos de los asociados. En estos términos, pese a que el recurso extraordinario de casación sea una antigua institución jurídica, ésta ha evolucionado notablemente para enfrentar los nuevos retos y realidades que impone esta nueva percepción del derecho, y particularmente del sentido de la ley ante el reconocimiento de la Constitución como verdadera norma jurídica". Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2011. En el mismo sentido, Sentencias C-713 de 2008, C-998 de 2004, C-1065 de 2000, entre otras.

73 Se denomina núcleo o contenido esencial de los derechos, según P. HÄBERLE, al "ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas". P. HÄBERLE. *El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales. Grundgesetz*, 3.ª ed., Heidelberg, 1983. Doctrina acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-131 de 1993, M.P.: A. MARTÍNEZ CABALLERO.

74 Cfr. la importante Sentencia T-426 de 1992, M.P.: E. CIFUENTES MUÑOZ.

lleguen a ser adoptadas por el legislador en los casos de la limitación de derechos, impide un uso de la reserva legal más allá de los valores y derechos reconocidos en la Constitución.

Partiendo de allí, se ha considerado que la reparación integral como *derecho* es regulable y puede ser objeto de configuración legislativa<sup>75</sup>. Más aún, la propia Constitución Política no establece en forma categórica qué tipo de daños deben ser indemnizados, ni mucho menos la dimensión y cuantía en que deben tasarse se reduce al reconocimiento y tutela jurídica de derechos fundamentales (vida, integridad física, propiedad privada, buen nombre, entre otros) cuya violación o transgresión puede generar la obligación al responsable a la debida reparación.

De ahí que el legislador en su marco de configuración y respecto del alcance de la reparación integral puede, según la Corte Constitucional:

... determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados<sup>76</sup>.

Entonces, desde el ámbito constitucional no se encuentra, según la Corte, ningún reparo a las limitaciones de las indemnizaciones por parte del legislador no solo en materia de daños extrapatrimoniales sino también en el ámbito patrimonial, pues es al Congreso de la República a quien le compete regular técnicamente todo lo atinente a los regímenes de responsabilidad, entre ellos las modalidades del daño y los métodos de cuantificación<sup>77</sup>.

De este modo, puede la ley crear una nueva tipología de daños, reglamentar topes o incluso establecer parámetros de valoración judicial subjetivos u objetivos

75 Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: MANUEL J. CEPEDA ESPINOSA.

76 *Ibid.*

77 "... dentro de la sistemática del daño establecida en el orden jurídico colombiano, el principio de reparación integral no excluye la posibilidad de que el legislador a quien corresponde efectuar el diseño normativo de la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual [valga agregar, del general *neminem ledere*], contemple algunas limitaciones que sean compatibles con el principio de equidad que debe regir esta materia. En efecto, no es contrario al *orden justo* que promueve la Constitución la regla que establece que todo deudor incumplido, actúe con dolo o con culpa, está obligado a responder de todos los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, y que paralelamente limite los daños imputables al contratante no doloso, a aquellos que podían preverse al momento de contratar": Sentencia C-1008 de 2010, M.P.: L. ERNESTO VARGAS SILVA.

basándose en criterios de equidad, todo lo cual ingresa en la libertad de configuración política sin desconocer la reparación integral<sup>78</sup>. Lo anterior, sin embargo, debe efectuarse sin desnaturalizar el núcleo esencial del derecho, es decir, debe mantenerse su filosofía y abstracción, conservando en todo momento su contenido y racionalidad, pues de lo contrario tal medida se tornaría inconstitucional.

#### A. La regulación legal de la reparación integral no es absoluta

Conforme a la doctrina constitucional que se acaba de exponer, surge aquí un interrogante no disipado aún: aceptada la facultad ordinaria del legislador para limitar los derechos según su carácter no absoluto, entre los que se cuenta, de acuerdo con la jurisprudencia, la reparación integral, ¿cuál es el núcleo esencial del *derecho* a la reparación integral que restringe la competencia del Congreso?

Sobre el contenido del núcleo esencial de la reparación integral se podría decir que está integrado, de un lado, por el derecho que tiene toda persona a no sufrir un daño injusto en sus intereses personales o patrimoniales y, de otro lado, por el derecho a obtener la indemnización y/o compensación que cubra en toda su dimensión los efectos causados por el daño, lo que consiste, efectivamente, no solo en el reproche jurídico sino en la constatación práctica y suficiente de la reparación de todos los perjuicios que estén en relación causal directa con el actuar del responsable.

En este contexto, es justo y razonable que toda disposición que pretenda limitar la reparación de los daños, sean económicos o no económicos, según el abanico de expectativas e intereses que busque abarcar en dicho propósito el legislador, respete estos dos extremos. No bastaría que la regulación se fundamente en criterios técnicos y estadísticos (insostenibilidad del sistema de reparación o aseguramiento, inequidades o falta de igualdad frente a situaciones no dispares), sino que debe satisfacer el derecho reclamatorio de las víctimas, lo que llevaría a considerar inviables o inconstitucionales medidas que prohíban la indemnización de ciertos daños (p. ej., los morales) o restrinjan su indemnización a cuantías realmente inasibles o francamente ridículas.

Por lo mismo, no se estima desafortunado que sea el legislador quien cuente con la potestad de fijar los justos límites o el marco de acción de la reparación integral para brindar más claridad y certeza a su razón de ser. Un proceso contrario es lo que se consideraría inapropiado, porque fija la atención en el anotado núcleo esencial; los parámetros que pueden brindarse para que la administración de justicia alcance su cometido no deben desnaturalizar el derecho de la víctima a ser resarcida de la forma más completa posible.

78 Corte Constitucional, Sentencias C-916 de 2002, C-965 de 2003, C-409 de 2009 y C-1008 de 2010.

Lo cierto es que todo esto es un proceso de franca ponderación en el que se entretejen variopintos intereses y donde la presencia de la Constitución juega un papel determinante, no solo para ofrecer una mejor relectura de las reglas civiles en la búsqueda de todos aquellos intereses fundamentales dignos de tutela resarcitoria, sino también para efectuar un control a las atribuciones de reglamentación de los fines indemnizatorios.