



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Colombia

**LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO
MECANISMO EFECTIVO DE CONTENCIÓN A LA PROLIFERACIÓN DE
DAÑOS INMATERIALES: UNA PROPUESTA COMPATIBLE CON LOS
PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y REPARACIÓN INTEGRAL.**

DIANA CAROLINA PINILLA PIMIENTA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA-CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
SANTIAGO DE CALI
2018**

**LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO
MECANISMO EFECTIVO DE CONTENCIÓN A LA PROLIFERACIÓN DE
DAÑOS INMATERIALES: UNA PROPUESTA COMPATIBLE CON LOS
PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y REPARACIÓN INTEGRAL.**

DIANA CAROLINA PINILLA PIMIENTA

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR POR
EL TÍTULO DE ABOGADO**

**DIRECTOR
JUAN PABLO DOMÍNGUEZ ANGULO
ABOGADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA-CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
CALI
2018**

A familia, mi mano derecha durante este camino, por haberme enseñado que el amor, la constancia, la disciplina y el esfuerzo son la combinación perfecta para alcanzar todo aquello que nos proponemos.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia y amigos por su apoyo incondicional y su compañía a lo largo de este arduo proceso.

A Juan Pablo Domínguez, mi director de tesis, por todo el tiempo, la paciencia y el conocimiento dedicado durante la elaboración de la misma.

CONTENIDO

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN:	7
CAPÍTULO 1: DAÑO A LA SALUD COMO VISIÓN RESTRICTIVA DE LOS DAÑOS INMATERIALES.	13
1. Proliferación de daños inmateriales en Italia.....	13
1.1 Necesidad latente de reparar daños inmateriales.....	14
1.2 Cierre de compuertas para la creación de daños inmateriales.....	21
2. Propuesta de sistema de reparación fundamentado en el daño a la salud ...	23
2.1 Daño prioritario y autónomo	24
2.2 Daño unitario	27
2.3 Fundamento en la dignidad humana y el derecho a la salud	30
3. Contención de daños inmateriales	34
CAPÍTULO 2: EL CONCEPTO NORMATIVO DEL DAÑO COMO VISIÓN EXPANSIVA DE LOS DAÑOS INMATERIALES.	38
1. Contexto del autor.....	38
2. Propuesta basada en la reparación de derechos.....	42
2.1 Daños que se deben reparar conforme a la clasificación de los bienes jurídicos según el derecho positivo	47
4. Contención de daños inmateriales:	55
CAPÍTULO 3: LA REPARACIÓN INTEGRAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO CRITERIOS DECISIVOS.	59
1. El principio de legalidad.....	60
1.1 El principio de legalidad como principio rector de toda sanción	65
1.2 Principio de legalidad como principio rector del ejercicio del poder público	69
1.3 Comparación de las posturas frente al principio de legalidad.....	73
2. La reparación integral.....	85
3. Resultado del análisis comparativo:	109
CONCLUSIONES:	111
BIBLIOGRAFÍA	119

RESUMEN

El Derecho de daños, atraviesa por una crisis que ha puesto en riesgo sus límites. La necesidad de proteger a la víctima y reparar los daños cometidos a su esfera personal, sumado a una constante actividad doctrinal y jurisprudencial, han generado una multiplicidad de voces de daños inmateriales a reparar, frente a los cuales no ha existido consenso. Así, no existe claridad frente a una clasificación de daños inmateriales sólida que logre comprender todos los daños contemplados en la ley, y que permita una reparación integral del mismo.

Por lo tanto, la presente investigación tendrá por objeto visibilizar una clasificación de éstos daños, que de respuesta a ésta problemática, y sirva como un mecanismo de contención que logre frenar la proliferación de estos daños, ajustada a los principios de legalidad y reparación integral.

Para ello, se analizarán dos posturas que surgieron como reacción a esta problemática, a la luz de los dos principios anteriormente mencionados. En primer lugar, se examinará el daño a la salud como daño autónomo y unitario, propuesto como una figura que logra eliminar las distintas categorías de daños inmateriales que no gozaban de autonomía por ser meras consecuencias, reduciéndolas únicamente a dos, el daño moral y el daño a la salud, para lo cual se trae a colación al doctrinante EDGAR CORTÉS, quien esbozó claramente esta propuesta. Por otro lado, se examinará la propuesta del doctrinante JUAN PABLO DOMÍNGUEZ, quien como reacción a la propuesta del daño a la salud, y ante su concepción del daño como concepto normativo, propone reparar todas las lesiones a derechos generadas tras el incumplimiento de una obligación contemplada en el ordenamiento jurídico.

