

# El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica

Notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H.

ÉDGAR CORTÉS

SUMARIO: I. Premisa.- II. La importancia de la liquidación del daño.- III. Alcance de las nociones de daño emergente y de lucro cesante.- IV. Contenido del resarcimiento del daño patrimonial.- V. Algunos ejemplos del derecho latinoamericano.- VI. La jurisprudencia de la C.I.D.H.- VII. Confrontación con algunos ejemplos del Consejo de Estado.- VIII. Conclusiones.

## I. PREMISA

Dentro del estado de permanentes agitación y cambio que desde hace algunos años enfrenta la responsabilidad civil, quizá una de las pocas cuestiones en donde el jurista se mueve aún con cierta tranquilidad es en la del resarcimiento de los daños materiales o patrimoniales<sup>1</sup>. En efecto, parece ser un dato sin discusión en la ciencia jurídica que para dar paso al resarcimiento de estos daños, basta establecer la entidad de sus componentes, esto es el daño emergente y el lucro cesante, y por medio de una operación aritmética, calcular entonces el monto de la reparación según los valores de mercado.

Desde la promulgación de los códigos liberales, que vieron en la propiedad el pilar fundamental de todo el sistema, el problema era pacífico: la responsabilidad no era otra cosa que una de las formas de protección de la propiedad privada

1 Se toman aquí como equivalentes las expresiones daños materiales y daños patrimoniales, en contravía a parte de la doctrina nacional: Cfr. J. C. HENAO, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad contractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 191 ss.

—así como el contrato no era más que un modo de transferirla—<sup>2</sup> de tal modo que todo daño que (con culpa) se causara a la propiedad ajena debía ser resarcido. Lo que importaba eran los daños a las cosas y para repararlos se usó la clasificación proveniente del derecho romano que había identificado en las pérdidas sufridas (*damnum emergens* en la terminología medieval) y en las ganancias dejadas de percibir (*lucrum cessans*) los dos componentes que se podían derivar de un daño a una cosa<sup>3</sup>. El tema, se repite, era pacífico como lo era la responsabilidad en general, pues protegía, exclusivamente, los bienes de una persona y estos bienes siempre tenían un valor de cambio.

Es sabido cómo las cosas habrían de cambiar. El advenimiento de la llamada cuestión social<sup>4</sup>, dio paso al rescate de la persona, del ser humano como centro de gravedad de todo el derecho. Se partió de la crítica al carácter absoluto de la propiedad, para llegar, entre otras cosas, a una pretendida *despatrimonialización* del derecho privado<sup>5</sup> en la que una serie de intereses que en la valoración social se tenían como inconmensurables, y por ende sin relevancia jurídica, adquirieron tal relevancia, de modo que, en el momento de su apreciación por el juez, se hizo necesario encontrar una correspondencia entre esos intereses y un valor económico compatible con el sistema<sup>6</sup>. Así pues, la interción de que primara la persona, en un modo diferente de aquel que la tradición civilista consideraba como de trascendencia jurídica<sup>7</sup>, y en el que se consideraban sólo sus bienes y no ella misma, dio al traste con el esquema tradicional de la responsabilidad, pues puso en tela de juicio criterios fundamentales como el mismo concepto de daño o como el criterio de la patrimonialidad o no patrimonialidad de los perjuicios.

Dentro de esos intereses que pasaron a ser objeto de consideración apareció el cuerpo humano, que ajeno en un principio a una valoración económica, pues se

- 2 Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2001, 10 ss.
- 3 Tratándose de incumplimiento de obligaciones contractuales y dentro de los *bonae fidei iudicia*, el derecho romano determinaba que la *litis aestimatio* debía corresponder al *id quod interest*, esto es el interés del actor en el cumplimiento que se determinaba por las pérdidas sufridas y por las ganancias no recibidas como consecuencia del incumplimiento de la contraparte. Ver por todos, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 658.
- 4 Cfr. P. CAPPELLINI, *Códigos*, en *El Estado moderno en Europa*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, 122; F. MARINELLI, *La cultura del code civil*, Cedam, Padova, 2004, 64 ss.
- 5 Así, S. RODOTÀ, *Introduzione*, en *La responsabilità civile fra presente e futuro*, *Riv.dir.priv.*, 4, 1998, 560.
- 6 Esta llamada *despatrimonialización* del derecho privado, vista desde el ángulo contrario, también la podríamos llamar como *patrimonialización*, pues al final los intereses inconmensurables son objeto de una valoración. De patrimonialización habla en efecto, M. R. MARELLA, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, en *Danno e resp.*, 6, 1999, 638.
- 7 Así, D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, en *Riv.crit.dir.priv.* 2, 1992, 173 ss., en donde afirma que la inclusión de nuevos derechos y de nuevas figuras de daño, dice además, expresa la necesidad de abatir viejas barreras dogmáticas y antiguas inhibiciones del positivismo jurídico.

decía imposible encontrar un valor-hombre<sup>8</sup>, se convirtió, luego de superar muchos prejuicios, en objeto de consideración por parte de la responsabilidad civil, que más de la forma tradicional de reparar el daño material, creó diversas figuras como el daño corporal, el daño fisiológico, el daño biológico, etc.

Pero, no son estos los daños a tratar en este lugar. Sin embargo, su referencia se hace necesaria para señalar que el modo en que hoy el derecho ve a la persona, es otro muy distinto al de los códigos liberales, y que las viejas categorías, aun si aparentemente no han cambiado, deben ser vistas en su nueva dimensión, desde otro ángulo, con otra óptica. El daño emergente y el lucro cesante, figuras consolidadas de la responsabilidad no pueden ser ajenas a este proceso de maduración cultural de la sociedad, y en especial tratándose de las lesiones a la integridad psicofísica de las personas, estos rubros de daño deben enmarcarse también dentro de ese conjunto de principios que "desde la dignidad hasta la solidaridad, no representan sólo una referencia obligada en el momento en el que se afrontan problemas específicos, sino un criterio ordenador de todo el sistema"<sup>9</sup>.

