

Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente

ÉDGAR CORTÉS

SUMARIO: I. *Propiedad, contratos y responsabilidad.*- II. *La multiplicación de daños resarcibles.*- III. *Responsabilidad y fines del Estado.*- IV. *El recurso a la Constitución.*- V. *Daños resarcibles y valores sociales.*- VI. *Los principios constitucionales.*- VII. *Responsabilidad y derechos fundamentales.*- VIII. *Conclusión.*

I. PROPIEDAD, CONTRATOS Y RESPONSABILIDAD

Sea lo primero decir que los valores que dieron paso a los llamados códigos liberales del siglo XIX no son los mismos que inspiran hoy al derecho civil; desde el momento en que se hizo una crítica definitiva al individualismo y al carácter absoluto de la propiedad, las estructuras de todo el ordenamiento civil estaban destinadas a cambiar¹. La aparición de la noción de *función social* atribuida a la propiedad² y elevada a rango constitucional (en Colombia con la reforma costitucional liberal de 1936) socavó profundamente los fundamentos del Código Civil, con consecuencias en dos de sus pilares: el contrato y la responsabilidad civil³.

En efecto, el contrato, para decirlo en los términos más simples, dejó de ser un mero instrumento para el transpaso de la propiedad (el contrato como modo de adquirir el dominio, según la sistemática del *Code civil*), para convertirse en ins-

- 1 Cfr. P. CAPELLINI. "Códigos", en *El Estado moderno en Europa*, Madrid, 2004, 122, en donde afirma: "Todo ese mundo de valores –individualismo, exigencia de estabilidad, cálculo y previsión, tendencia a la inmutabilidad de la legislación civil conforme a los postulados de la propiedad, de la libertad contractual, de la garantía de las relaciones sucesorias [...]– está destinado a quebrarse primero por la presión del crecimiento de la gran industria y [por] la cuestión social".
- 2 Sobre la noción de función social de la propiedad y su alcance cfr. S. RODOTÀ. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", en *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1972, 372 ss.
- 3 G. ALPA y M. BESSONE. *La responsabilità civile*, Milano, 2001, 10 ss.

trumento útil en aras de la realización de un proyecto social querido por el Estado: la regulación del mercado y la protección de todos aquellos que puedan considerarse como *parte débil* (consumidores, arrendatarios, usuarios, etc.). Y a este proceso de socialización del derecho privado que es consecuencia de la metamorfosis de la propiedad no escapó tampoco la responsabilidad civil⁴, pues, en extrema síntesis, se puede decir que así como se identificó una parte débil en los contratos, la responsabilidad centró su atención en la víctima (parte débil de la relación), dejando de lado el problema de la identificación de un responsable y por ende el problema de la imputabilidad⁵.

Lo anterior para decir que los problemas de la responsabilidad han asumido una dimensión social, en forma tal que ya no se considera suficiente traspasar, simplemente, la pérdida de la víctima al victimario⁶, sino que se busca, en últimas, que esa víctima obtenga su reparación aun, por ejemplo, en el caso en que el causante del daño no logre ser identificado. Así, la materia de la responsabilidad se ha visto condicionada, ya de antaño, por valores, ideas o postulados que tuvieron su origen en la concepción del Estado social de derecho.

II. LA MULTIPLICACIÓN DE DAÑOS RESARCIBLES

El prestar atención a la víctima ha tenido su consecuencia principal en la importancia que adquirió el estudio de uno de los elementos de la responsabilidad, el daño resarcible, daño que hoy el derecho comparado entiende como la lesión a un interés jurídicamente protegido⁷. Sin duda, definir qué se debe entender por interés jurídicamente protegido propicia inevitablemente un encuentro con la Constitución, más aún cuando se trata, como sucede en el derecho moderno de la responsabilidad, de establecer qué aspectos de la existencia del hombre pueden dar paso a la tutela aquiliana.

En este sentido, uno de los problemas, si no el principal, que afronta hoy la responsabilidad civil es el de la multiplicación de las figuras de daño a la persona⁸, pues más allá de los tradicionales daños patrimoniales y morales, la categoría de los daños no patrimoniales se desdobra en dos vertientes incontenibles: de un lado la pretensión de resarcir todo atentado a los derechos fundamentales y

4 Cfr., por todos, G. VINEY. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 2.^a ed., Paris, 1998, 21 ss.

5 Cfr., entre otros, P. RESCIGNO. "Per uno studio della proprietà", *Rivista di diritto civile*, 1, 1972, 4 ss.

6 ALPA y BESSONE. *La responsabilità civile*, cit., 18.

7 Tal como lo dice el artículo 2.101 de los *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil* elaborados por el *European Group in Tort Law*, y presentados en mayo de 2005. El texto de los principios en *Rev. der. priv.*, Universidad Externado de Colombia, 9, 2005, 221-234.