Concluyéndose que a la luz del principio de legalidad, y de reparación integral, la clasificación de daños inmateriales más conveniente para zanjar la problemática anteriormente descrita, es la reparación de los derechos constitucionales de naturaleza inmaterial, ceñida a la propuesta esbozada por DOMÍNGUEZ, toda vez que de ésta resulta una clasificación de daños inmateriales más garantista, tanto para la víctima como para el victimario, al extraer los daños del ordenamiento jurídico y permitir la reparación total de los mismos.

INTRODUCCIÓN:

No causar daños ha sido una regla fundamental para la adecuada convivencia humana, la cual incluso llegó a ser incluida por los romanos como una de las tres grandes máximas del comportamiento social¹. En razón a ello, el Derecho de daños es una disciplina que sin duda reviste de una importancia innegable para nuestra sociedad. Éste representa una piedra angular del Derecho al procurar la salvaguarda de los derechos de todos los individuos, pues les otorga seguridad frente a los daños y lesiones “que pueden sufrir por las conductas o actividades que vulneran sus derechos y por los riesgos y peligros a los que todos estamos expuestos al vivir en una sociedad cada vez más plagadas de conductas y actividades que los generan”².

Si bien, el Derecho de daños ha sido fundamental, la pregunta accesoria siempre ha sido qué tipo de daños se deben reparar, siendo ésta una preocupación latente en toda la historia de ésta disciplina, la cual desde el siglo pasado ha cambiado completamente su enfoque y abriéndose la posibilidad de resarcir los daños inmateriales o daños a la persona, en busca de una tutela integral del ser humano.

Durante muchos siglos los únicos daños que daban lugar a reparación fueron los daños patrimoniales o materiales, los cuales han sido “un dato sin discusión en la ciencia jurídica”³ al defender la propiedad, y al concebirse el sistema de responsabilidad como “una forma de protección de la propiedad privada... de tal modo que todo daño (con culpa) que se causara a la propiedad ajena debía ser

¹ VIELMA MENDOZA, Yoleida. En torno a la responsabilidad civil y el derecho de daños (La reparación del daño a la persona).[En línea] En: *Commercium*. Mayo 2012. N.1. p.136. . [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/commercium/article/view/3823/3658>

² *Ibíd.* P.129.

³CORTÉS, Edgar. El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H. [En línea]. En: *Revista de Derecho Privado*. Diciembre, 2007.p307.,[Consultado: 6 de Noviembre de 2018] Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/570>

resarcido”⁴. De esta forma, su clasificación, las pruebas y su resarcimiento, no representaba ningún obstáculo para la comunidad jurídica al tener como objeto bienes materiales que gozan de un valor económico en el mercado que permiten calcular de forma objetiva el perjuicio ocasionado.

No obstante, los daños inmateriales no corrían con la misma suerte, pues estos tardaron muchos siglos en ser reconocidos y reparados por los distintos ordenamientos. Dentro de las razones generales por las cuales éstas lesiones a la persona no constituían un verdadero daño se encuentra la inviabilidad de que entre el daño moral y la indemnización se pueda establecer una equivalencia. Asimismo, porque consideraban imposible probarlo al ser éste un daño que se produce al interior del alma, de la cual solo tiene conciencia y conocimiento la persona que lo padece, impidiendo que sea leída por el juzgador. Además, repararlo suponía la indemnización no solo del directamente lesionado, sino también de todas aquellas personas que pese a no ser víctimas directas, han sido lesionados por las consecuencias de éstos, cambiando así el sistema tradicional al que estaban acostumbrados. Llegó a considerarse fuertemente incluso que reparar un daño inmaterial era a todas luces inmoral, por intentar compensar con dinero los sentimientos, es decir, por querer intentar fijarles un valor a los sentimientos convirtiéndolos en una mercancía avaluable en dinero.⁵

Por todos los problemas que existían al querer definir, probar y cuantificar estos daños, se consideraba que llegar a repararlos no permitiría que se cumpliera la finalidad del Derecho de daños, el cual es dejar a la víctima en la misma situación en la que estaba antes de sufrir la lesión⁶, pues el dinero no elimina el dolor, no restablece el honor, el buen nombre o la intimidad.

⁴ *ibíd.*, p. 308.

⁵ VELÁSQUEZ, POSADA. *Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis. 2011. p.,. 250

⁶ NAVIA, ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. [En línea]. En: *Revista de Derecho Privado*. Diciembre, 2017.p.290, [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/567>

No obstante, el Derecho de daños, y el Derecho en general, se vieron obligados a adaptarse a los cambios que la sociedad con el pasar del tiempo fue haciendo por las experiencias vividas, pues al final, las preocupaciones del hombre en el siglo XX cambiaron significativamente. Tras la Segunda Guerra Mundial, alrededor del mundo se generaron temores a futuros conflictos, atentados atómicos, o a bloques con ideologías irreconciliables, sin embargo éstos fueron reemplazados por una preocupación mayor hacia la persona y su entorno como espacio vital, “así los nuevos temores del hombre están relacionados con el medio ambiente y sus trastornos, con su incolumidad física, su salud y su bienestar...”⁷. Por tanto, el ser humano se convirtió en el centro del Derecho, al dotar a una serie de intereses antes irrelevantes, de una gran importancia social y jurídica cuya lesión merecía una reparación que fuera compatible con el sistema.