## II. LA IMPORTANCIA DE LA LIQUIDACIÓN DEL DAÑO

La reparación del daño material, entonces, no ha despertado nunca objeciones particulares, pero se insiste, tratándose del daño derivado de lesiones a la integridad psicofísica; es necesario tener en cuenta los nuevos puntos de referencia del derecho de la responsabilidad, representados en buena medida en los principios constitucionales. Nada que afecte tanto la dignidad de la persona como una lesión en su cuerpo, de ahí la necesidad de prestar atención y definir con claridad la forma y el alcance del resarcimiento del daño material desde esta nueva óptica, para lograr, realmente, por medio de la reparación de este tipo de lesiones, una tutela efectiva de la persona, que es en últimas la principal función del Estado social de derecho.

Sin duda, la liquidación del daño constituye hoy un momento central y no accesorio dentro del estudio de la responsabilidad civil. Para la víctima, en efecto, no es suficiente la declaración de responsabilidad en cabeza del causante del daño<sup>10</sup>, pues a la víctima lo que le importa en últimas es verse verdaderamente resarcida. Una correcta liquidación del daño refleja además, cuán eficaz resulta un sistema dado de responsabilidad. Cuantificar el daño significa darle un valor a cada una

8 Cfr. la crítica de F. D. BUSNELLI, *Il danno biologico, Dal diritto 'vivente' al diritto vigente*, Giapichelli, Torino, 2001, 98-99; M. ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute*, Cedam, Padova, 2001, 70 ss.

9 S. RODOTÀ, *Metodologia e tecniche della riforma del diritto civile*, ed. Scientifica, Napoli, 2007, 18.

10 Así, M. KOTEICH, *El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 10, 2006, 161. Cfr. A. NANNIPIERI, *La liqui-dazione del danno alla salute*, en *La valutazione del danno alla salute*, Cedam, Padova, 2001, 79.

de las lesiones sufridas, teniendo en cuenta que la reparación que corresponde a cada tipo de lesión puede responder a una naturaleza y a una función diferentes, siempre que cada figura de daño tenga autonomía, y además, una construcción conceptual que le es propia.

La determinación del monto o de la entidad del resarcimiento del daño material es una cuestión que se define dentro de cada ordenamiento, según, por supuesto, los valores de cambio correspondientes, pero según también el grado de desarrollo de la sociedad. Es decir, no existen en de la ciencia jurídica valores que se equivalgan de manera absoluta con cada tipo de daño y ni siquiera valores que se puedan considerar como ideales, lo que no obsta para que en sociedades con igual grado de desarrollo económico y social, tales valores tiendan a equipararse. Así, cada ordenamiento puede adoptar los criterios de liquidación que considere más convenientes a sus necesidades y a sus posibilidades, sin desconocer que el criterio que se adopte trae consigo consecuencias que van más allá del puro ámbito procedimental, para reflejarse en las cuestiones de fondo. El momento de la liquidación del daño, entonces, se revela como fundamental, pues en últimas —y se insiste en ello—, es al *quantum* del resarcimiento al que mira la víctima, y también, por supuesto, el causante del daño, o su asegurador<sup>11</sup>.

En cualquier caso, y debería ser cosa obvia, los daños que presenten características similares, tendrán que ser resarcidos de manera semejante. Una solución diferente no sólo pugnaría con la realidad, sino que crearía confusión y malestar, tanto en aquellos que trabajan con el derecho, como en el ciudadano común. Si bien se afirma que a daños semejantes deben corresponder montos de resarcimiento también semejantes, es bueno, de igual modo, afirmar que no parece deseable llegar a un sistema de resarcimiento automático en el que a cada tipo de lesión corresponda, sin más, a un monto establecido con antelación<sup>12</sup>. Las particularidades de cada situación imponen siempre la necesidad de consentir al juez un campo de acción, más o menos amplio, que le permita ajustar el monto a las situaciones del caso concreto.

11 Cfr. G. COMANDÉ, G. TURCHETTI, *Il disegno di legge sul danno biologico presentato dal governo, il suo impatto sistematico e il «sistema tabellare»*, en *La valutazione del danno alla salute*, cit., 635.

12 Es el caso de la ley española 30 de 1995 sobre reparación de las víctimas de accidentes de tránsito que, entre otras cosas, fija montos de reparación incluso para el lucro cesante.

### III. ALCANCE DE LAS NOCIONES DE DAÑO EMERGENTE Y DE LUCRO CESANTE

Así, en todos los ordenamientos de tradición romana<sup>13</sup> y de influencia francesa<sup>14</sup>, entre ellos por supuesto el código de Bello<sup>15</sup>, está presente la clasificación del daño material que lo divide, por un lado, en la pérdida sufrida y, por otro, en la ganancia dejada de percibir. En estos dos conceptos, daño emergente y lucro cesante, la noción de daño, más económica que jurídica, se positiviza para definir lo que es daño material resarcible<sup>16</sup>, tanto en materia contractual como extracontractual, y además, en estos dos conceptos se concreta la reparación integral de los daños materiales, al asegurar una equivalencia entre el daño y su reparación<sup>17</sup>.