8 Entre otros, cfr. P. JOURDAIN. "Le préjudice et la jurisprudence", en *Resp. civ. et assur.*, 6 bis, 2001, 47.

de otro la intención de tutelar todas las actividades realizadoras, existenciales, de agrado, hedonísticas de la persona, sin ninguna exclusión de principio⁹.

Es la llamada, en los países del *comomon law*, cuestión de las *floodgates*, de los diques de contención, es decir, de saber hasta dónde se debe abrir la responsabilidad, hasta dónde se le debe exigir y cuándo se debe cerrar, pues tantas esperanzas puestas en ella no hacen otra cosa que agotarla y dejarla maltrecha¹⁰.

III. RESPONSABILIDAD Y FINES DEL ESTADO

Este estado de cosas, en donde se quiere que la responsabilidad cubra todo lo que es la persona y todas las formas en que ella se puede manifestar, no es otra cosa que un reflejo de otro de los modos de ser del Estado social de derecho actual, quizá el más importante, el pluralismo, consagrado constitucionalmente, y que pretende no sólo el respeto sino la promoción de la diversidad¹¹, y por supuesto su tutela; de modo que vemos de nuevo a la responsabilidad en estrecha conexión con el significado del Estado.

Lo anterior pareciera llevarnos a afirmar que la responsabilidad es uno de los instrumentos de que se vale el Estado para cumplir sus propósitos, y tal vez en alguna media así sea; la expansión de la responsabilidad y el crecimiento de los montos de los resarcimientos reflejan esa nueva dinámica de la sociedad; pero, se debe tener cuidado con ver en la responsabilidad, o hacer de ella, un "derecho público disfrazado"¹².

Esta cercanía de la materia con lo público hace que el "reduccionismo constitucional esté siempre al acecho", con construcciones y referencias que aun cuando sugestivas, se revelan, las más de las veces, retóricas o inútiles¹³; lo cierto es que mientras se tenga una regulación de derecho privado que ofrezca una pauta para el juez, por incompleta que parezca, no se puede hacer caso omiso de tal regulación, para dar paso a una solución que se limite al sólo fundamento constitucional; no parece conveniente, pues, propiciar una fuga del Código Civil hacia los

9 P. CENDON. "Non di sola salute vive l'uomo", *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1998, 571. Frente a la pregunta: ¿qué daños resarcir?, contesta CH. LAPOYADE DESCHAMPS. "Quelle(s) réparations(s)?", *Resp. civ. et assur.*, 6 bis, 2001, 63: "el deseo lleva a responder brutalmente, menos".

10 Dice PH. BRUN. "La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle. Rapport Introductif", en *Resp. civ. et assur.*, 6 bis, 2001, 5.º: "No se percibe a simple vista, pero la responsabilidad civil está agotada. ¿cómo podría ser de otro modo? Desde hace casi un siglo se la hace cargar con todas las miserias humanas: las heridas de los cuerpos y las heridas de las almas; la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener; los grandes dramas y las pequeñas frustraciones... Y como si fuera poco, le corresponde también, se dice, ¡la tarea de hacer a los hombres mejores, o por lo menos más prudentes!".

11 G. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite*, Torino, 1992.

12 S. RODOTÀ. "La responsabilità civile tra presente e futuro. Introduzione", *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1998, 561.

13 Ídem.

principios fuertes de la Constitución, lo que no obsta para que entre principios constitucionales y reglas civiles, debidamente equilibrados, se pueda lograr el objetivo de la cabal protección de la persona.

IV. EL RECURSO A LA CONSTITUCIÓN

Mientras que algunos códigos civiles, como el alemán y el italiano, contienen dos normas para el resarcimiento de los daños, una referida a los daños patrimoniales y otra a los no patrimoniales, el Código Civil de BELLO, siguiendo en esto el modelo francés, estableció una sola norma, general, en virtud de la cual todo aquel que cause un daño, sin especificar qué tipo de daño, está obligado a repararlo¹⁴.