Con lo anterior, y con el hecho de que hayan incrementado las posibilidades de ser dañado por la presencia de nuevos riesgos, se hizo necesaria una reinterpretación de la materia, en la cual se pasó de estudiar la responsabilidad deteniéndose en el comportamiento del victimario, para adoptar como elemento básico el análisis de la víctima⁸. De esta manera, al tenerse un estudio más detenido de la víctima, variaron los presupuestos de la responsabilidad abriéndose las puertas para identificar unos intereses que merecían ser reconocidos, pues se veían lesionados con el acaecimiento del daño, empezando a repararse por fin los daños inmateriales.

Tras reconocer la importancia de los mismos, hoy en día, los daños inmateriales son reconocidos por la mayoría, sino todos, los ordenamientos jurídicos; se consideran una victoria del derecho moderno⁹ y poco se duda sobre la necesidad

⁷ CORTÉS, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. P. 35.

⁸ *Ibid.*, p38

⁹ TORRADO, BARRIGA. Laura. La tipología de los daños extrapatrimoniales en Colombia: diversidad de criterios jurisprudenciales y propuestas de armonización.[En línea]. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. Departamento de Derecho

de repararlos. Sin embargo, continúa siendo un concepto bastante polémico para la doctrina y la jurisprudencia, y motivo de una infinidad de discusiones jurídicas, ya no por el hecho de si deben ser reparados o no, sino por cuáles son y cómo deben denominarse, probarse y repararse. Dicha dificultad surge por la misma naturaleza de éste tipo de daños, pues versan sobre interés insustituibles e inmateriales que dificultan su concreción. Así, para la jurisprudencia y la doctrina no ha sido una tarea sencilla lograr uniformidad en la reparación de los mismos, y ante la búsqueda de proteger esos intereses se ha generado una multiplicación desenfrenada de daños resarcibles que se han convertido en una problemática al interior de los Estados.

En razón a ello, hoy en día han llegado a existir y coexisten un gran número de daños inmateriales alrededor del mundo, los cuales se debaten por ser los verdaderamente autónomos y dignos de reparación, como el daño a la salud, el daño a la vida en relación, el daño a la alteración de las condiciones de existencia, el daño al proyecto de vida, el daño al hobby, el daño a la violación grave de derechos fundamentales, el perjuicio de agrado, entre muchos otros que han ocasionado una gran confusión para la materia, tras desplegar una torre de babel que ha desdibujado los límites de la responsabilidad.

Colombia es un fiel ejemplo del gran problema en el que se encuentra el Derecho de daños, lo cual se evidencia al ver que en las últimas décadas tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado han reconocido y reparado distintos daños inmateriales, contradiciéndose entre ellas en cuanto a la clasificación de los mismos, y en las formas de reparación y sumas indemnizatorias, lo cual es bastante perjudicial para la materia, pues al no existir claridad sobre presupuestos fundamentales como los daños a reparar y las sumas de los mismos, dejan a la víctima y al victimario en una situación de desprotección manifiesta y en desigualdad, pues las víctimas no reciben todas una reparación igual para cada

privado. 2017.p.,74 [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en Internet: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/34219/TorradoBarrigaLaura2017.pdf?sequence=1>

daño al tener ambos cuerpos colegiados distintas posturas, y el victimario tampoco estaría siendo condenado en igualdad de condiciones ante una misma lesión.

Por lo tanto, resulta de gran envergadura frenar esta mal creación de daños inmateriales, y determinar una clasificación que comprenda realmente todos los daños inmateriales que existen en el ordenamiento jurídico propio de cada país, que garantice la reparación de todo el daño causado y no termine por reparar múltiples veces un mismo daño.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación se propondrá identificar si para solucionar el problema que enfrenta el Derecho de daños, de ver desbordados sus límites por la proliferación de daños inmateriales, es pertinente restringir los daños inmateriales a reparar únicamente al daño moral y el daño a la salud, conforme a la propuesta de EDGAR CORTÉS, o si por el contrario la solución está al abrir paso a la reparación de la lesión a todos los derechos inmateriales, como propone JUAN PABLO DOMÍNGUEZ.

Bajo este entendido, en la presente investigación se pretende acreditar que los daños inmateriales que se deben reparar son los daños que se realicen a los derechos constitucionales de naturaleza inmaterial, para lo cual se hará uso del método hermenéutico.