Según una vieja definición del derecho comparado<sup>18</sup>, se estará en presencia de un daño emergente cuando el evento dañino sustraiga del patrimonio de la víctima entidades o cosas que ella ya tenía, mientras que se estará en presencia de un lucro cesante cuando tal evento dañino impida gozar a la víctima de nuevos elementos o nuevas utilidades que habría podido adquirir<sup>19</sup>. Se puede afirmar que esta distinción es válida también para el daño por lesión a la integridad corporal,

- 13 El derecho romano consagra la clasificación de daño emergente y lucro cesante en D. 46.8.13
- 14 El art. 1149 del *code civil*, establece que «les dommages et intérêts dus a créancier sont, en general, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé...», aunque la doctrina no acoge unánimemente la clasificación, ver G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civile. Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., Paris, 1998. El BGB, en sus §§ 249-253, también introduce estos conceptos, cfr. G. VISINTINI, *Trattato breve de la responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1999, 545 ss.
- 15 El código civil colombiano define, en el artículo 1614 lo que se entiende por daño emergente y lucro cesante: «entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento», norma que se entiende que tiene carácter general.
- 16 M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1997, 179.
- 17 Vale la pena señalar que la reparación integral, en principio se refiere a los daños materiales o patrimoniales y no a los inmateriales o extrapatrimoniales, que son puramente satisfactivos.
- 18 A. GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, en *Studi di diritto civile e commerciale*, Jvene, Napoli, 1953, 247.
- 19 Cfr., en el mismo sentido, diferentes definiciones de daño emergente y lucro cesante: E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, 257 ss; H. CORRAL, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, 148; P. RODRÍGUEZ grez, *Responsabilidad extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, 2004, 290 ss; J. MELICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Academia de ciencias sociales y políticas, Caracas, 2001, 2da. ed., 40 ss. F. DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 2000, t. 2, 15 ss. J. C. HENAO, *El daño*, cit., 195 ss; J. TAMAYO JARAMILLO, *De la presponsabilidad civil*, Temis, Bogotá, 1999, t. IV, 136 ss; G. VISINTINI, *Trattato breve de la responsabilità civile*, cit., 541 ss; J. L. DIEZ SCHWERTER, *El daño extracontractual*, Ed. Jurídica

en donde resulta evidente que la víctima, luego de una lesión a su integridad psicofísica deberá afrontar gastos para su curación, y además, verá comprometida, con toda probabilidad, su capacidad de obtener ganancias<sup>20</sup> dentro de la medida en que resulte probado.

Al entender de la doctrina, en la determinación del daño material, debe prevalecer un criterio subjetivo, que tenga en cuenta más que el valor de la cosa dañada, el interés que la víctima tenía en tal cosa. Aunque tratándose de daño emergente, es frecuente recurrir a un criterio objetivo y se debe imponer siempre la reparación en concreto que atienda las circunstancias particulares de la víctima. Por ejemplo no es lo mismo la rotura de un jarrón que será valorada de manera diferente si ese bien hace parte de una colección o si es una pieza aislada, pues de eso se deriva una pérdida mayor o menor respecto al patrimonio de la víctima<sup>21</sup>, criterio que no se debe confundir con el precio de afección que puede tener un bien para su titular (que está dentro de la órbita del daño no patrimonial)<sup>22</sup>. Tratándose de lucro cesante es claro que se impone el criterio subjetivo dado el elemento contingente que lo caracteriza<sup>23</sup>, y en buena medida, entonces, su reparación responde a las circunstancias concretas que rodean a la víctima, por lo que se rechaza cualquier forma de automatismo o de límites en la liquidación de este daño.

Así, y en consonancia con lo dicho anteriormente, hoy no se pueden entender como equivalentes las expresiones daño material y daño real, pues afirmar que el daño material se deduce estableciendo la diferencia aritmética entre el estado del patrimonio antes y después del hecho (*Differenztheorie*) es una idea superada y que tenía su justificación en una idea "de patrimonio de la persona de matriz propietaria"<sup>24</sup>; la patrimonialidad no se puede deducir *a priori*. Será a partir del hecho dañino que se podrán establecer las consecuencias perjudiciales en la esfera de los intereses de la persona que, entonces sí, se podrán valorar económicamente<sup>25</sup>.

de Chile, Santiago, 1998, 164 ss; A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *La responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, reimp. 2005, 395 ss.

- 20 M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, cit., 180 ss, en donde aclara que el daño emergente y el lucro cesante no sirven para establecer o determinar el daño, sino que describen el contenido del perjuicio en sí; es decir, estos dos componentes no buscan limitar la entidad del daño, sino únicamente describir los elementos que lo integran.
- 21 M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, cit., 277 ss. Si por ejemplo el costo de reparación de una cosa (de un vehículo viejo, por ej.), es superior al costo de la cosa misma, se deberá el costo de la cosa, a menos que se trate de una cosa de colección o por ej., de un vehículo acondicionado para una persona con limitaciones físicas.
- 22 R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, en *NDI*, XVI, Utet, Torino, 1969, 16.
- 23 Así, E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 261 ss.
- 24 M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, cit., 286. La *Differenztheorie*, dice el autor, se muestra incapaz de valorar daños patrimoniales diferentes a la lesión de la propiedad.
- 25 *Ibidem*.

Como sea, el juez deberá remitirse, para su valoración y liquidación, a parámetros de naturaleza estrictamente económica, pero lejos de ser parámetros automáticos, responden a un criterio social típico<sup>26</sup> y social en el sentido de que no es siempre el mercado quien ofrece el precio; y típico en el sentido de que el interés subjetivo se debe medir con un estándar que corresponda a la situación media en la que se habría encontrado cualquier víctima en las mismas condiciones de tiempo y de lugar<sup>27</sup>.

#### IV. CONTENIDO DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO PATRIMONIAL

La doctrina y la jurisprudencia comparadas, y en particular las europeas<sup>28</sup>, identifican una serie de rubros de daño que se reconocen cuando se trata de perjuicios materiales derivados de una lesión a la integridad psicofísica. Dentro de las más recurrentes y tratándose de daño emergente se habla de gastos de curación que comprenden los gastos para la adquisición de medicamentos, realización de exámenes, terapias, procedimientos quirúrgicos, estadía en el hospital, uso de aparatos o de prótesis y de ambulancia<sup>29</sup>.

También se reconoce en algunos ordenamientos el daño al vestuario, y además los gastos extrajudiciales que hayan sido necesarios para que el responsable procediera al pago de la reparación.

En caso de invalidez, temporal o permanente, el derecho comparado<sup>30</sup> reconoce como rubros del daño emergente la asistencia de una tercera persona, los gastos necesarios para acondicionar el lugar de habitación a la invalidez de la víctima y de adaptación del vehículo, los gastos para la adquisición de un perro guía en caso de ceguera y en general todos los gastos de lo que se suele llamar la vida de los discapacitados a domicilio, sin excluir *a priori*, ningún interés económico que se pueda ver afectado<sup>31</sup>.