Justamente, la presencia de una o de dos normas hizo que el recurso a la constitución fuera diferente: en Italia, por ejemplo, la limitación del resarcimiento de los daños no patrimoniales a los solos eventos típicos, hizo que fuera necesario recurrir a la Constitución para dar cabida a situaciones emergentes que reclamaban tutela¹⁵. Por el contrario, en los sistemas con una sola norma, como el francés y aquellos que siguieron su modelo, no hubo necesidad de sortear ningún obstáculo legislativo cuando hubo de necesidad de considerar los "nuevos daños" de la persona, y por lo tanto el apoyo en los principios constitucionales no se reveló útil, pues tal consideración se hizo dentro de las normas civiles, con una paulatina adaptación de ellas a las situaciones que reclamaron tutela resarcitoria¹⁶.

Valga decir que la presencia de una sola norma o de dos para la reparación del daño, y el recurso consecuente a la Constitución no deben representar, en principio, ninguna dificultad adicional para la elaboración de un sistema coherente, pues a pesar de las críticas que se hacen a los sistemas con una sola norma, que lo resarce todo, y en donde la falta de un enganche constitucional podría conducir a una hipertrofia de los resarcimientos en una dirección carente de controles¹⁷, lo cierto es que la responsabilidad se ha revelado como una materia en esencia jurisprudencial, que afina y define sus términos en la resolución continua del caso concreto¹⁸, lo que ha llevado a que en uno y otro tipo de sistema el problema actual sea el mismo, esto es, el de la definición y contención de los daños resarcibles.

En Colombia, y en términos generales se podría decir lo mismo de América Latina, a pesar de que los textos constitucionales tienen una presencia fuerte representada emblemáticamente en el recurso de *amparo* o de *tutela* que protege los derechos fundamentales, y a pesar de que en algunos países la responsabilidad

14 Sobre sistemas "mononormativos" y "bipolares" de responsabilidad, cfr., en general, E. NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 285 ss.

15 Cfr. por todos, F. D. BUSNELLI. *Il danno biologico, dal diritto 'vivente' al diritto 'vigente'*, Torino, 2001, passim.

16 G. VINEY. "La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle. Rapport de synthèse", *Resp. civ. et assur.*, 6 bis, 2001, 84.

17 NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 285 y 422.

18 S. RODOTÀ. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 30.

civil está sancionada directamente en la Constitución¹⁹, no parece prospectarse, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, una reconstrucción dogmática de la responsabilidad con base en los principios constitucionales, de tal modo que proponer una reconstrucción tal sin una reflexión previa podría parecer un artificio para llegar a soluciones preconcebidas.

V. DAÑOS RESARCIBLES Y VALORES SOCIALES

Con todo, si bien es cierto que en la mayoría de ordenamientos, y no sólo en los de tradición romano germánica, el problema que se presenta es el de determinar la extensión y control de los daños resarcibles, hay que tener presente que tal problema, su origen y sus desarrollos, es propio de las llamadas sociedades del bienestar, en donde una vez satisfechas las necesidades básicas de la población, fueron apareciendo incesantemente nuevos intereses en busca de tutela, que se corresponden con los nuevos modelos y estereotipos sociales y que parecen tener como único límite la imaginación.

Esto para decir que los valores e intereses propios de cada sociedad no son transfundibles de un lugar a otro y que las sociedades latinoamericanas no pueden caer en la trampa de pretender resarcir, por una supuesta vanguardia, tipologías de daño que provienen de sociedades desarrolladas. Es la insidia del derecho comparado que ofrece nuevas categorías de daño resarcible (daño existencial, daño de *stress*, daño de luto, daño hedonístico, daño de juventud, daño por alteración de la normalidad, daño por imposibilidad del paseo dominical, etc.) a sociedades en donde las fracturas sociales son todavía evidentes y en donde la adopción de tales categorías no haría otra cosa que acrecentar las desigualdades y que conduciría a derrochar una serie de recursos que no se tienen, aclarando que no se trata de una simple actitud de desconfianza por una posible explosión de causas civiles, amparadas en los más disimiles e inimaginados intereses tutelables²⁰, ni de una actitud conservadora en sí; la adopción de nuevos daños debe ser paulatina y profundamente meditada.

Y es aquí en donde se puede revelar útil la presencia fuerte de las constituciones latinoamericanas: para hacer frente a la *globalización* de los daños resarcibles²¹,

19 Por ejemplo en Brasil, en donde el artículo 5.º, establece el derecho a una indemnización por los daños materiales, morales o a la propia imagen; o en Costa Rica, en donde el artículo 41 establece que todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, su propiedad o sus intereses morales.

20 La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-916 de 2002, dijo en efecto que el legislador tiene la facultad de definir qué daños podrán ser tenidos en cuenta para lograr la reparación integral: "las oportunidades perdidas, los perjuicios morales, el dolor o el miedo sufrido por las víctimas, los perjuicios estéticos [...] o también los daños punitivos", todo sin insinuar ningún tipo de límite.