Más problemático resulta sin duda el resarcimiento del lucro cesante, pues con él se busca determinar la incidencia del daño en la capacidad productiva o de generar ganancias de la víctima. En principio se puede decir que el parámetro para la liquidación de este rubro estará determinado por el rédito percibido por la víctima, que si ella logra demostrar en su monto servirá de base para la liquidación,

26 P. G. MONATERI, et alt., *Il danno alla persona*, Utet, Torino, 2001, t.2, 153-154.

27 M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, cit., 299.

28 Es de señalar la resolución 75-7 del Comité de ministros del Consejo Europeo, en donde se reconocen todos estos tipos de rubros.

29 P. G. MONATERI, et alt., *Il danno alla persona*, cit., 157.

30 Ver en el derecho francés Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel*, Dalloz, Paris, 2000, *passim*; M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, Litec, Paris, 2001, 19 ss. Ver AA. VV., *Le grand handicap et la vie à domicile*, en R. F.D.C. 1993.

31 G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civile. Les conditions de la responsabilité*, cit., 23.

de lo contrario será necesario recurrir a una renta presunta o figurada<sup>32</sup>, para lo que cada ordenamiento tiende a darse sus propios parámetros. Si se trata de una incapacidad temporal, como es obvio, el lucro cesante se deberá por un cierto período de tiempo, mientras que si se trata de una incapacidad permanente, se deberá tener en cuenta la vida probable de la persona.

La doctrina y la jurisprudencia discuten algunos casos especiales, referidos al lucro cesante de aquellas personas que al momento del hecho, no reciben ganancias, como los menores de edad o los estudiantes en general, de quienes se pregunta si deban recibir resarcimiento por este concepto, con respuesta positiva en la totalidad de los ordenamientos y más o menos referidas a la probable ocupación futura de la víctima. Por supuesto en estos casos el juez está llamado a hacer un juicio de naturaleza presunta en el que deberá tener en cuenta las circunstancias propias, sociales, económicas, de la familia, el grado de escolaridad, la profesión de los padres y si es el caso la situación de los hermanos o hermanas<sup>33</sup>.

Tampoco se discute hoy que la actividad del ama de casa sea una verdadera ocupación laboral, pese a no reportarle ganancias económicas a quien la desempeña, y por tanto objeto de lucro cesante aun si quien gobierna la casa se vale de ayuda de terceras personas; lo mismo se dice del desocupado o desempleado al momento de la lesión, y en buena medida también del pensionado, a quien se le reconoce, a pesar de la pensión de que goza, el lucro cesante en la medida que demuestre una actividad complementaria que le signifique una ganancia o simplemente la posibilidad de llevarla adelante<sup>34</sup>.

## V. ALGUNOS EJEMPLOS DEL DERECHO LATINOAMERICANO

La doctrina latinoamericana, sigue de cerca estos planteamientos sobre la liquidación del daño patrimonial<sup>35</sup>, y así, con las particularidades lógicas de cada ordenamiento, se puede decir que las directrices son las mismas en esta materia.

32 P. G. MONATERI, et alt., *Il danno alla persona*, cit., 161 ss.

33 M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., 52; P. G. MONATERI, et alt., *Il danno alla persona*, cit., 169. Dice una sentencia italiana, Casación 6420 de julio de 1998: la liquidación se hará «con base en el tipo de actividad laboral que presumiblemente el menor ejercerá en el futuro; tipo de actividad laboral que será acreditado por el juez con el criterio de la probabilidad, teniendo en cuenta la posición económica y social de la familia del menor y de las posibles alternativas que, según el *id quod plerumque accidit*, se ofrecen a las familias en esas condiciones ...».

34 M. ROSSETTI, *Il danno da lesione alla salute*, Cedam Padova, 2001, 995 ss.

35 Sobre la influencia de la doctrina europea en el derecho latinoamericano, me permito remitir a mi escrito *El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión, traídos de dos modelos europeos*, en *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*, Libro homenaje a Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 331-349.



No obstante, detrás de esta aparente identidad de posiciones hay una gran diferencia de fondo que condiciona todo el sistema: la mayoría de ordenamientos europeos –cada uno con sus propias características dada la complejidad del tema–, tratándose de lesiones a la integridad corporal, reconocen al lado del resarcimiento del daño patrimonial representado en el daño emergente y el lucro cesante y de la reparación del daño moral, un rubro o categoría especial e independiente de daño (daño biológico, daño fisiológico, daño corporal, daño a la salud) que pretende resarcir la lesión física en sí misma, con independencia de la capacidad de generar riqueza que conlleva<sup>36</sup>. Así por ejemplo, dos personas que pierdan una mano tendrán un resarcimiento igual por ese daño a su salud que será igual independientemente de sus ingresos, de su nivel de educación, de su posición social o de cualquiera otra consideración personal, y luego, además de la reparación del daño moral, obtendrán por concepto de daño patrimonial el que efectivamente demuestren haber padecido, aquí con atención a las condiciones económicas propias de cada una de ellas<sup>37</sup>.

Este problema, que es un problema de determinación del daño no patrimonial, escapa, como es obvio, a la órbita del presente trabajo, pero su referencia, aunque tangencial, se hace necesaria para poner de presente que si bien los ordenamientos europeos y latinoamericanos coinciden en alguna medida en la determinación del contenido de lo que es el daño material, los dos modelos responden a lógicas diferentes y así adquieren también un valor diferente dentro de todo el esquema de la responsabilidad civil. Basta decir que el modelo latinoamericano, salvo algunas teorías y construcciones dogmáticas todavía en elaboración<sup>38</sup>, concibe las lesiones a la integridad física de la persona desde una sola perspectiva: la incapacidad que ella representa en días de trabajo y no como la afectación al bien salud.

En América Latina y volviendo al daño patrimonial, la doctrina chilena más reciente, por ejemplo, comprende dentro del daño emergente todos los gastos de curación y cuidado, incluidos los aparatos que sean necesarios, como sillas de ruedas o prótesis, además de los gastos por la presencia de una tercera persona que asista a la víctima si es necesario<sup>39</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina colombiana<sup>40</sup>, que afirma que a la víctima se le debe reconocer todo lo

36 Cfr. en el derecho italiano en donde la figura del daño biológico está consolidada, F. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, Giappichelli, Torino, 2001.

37 Para un estudio de la experiencia italiana y su posible aplicación en América Latina, me permito remitir a mi trabajo, *Responsabilidad civil y daño a la persona. El sistema italiano ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Ver también E. ROZO SORDINI, *El daño biológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

38 Se piensa a la figura del daño al proyecto de vida del autor peruano C. Fernández Sessarego o al proceso que el Consejo de Estado colombiano ha hecho con las figuras del daño fisiológico y el daño a la vida de relación.

39 E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 275-276.

40 J. TAMAYO JARAMILLO, *De la presponsabilidad civil*, cit., 447 ss.

que le procure un bienestar similar al que tenía antes del daño, y que agrega a los elementos apenas mencionados, la adaptación de su casa de habitación para hacer más llevadera la discapacidad<sup>41</sup>; lo mismo dicen la doctrina peruana, que habla además de la reposición de las prótesis que se hayan desgastado por su uso<sup>42</sup>, y la venezolana que afirma que la dificultad para determinar el valor de los gastos futuros no debe ser obstáculo para el resarcimiento cabal<sup>43</sup>.

Sobre el lucro cesante, la misma doctrina es uniforme en decir que se debe estar a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta el curso normal de los acontecimientos para determinar el monto de la liquidación, diferenciando la incapacidad temporal de la definitiva, y la parcial de la total. Además, se hace énfasis en el estudio de la liquidación de este rubro por medio de una renta periódica<sup>44</sup>.

A pesar de la claridad de la doctrina, la jurisprudencia latinoamericana no se muestra tan decidida. En Chile, ha sido una constante —que poco a poco parece superarse—, la negativa al reconocimiento del lucro cesante, pues a su entender los rasgos de eventualidad inherentes a la figura hacen imposible cumplir el requisito de la certeza que debe caracterizar al daño resarcible, e incluso se ha llegado a sostener que aun constando la existencia del lucro cesante, su indemnización se debe rechazar si no aparece probado el *monto preciso* de las ganancias frustradas<sup>45</sup>. Esta postura ha hecho que los tribunales, conscientes del yerro y en el afán de dar justicia a la víctima, suban los montos de las condenas por daño moral, para hacer que “la indemnización concedida a este último título [sea] comprensiva implícitamente de un daño patrimonial que los juzgadores no entran a valorar”<sup>46</sup>.

Esta situación de confundir o mezclar los rubros de indemnización, no es infrecuente en la jurisprudencia latinoamericana. Una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela<sup>47</sup>, al casar la sentencia de instancia, dijo que la incapacidad sufrida por la víctima, la limitaba no sólo para volver a trabajar sino incluso en sus quehaceres cotidianos, como alimentarse, vestirse, y otros, y que, por consiguiente, el daño moral era notorio, por sentirse el accionante, incapacitado, tanto laboralmente como en su desenvolvura personal; así, condena al responsable, a título de daño moral, a procurarle a la víctima la compañía de una persona que

41 J. C. HENAO, *El daño*, cit., 203-204.

42 F. DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., 16.

43 J. MELICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, 41-42.

44 E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 279 ss.; J. C. HENAO, *El daño*, cit., 210 ss.; J. TAMAYO JARAMILLO, *De la presponsabilidad civil*, cit., 461 ss.; F. DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., 17.

45 Así, J. L. DIEZ SCHWERTER, *El daño extracontractual*, cit., 182, con las respectivas citas.

46 E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 265-266, con una larga lista de ejemplos de la jurisprudencia.

47 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, 7 de marzo de 2002.

atienda sus necesidades cotidianas que el lesionado no puede desarrollar, lo que sin duda, es un daño emergente<sup>48</sup>.

Así, las jurisprudencias argentina y colombiana se ubican en el extremo contrario de la chilena. En Argentina se afirma que aun cuando no se haya acreditado el lucro cesante no es óbice para indemnizar la incapacidad que sufre el actor<sup>49</sup>; además se dice recurrentemente que el hecho de que la persona no reciba ingresos, como el caso del menor, no es impide que se dé paso a la indemnización del lucro cesante<sup>50</sup>.

La jurisprudencia colombiana, por su parte, se inclina hacia esta misma solución, y así, llega a presumir el lucro cesante, esgrimiendo razones de justicia, en especial para aquellas personas que no perciben ingresos al momento del accidente, pues en efecto dice que, "parece incuestionable por razones de justicia, predicar que cualquiera que sea la edad de la víctima, y aunque no esté laborando al momento del accidente, ella tiene derecho a que se la indemnice a título de lucro cesante, la pérdida o disminución de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa"<sup>51</sup>. Insiste además, la jurisprudencia colombiana en la necesidad de adecuar la indemnización al caso concreto, y en tratar de evitar criterios estándar que hagan del lucro cesante una cuestión automática<sup>52</sup>.

## VI. LA JURISPRUDENCIA DE LA C.I.D.H.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala dentro de sus procedimientos, que una vez establecida la responsabilidad del Estado, y comprobado el daño, se debe proceder a su reparación. Al efecto, se contemplan dentro de las formas de reparación, diferentes medidas que debe tomar el Estado infractor, como por ejemplo, la obligación de investigar sobre los hechos y castigar a los autores directos de la violación de los derechos humanos en cuestión, o declarar de manera pública la responsabilidad internacional del Estado; pero al lado de estas medidas también impone al Estado la obligación de otorgar a las víctimas, las indemnizaciones materiales e inmateriales a que haya lugar<sup>53</sup>.