21 Referido a los contratos, dice G. CRIST. *La autonomia privata, diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 99, que el alto grado de confiabilidad que ofre-

es decir, para buscar en los principios constitucionales criterios de selección que sirvan para determinar los intereses merecedores de tutela resarcitoria²², sin descuidar una atenta combinación y equilibrio entre tales principios y las reglas civiles²³, en forma tal de identificar qué aportan unos y otras en el objetivo de otorgar protección a la persona atendiendo a las exigencias de la sociedad en la que se trabaja.

Una posición desatenta en la que se prescinda del paso obligado de determinar el equilibrio de lo público y lo privado puede dar lugar a posiciones simplistas: o bien conducir todo a una instancia constitucional dadas las posibilidades interpretativas que ofrecen sus principios, o bien dejar de lado la Constitución para concentrarse en las normas civiles, lo que podría comportar un empobrecimiento en el contenido de las soluciones, pues el intérprete al decidir el caso concreto podría reflejar más su propia idiosincracia que el fundamento constitucional que debe informar todo el sistema.

VI. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los principios constitucionales podrían, entonces, jugar un papel importante allí donde sea necesario identificar un daño como resarcible, tarea que el juez debe absolver al resolver el caso concreto y para la que deberá mantener un diálogo permanente con la doctrina.

Dentro de los principios constitucionales que pueden revelarse útiles para dar un nuevo entendimiento a las reglas de la responsabilidad civil, saltan a la vista los de dignidad, de igualdad y de solidaridad²⁴. Estos son, entre otros, principios constitutivos del ordenamiento jurídico, y aunque su contenido está condicionado por el contexto cultural del que emanan y en el que se aplican, lo cierto es que ellos son portadores de un carácter, y su presencia comporta una "toma de posición" frente a todas las situaciones en que se ponga en juego una "cuestión de principio"; de tal modo que la realidad cuando entra en contacto con el principio, adquiere valor, y si bien el principio no se convierte en una regla de aplicación práctica, sí señala la dirección en la que la regla tendrá que ser interpretada²⁵.

En esta perspectiva, las dificultades que se puedan encontrar en la aplicación de las normas que gobiernan la responsabilidad civil, ya porque ellas resulten

cen las constituciones es un freno a la mercantilización de las relaciones humanas de todo tipo.

22 Cfr. G. PONZANELLI. "A proposito del Trattato breve dei nuovi danni di Paolo Cendon", en *Danno e resp.*, 11, 2001, 1123.

23 E. NAVARRETTA. "Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche", *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1998, 625 ss.

24 Estos principios, con el de libertad, se han consagrado en importantes textos europeos, como en la Convención de Oviedo sobre derechos del hombre y bioética de 1997, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000, y también en la Constitución europea de 2004.

25 ZAGREBELSKY. *Il diritto mite*, cit., 160 y 169 ss.

incompletas, ya porque de su aplicación se llegue a soluciones, a todas luces, contradictorias, tendrían que deshacerse al contacto con los principios constitucionales. Así, una solución que, partiendo de la aplicación de las reglas de la responsabilidad otorgara un tratamiento diferente a dos víctimas que han sufrido la misma lesión, estaría desconociendo el principio de igualdad; una solución que dejara a la víctima de un daño privada de una reparación capaz de permitirle su desarrollo esencial como parte de la sociedad, sería una solución que atentaría contra el principio de dignidad; una solución, en fin, que viera a la víctima sin un mecanismo que le permitiera acceder a algún tipo de reparación y abandonada a su suerte, podría contrariar el principio de solidaridad que impone el Estado social de derecho.

Pero además el principio de igualdad debería servir para superar el absurdo trato diferencial que reciben las víctimas según la jurisdicción que conoce del asunto. En Colombia, la víctima de un daño que deba acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa se verá resarcida en un monto muy diferente a la víctima de un daño igual que tenga que acudir a la jurisdicción ordinaria, e incluso dentro de esta jurisdicción la reparación será diferente si se trata de una víctima de un accidente laboral, de un delito de lesiones personales o de un ilícito civil. A daño igual reparación igual, parece un postulado lógico, y quizá la vía para hacerlo efectivo sea la Constitución.

VII. RESPONSABILIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Sobre si los derechos fundamentales deban tener tutela resarcitoria se ha afirmado que el derecho de la responsabilidad civil se verá absorbido por la teoría de los derechos de la personalidad²⁶; aunque también se ha dicho, en sentido contrario, que se está asistiendo a un proceso de "privatización" de los derechos fundamentales, en el entendido de que su eficacia se expande más allá de las relaciones Estado-individuo, con la lógica de que no es posible tratar de manera diferente los abusos privados de aquellos públicos²⁷; y en la misma dirección se ha planteado la necesidad de que existan unos parámetros para el juez constitucional de tutela o amparo, al momento de resolver el modo de restablecer un derecho fundamental, con llamado a los principios de la responsabilidad civil.