48 Liquidación de los daños morales con la asignación a la víctima de un salario y medio mensual con lo que podrá pagarse una persona acompañante; es de anotar, sin embargo, que la suma reconocida por el Tribunal fue inferior a la de la reconocida en el Juzgado de instancia.

49 Sentencia de la Corte Suprema del 1 de diciembre de 1992, citada por C. GHERSI, *et alt.*, *Derecho y reoación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*. 2. *Daño a la persona humana*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999, 131.

50 *Ibidem*, 133.

51 Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 16 de marzo de 1989.

52 Varios ejemplos en J. C. HENAO, *El daño*, cit., 210 ss.

53 Ver A. TORRES, *La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Rev. der. priv.*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 4, 1999, 152.

Como principio rector para el resarcimiento de los daños en general, dice la Corte que cuando sea posible se debe proveer al restablecimiento, para la víctima, de la situación anterior a la violación (*restitutio in integrum*) y "de no ser esto posible, cabe [...] determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados"<sup>54</sup>.

Se podría decir, en el tema de la reparación de los daños materiales, que la Corte no se caracteriza por su creatividad, o mejor, por prospectar soluciones novedosas en atención a los fines que persigue; lo que quizá se deba a la premura por reparar, sin entrar en mayores explicaciones o detalles, a quien ha sido víctima de una violación de los derechos humanos. Aquí se ve un evidente afán de solidaridad para con las víctimas, que no deja de ser significativo, pero que ha hecho que quienes acuden ante la Corte, conocedores de la jurisprudencia, se sientan relevados de la difícil tarea de acreditar el daño emergente y el lucro cesante, o a hacerlo con pocas pruebas, insuficientes, limitándose en sus alegaciones a pedir la reparación por estos rubros sin especificar ni sus causas ni su cuantía.

El daño material, afirma la Corte, en la casi totalidad de sus sentencias "supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso *sub judice*"<sup>55</sup>, y agrega que la suma asignada no puede constituir ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima<sup>56</sup>.

Tratándose de lesiones personales<sup>57</sup>, la jurisprudencia de la Corte reconoce indemnización por daño emergente y por lucro cesante, rubro este último al que denomina, preferentemente, *pérdidas de ingresos* y al que, en el orden de redacción de las sentencias, liquida siempre en primer lugar.

Pero quizá la nota predominante en la liquidación de los daños materiales derivados de lesiones corporales –trátase de daño emergente, trátase de lucro cesante–, es que la determinación de su monto, por regla general, se hace con base en criterios de equidad y no con base en la prueba aportada, pesar de que la misma Corte, en repetidas ocasiones, ha afirmado que el daño material debe ser

54 Por ejemplo en las sentencias Caso Baldeón García vs. Perú, 6 de abril de 2006, § 176; Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 29 de marzo de 2006, § 197; Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, 7 de febrero de 2006, § 296.

55 A manera de ejemplo, sentencias, caso Baldeón García vs. Perú, 6 de abril de 2006, § 183; Caso López Álvarez vs. Honduras, 1 de febrero de 2006, § 192.

56 Sentencia caso La Cantuta vs. Perú, 29 de noviembre de 2006, § 202.

57 En la sentencia del caso Bueno Alves vs. Argentina, 11 de mayo de 2007, la Corte, correctamente, incluye dentro de las lesiones a la integridad personal, las que sean de carácter psíquico (sin confundir este aspecto con otros rubros de carácter inmaterial).

establecido con elementos de prueba que permitan acreditar que se trata de un perjuicio cierto<sup>58</sup>, como en general lo afirma la doctrina comparada.

Con este propósito, la Corte Interamericana ha enunciado una serie de presunciones que a falta de prueba directa, como ocurre las más de las veces, pueden ser empleadas por considerarse, afianzadas en las enseñanzas de la experiencia, siempre y cuando, por supuesto, no resulten desvirtuadas por prueba en contrario: son ellas: "[...] b) la presunción de acuerdo con la cual los adultos que perciben ingresos y tienen familia, destinan la mayor parte de dichos ingresos a atender las necesidades de los integrantes de ésta; c) la presunción según la cual los familiares de un difunto asumen los gastos de su funeral; d) la presunción de acuerdo con la cual toda persona desarrolla, a partir del momento en que alcanza la mayoría de edad, actividades productivas y percibe, al menos, un ingreso equivalente al salario mínimo legal vigente en el país de que se trata<sup>59</sup>. La Corte no encuentra fundamento para apartarse de esa presunción ni aún en los casos [en que obre] prueba de que la víctima realizaba solo trabajos informales o inestables o de que se encontraba desempleada al momento de los hechos—; y e) la presunción según la cual las violaciones de los derechos humanos y la configuración de una situación de impunidad en relación con éstas, causan dolor, angustia y tristeza, tanto a las víctimas como a sus familiares"<sup>60</sup>, esta última referida al daño extrapatrimonial.

A pesar de que no se establece en estos enunciados una presunción clara de daño emergente, la Corte parece deducirla por la misma naturaleza de las cosas. Es decir, una lesión personal, en cualquier caso, implica una atención mínima y unos gastos consecuentes que se deben hacer y al determinarse el daño emergente por presunción, la única vía para su estimación o su liquidación es el recurso a criterios de equidad.

Al fallarse con base en presunciones y liquidarse en equidad no es posible detallar los diferentes rubros que componen el daño emergente por el que se condena, pues, sencillamente, no se tiene noticia de ellos, de tal suerte que se asigna una suma global, indiscriminada, dentro de la que se incluye todo lo que constituye este rubro de daño. Así, las sentencias hablan genéricamente de los gastos en medicamentos, o de los gastos médicos o psicológicos que la víctima debió haber hecho para atender su estado de salud<sup>61</sup>, o de los gastos causados, o por causar, por la adquisición de elementos necesarios para paliar la incapacidad de la víctima<sup>62</sup>, o por las psicoterapias recibidas<sup>63</sup>. De esta manera se deduce que

58 Por ejemplo sentencia caso Masacre de Ituango vs. Colombia, 1 de julio de 2006, § 370.

59 Cfr. Sentencias caso de los "Niños de la Calle" vs. Guatemala, 26 de mayo de 2001, § 79; Caso de la "Panel Blanca" vs. Guatemala, 25 de mayo de 2001, § 116.

60 Sentencia caso El Caracazo vs. Venezuela, 29 de agosto de 2002, § 50.

61 Sentencias caso Bueno Alves vs. Argentina, 11 de mayo de 2007, § 185.

62 Sentencia caso El Caracazo vs. Venezuela, 29 de agosto de 2002, § 87.

63 Sentencia caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, § 237.

dentro del daño emergente, así entendido, se incluyen todos los elementos que la doctrina tiene identificados como necesarios y posibles para la atención de una lesión física. Además se reconoce el daño emergente futuro<sup>64</sup>, cuando se habla de los gastos por causar.

En algunos pocos casos<sup>65</sup>, también a título de daño emergente, la Corte reconoce los gastos de defensa y traslado en los que las víctimas o sus familiares hayan incurrido, como consecuencia de las violaciones declaradas, siempre que tales gastos tengan un nexo causal directo con los hechos violatorios y no se trate de erogaciones realizadas por motivo del acceso a la justicia, ya que estas últimas se consideran como *reintegro de costas y gastos* y no como *indemnizaciones*<sup>66</sup>. En algunos otros casos se reconoce como daño emergente lo que la Corte llama daño al patrimonio familiar, que se presenta cuando, a consecuencia de la violación se generan para la víctima y sus beneficiarios, gastos relacionados con el exilio o con la reubicación del hogar; o gastos de reincorporación social; o gastos para obtener empleos perdidos a raíz de las violaciones cometidas por el Estado; o gastos relacionados con la pérdida de posesiones<sup>67</sup>.

En fin, en un caso la Corte reconoció dentro del daño emergente los gastos por la alimentación especial que tuvo que ser dada a la víctima para atender sus problemas de salud<sup>68</sup>.

En cuanto al lucro cesante, como ya se dijo, las más de las veces se reconoce también con base en presunciones, y se liquida en equidad, las mayores dificultades se presentan cuando se trata de un grupo numeroso de víctimas, en donde, sin duda, resulta muy difícil probar una a una, sus ingresos reales antes de la lesión, o sus posibilidades laborales futuras, pues tratar de determinar cabalmente estos hechos, podría producir retardos injustificados en la condena. Así pues, la Corte se remite a la vida probable de la persona y toma como base para la liquidación el valor del salario mínimo del Estado acusado; si la incapacidad es total se liquida con base en la totalidad de ese salario mínimo, mientras que si la incapacidad es parcial, la Corte descuenta un porcentaje del salario y liquida con base en esa cifra descontada<sup>69</sup>.

64 Ver por ej., Sentencias caso Bueno Alves vs. Argentina, 11 de mayo de 2007, § 186; caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre 2004, § 249; caso MOLINA THEISEN, 3 de julio de 2004, § 71.

65 Cfr. Caso del Penal CASTRO CASTRO vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, § 427.

66 Sentencias caso Bueno Alves vs. Argentina, 11 de mayo de 2007, § 193.

67 Por ej. Sentencia Caso Baldeón García vs. Perú, 6 de abril de 2006, § 186; caso Molina Theissen, 3 de julio de 2004, §§ 59 y 60.

68 Sentencia caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, § 237.

69 Ver por ej., Sentencia caso El Caracazo vs. Venezuela, 29 de agosto de 2002, §§ 89 y 90. A una de las víctimas lesionadas se le dedujo el 25% del salario mínimo y con esa base se liquidó. No está por demás decir de que según el expediente, ese 25%, al parecer sale simplemente de la afirmación de la víctima que dijo que realizaba algunos trabajos que le

Pero no en todos los casos la Corte procede en este sentido, algunas veces, sin dar explicación, da paso a la liquidación sin hacer referencia al salario mínimo, y simplemente concede un monto a la víctima que haya sufrido una disminución en su capacidad labora. En un caso reciente la Corte concedió a un grupo de víctimas que había sufrido incapacidad total permanente la suma de US\$ 25.000, y a otro grupo que había sufrido incapacidad parcial permanente la suma de US\$ 10.000<sup>70</sup>, modo de determinación si se quiere arbitrario, pues de un lado con el criterio del salario mínimo quizá la condena hubiera sido mayor, y de otro, principalmente, por que trata igual a dos personas que pudieron haber tenido lesiones muy diferentes, pues tanto la pérdida de un dedo, por ejemplo, como la pérdida de pierna, son incapacidades parciales permanentes.

Valga decir, en fin, que la última sentencia de la Corte, de mayo de 2007<sup>71</sup>, pareciera insistir o hacer énfasis en la necesidad de la prueba para la determinación del daño material; en efecto, la Corte repetidamente recordó a la parte, que debió haber probado los daños reclamados, o que debió presentar prueba documental suficiente. No obstante al final liquidó en equidad pues no podía hacer nada diferente. De cualquier manera, quizá se trate de un nuevo tono para pedir a las partes y a sus representantes que en lo posible aporten prueba de la entidad de los daños materiales, y así este rubro mantenga el grado de objetividad que lo caracteriza.

## VII. CONFRONTACIÓN CON ALGUNOS EJEMPLOS DEL CONSEJO DE ESTADO

Por último resulta oportuno simplemente enunciar, la forma en que el Consejo de Estado colombiano afronta el tema de la reparación de los daños materiales, derivados de lesiones a la integridad psicofísica.

El Consejo de Estado a diferencia de la Corte I.D.H., no presume el daño emergente, y por más que sea evidente dentro del proceso que ese daño debió haberse causado dada la naturaleza misma de los hechos, exige siempre la prueba plena de que los gastos que se derivaron por el atentado a la integridad corporal, en efecto, se realizaron<sup>72</sup>.

reportaban ingresos menores. La cifra que se le reconoció (por lucro cesante derivado de la pérdida de una pierna a la edad de 20 años) fue de 37.000 US\$.