Hay que decir, de entrada, que el derecho al pago de una suma de dinero no es una consecuencia que se siga de manera necesaria a la violación de un interés protegido por la Constitución²⁸; es decir, derechos inalienables de la persona no quiere decir, automáticamente, derechos resarcibles²⁹.

26 PH. LE TORNEAU y L. CADIET. *Droit de la responsabilité*, Paris, 1998, 195.

27 G. COMANDÈ. "Diritto privato europeo e diritti fondamentali", en AA. VV. *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 27 ss.

28 Así, C. SALVI. *La responsabilità civile*, Milano, 1998, 26.

29 NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 77.

No se trata, por supuesto, de desconocer el carácter de exigibles de los derechos fundamentales, se trata de dejar en claro que para la protección integral de la persona existen, la tutela civil, que busca, principalmente, resarcir los daños, y la tutela constitucional, así como también hay una tutela penal, una laboral, una administrativa, etc., que completan el cuadro.

Sin embargo, no hay que olvidar que el derecho civil conoce otras formas de protección como son las acciones inhibitorias que buscan evitar que una situación que puede generar daño se siga presentando; los ejemplos en el Código Civil de BELLO abundan, como los casos de la protección del *nasciturus* (art. 90 C. C. col.), del edificio que amenaza ruina (art. 2355 C. C. col.), del peligro de daño contingente (art. 2359 C. C. col.), y por fuera del Código hay una que merece especial atención, consagrada en el Decreto 1260 de 1970 que reguló lo relativo al estado civil de las personas, por medio de la cual "la persona a la que se discuta el derecho al uso del propio nombre o que pueda sufrir quebranto del uso que otro haga de él, puede demandar judicialmente para que cese la perturbación". Las acciones consagradas en el Código de BELLO son acciones populares, la del Decreto 1260 no, pero como sea no pierden su carácter de normas que ofrecen una protección civil a la persona, más allá o en manera diferente de la que ofrece la responsabilidad.

VIII. CONCLUSIÓN

Después de estas breves y esquemáticas líneas se podría concluir: ¿quién le tiene miedo a la Constitución? Las constituciones modernas como cartas de derechos, se encontraron con los códigos civiles, en una coincidencia de argumentos de la que, en el caso colombiano, ha sacado partido la doctrina constitucional, frente al anquilosamiento en que a menudo cae la doctrina y especialmente la jurisprudencia civil, lo que ha hecho que las soluciones constitucionales se vean como novedosas y de avanzada.

Lo que es necesario tener claro es que si bien Constitución Política y codificación civil concurren en el juego de las fuentes del derecho con las necesarias influencias recíprocas, ellas tienen su ámbito específico de acción, y puede resultar forzado buscar, con las herramientas de una, los objetivos de la otra. La materia de responsabilidad civil ofrece el ejemplo ideal: la tutela integral de la persona no se logra con la sola reparación de los daños que ofrece esa responsabilidad, ni con las acciones inhibitorias civiles que tienen carácter excepcional; la protección plena requiere el concurso de las demás disciplinas y el amparo o tutela constitucional resulta perfectamente complementario; será labor de la ciencia jurídica marcar las fronteras.

En lo que sí influye la Constitución y está bien que así sea, es en indicar no el contenido sino el tipo de soluciones que las diferentes instituciones del Código Civil debe ofrecer: las herramientas del derecho de la responsabilidad civil deben perse-

guir los fines que persigue la sociedad y que están plasmados en la Constitución, la igualdad, la dignidad de la persona humana, la solidaridad, sin que sea necesario que el juez le dé a las normas de la responsabilidad un contenido diferente al que tienen so pretexto de acomodarlas a la norma constitucional. En este mismo sentido la Constitución puede contener la proliferación de daños, pues como brújula de la sociedad que es, la Constitución señala los valores e intereses de la sociedad que el juez de la responsabilidad puede considerar como de recibo.

La responsabilidad, como se dijo, parece estar íntimamente ligada con los propósitos mismos del Estado y ese es un factor que se debe tener presente, pero si lo que se quiere es asignar a la responsabilidad funciones que no son las suyas se lo debe definir claramente, para hacer las cuentas con una institución que aun llamándose tal no podría decirse más responsabilidad civil.