70 Sentencia caso del Penal CASTRO CASTRO vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, § 425.

71 Sentencias caso Bueno Alves vs. Argentina, 11 de mayo de 2007, § q78: "En suma, siempre que se alegue que las víctimas buscaron tratamiento médico o psicológico, debe presentarse prueba documental suficiente que permita al Tribunal cuantificar los gastos en los que verdaderamente incurrieron".

72 Ver por ej., Consejo de Estado, Sección Tercera, 1.º de marzo de 2006, exp. 17256; 24 de febrero de 2005, exp. 14140; 29 de enero de 2004, exp. 18273.

Por el contrario, respecto del lucro cesante, el Consejo de Estado, al igual que la Corte I.D.H., lo presume por el simple hecho de las lesiones, y en efecto, de forma reiterada ha afirmado que la persona, independientemente de que trabaje o no al momento de la lesión, puede siempre realizar una actividad productiva en donde reciba un ingreso por lo menos igual al salario legal mínimo, y por ende con base en esta cifra liquida el daño por lucro cesante<sup>73</sup>, en el entendido de que si la víctima demuestra un ingreso mayor, sobre esa base se deberá hacer la liquidación<sup>74</sup>.

Dice además el Consejo de Estado que si la lesión se encuentra comprobada, no obstante la víctima siga trabajando en la misma actividad y con la misma remuneración que tenía antes del accidente, se debe la reparación por concepto de lucro cesante pues sin duda, el perjuicio está plenamente establecido: "En realidad, dice la Corporación, toda persona tiene derecho a disfrutar de la integridad personal que le permita tener la libertad real de escoger entre trabajar y no hacerlo y, decidiéndose por la afirmativa, poder optar entre una y otra profesión. Si estas facultades de trabajo se ven disminuidas el responsable deberá indemnizar, ya que si la víctima recibe oferta de trabajo deberá rechazarla a causa de su incapacidad, y, justamente, eso constituye un daño que ha de ser reparado"<sup>75</sup>.

Vemos cómo en este caso el Consejo de Estado, al percibir la injusticia evidente que sería no reconocerle un perjuicio a una persona que ha acreditado una lesión en su cuerpo, recurre a una ficción, la capacidad laboral genérica de la que todo el mundo goza, trabaje o no. En realidad, en sentido estricto en este caso no hay lucro cesante, pero no reconocer una indemnización es, a todas luces, injusto; el problema se resolvería si se considerara el daño a la integridad psicofísica o corporal o fisiológico o como se lo quiera llamar, como un rubro autónomo e independiente de daño, en virtud del cual cualquier lesión que una persona reciba en su cuerpo deba ser resarcida, con independencia de si ello le reporta una disminución o no en su capacidad laboral (y también con independencia de que ello le cause o no un daño en su *vida de relación*).

En fin, la presunción de lucro cesante también se hace para las personas que al momento de la lesión no reciben ningún rédito (ama de casa, menor, etc.)<sup>76</sup>.

73 Cfr., Consejo de Estado, Sección Tercera, 1º de marzo de 2006, exp. 13887; 15 de septiembre de 1995, exp. 8488; 31 de enero de 1997, exp. 9849; 2 de octubre de 1997, exp. 10246.

74 Cfr., Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de mayo de 2006, exp. 15626.

75 Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de febrero de 2005, exp. 14140, con cita de la sentencia de 12 de septiembre de 1991, exp. 6572 y con remisión a los fallos de 1º de julio de 2004, exp. 14494 y 19 de agosto de 2004, exp. 15791.

76 Por ej., Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de mayo de 2006, exp. 14400, referido al ama de casa.



## VIII. CONCLUSIONES

En conclusión, lo más importante es afirmar que, dentro de la responsabilidad civil no es posible estudiar de manera aislada ninguno de los tipos de daño que se reconocen, para dar fe de la efectividad del sistema. En especial, tratándose de daños a la integridad psicofísica de las personas, la comprobación de lo adecuado de la tutela para las víctimas, en respeto de su dignidad, saldrá del cuadro completo de los daños resarcibles y de la liquidación que se dé a cada uno de ellos.

La reparación de los daños materiales a pesar de ser un puerto seguro para el jurista que se ocupa de la responsabilidad, no se debe considerar, en absoluto, un lugar ajeno a contrastes y a controversias. Los daños materiales, y en especial aquellos que se derivan de una lesión a la integridad psicofísica, deben hacer las cuentas con esos valores que hoy se consideran comunes a toda persona, pues de lo contrario se corre el riesgo de no hablarle a nadie.

El ejemplo de la CIDH, es significativo en ese sentido, pues allí se ve el resarcimiento de los daños como una forma de protección de los derechos humanos, lo que hace que la persona se ponga en el centro de todo el sistema, lo cual parece deseable. Sin embargo, el problema, para la responsabilidad, es que el único límite para la protección de los derechos humanos son ellos mismos. Mal podría su tutela, verse limitada por construcciones dogmáticas que le vienen del derecho común.

Lo anterior para decir que no parece adecuado usar los elementos de la responsabilidad civil como un pretexto para darle un valor, el que la Corte considera adecuado, a un derecho humano que ha sido vulnerado en el caso concreto, que es lo que parece hacer la Corte en muchas oportunidades, en especial, tratándose de la reparación y liquidación de los daños materiales, cuando presume la causación de los daños (presunción que algunas veces cabe) pero especialmente cuando los liquida en equidad, haciendo que pierdan en buena medida su naturaleza, la cual enseña que los daños materiales se reconocen en la medida de lo probado.

Por eso la referencia a la falta de creatividad de la Corte, que en el afán de dejar resarcida en debida forma a la víctima, en alguna medida desdibuja o fuerza los esquemas de la responsabilidad, cuando ella misma, la responsabilidad, ofrece una buena gama de alternativas para lograr ese propósito.