De esta forma, se expondrá en primer lugar la propuesta de EDGAR CORTÉS, en la cual se explicará que todas estas olas resarcitorias de la esfera interna de la persona encuentran una solución en el daño a la salud, por ser un daño autónomo, de reparación prioritaria, no reidual, fundamentado en la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad. Consiguientemente se expondrá la propuesta de JUAN PABLO DOMÍNGUEZ conforme a la cual los daños inmateriales que se deben reparar son todos aquellos derechos inmateriales que se vean lesionados por el

incumplimiento de una obligación que tenía un individuo respecto de ese tercero acreedor de ese derecho.

Una vez expuestas ambas posturas, se procederá a examinarlas a la luz del principio de legalidad, para verificar cuál toma como fuente los daños que se encuentran en el ordenamiento jurídico, esgrime su clasificación conforme al mismo y conmina al juez a cumplir las obligaciones que le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que éste es un principio que rige el ejercicio de la autoridad administrativa, así como el ejercicio del *ius puniendi* del que goza el Estado. Una vez explicado éste principio, se complementará el análisis con el principio de reparación integral, el cual es un principio rector del derecho de daños, conforme al cual se pretende determinar cuál de ellas garantiza la reparación de todos los daños causados en una determinada situación, así como cuál permite que se repare la totalidad de los daños efectivamente causados, y no generan duplicidad de reparación ante un mismo daño causado.

Finalmente, la propuesta más acertada será aquella que tenga como fuente los daños que se encuentra en el ordenamiento jurídico, toda vez que resulta necesario respetar el principio de legalidad, y adicionalmente que al momento de la reparación permitan alcanzar un resarcimiento total y pleno del mismo, conforme al principio de reparación integral. Por tanto, terminarán siendo estos principios los que brinden los criterios para encontrar la solución más acertada para la reparación de los daños inmateriales, la cual es la reparación de los derechos constitucionales de naturaleza inmaterial.

CAPÍTULO 1: DAÑO A LA SALUD COMO VISIÓN RESTRICTIVA DE LOS DAÑOS INMATERIALES.

Como bien se indicó, actualmente el Derecho de daños ha venido atravesando por una gran problemática que afecta la efectividad de la materia y el cumplimiento de sus objetivos. Principalmente, la actividad jurisprudencial y doctrinal ha generado un mar de confusión frente a los daños inmateriales que deben ser reparados siendo disímiles en cada sociedad y estando en constante cambio incluso al interior de las mismas. En el presente capítulo se expondrá de una forma más detallada ésta situación, sus orígenes, sus causas y consecuencias, así como la propuesta que presenta CORTÉS fundamentado en BUSNELLI, para contener la creación de daños inmateriales.

1. Proliferación de daños inmateriales en Italia

Para analizar la problemática en la que se encuentra el Derecho de daños, se traerá a colación la explicación suficiente y acertada que el doctrinante FRANCESCO BUSNELLI expuso a través de una parábola:

Una corriente de agua, alimentada por un antiguo manantial, atraviesa un extenso territorio, y condiciona su explotación económica. Al pasarse de una economía agrícola de sustento a un desarrollo industrial cada vez más intenso, el flujo de agua termina siendo insuficiente. Ello hace que los expertos recurran a su ingenio para construir diques, canales y otros aparejos que permitan utilizar y distribuir mejor el escaso líquido disponible. De improviso, sin embargo, la corriente se desborda, a causa de la confluencia de una serie de arroyuelos fangosos provenientes de nuevos manantiales. En tal situación, los expertos son llamados, una vez más, para idear un mecanismo de contención de las aguas capaz de eliminar los riesgos de desbordamientos y aluviones.¹⁰

¹⁰ BUSNELLI, Francesco Donato. La parábola de la responsabilidad civil. [En línea]. En: *IUS ET VERITAS*. 2002, vol. 12, no 24, p.12. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/16165/16582>

A través de ésta comparación, se explicará cómo la reparación de los daños inmateriales primero era insuficiente, toda vez que las normas codificadas limitaban esta reparación, lo cual requirió que la doctrina y la jurisprudencia se pusieran en la tarea de crear nuevos daños, o como indica BUSNELLI, requirió que se “contrataran” expertos para que la “corriente de agua” fuera suficiente para satisfacer estas nuevas pretensiones. No obstante, una vez empezaron a generarse otras figuras de daños, la consecuencia fue la creación de nuevos manantiales por parte de los juristas italianos para abrirle paso a una gran cantidad de daños inmateriales que se fueron haciendo necesarios en razón a la significativa limitación que el ordenamiento jurídico Italiano contenía, la cual será explicada posteriormente. Sin embargo, lo que no sabían era que una vez abierta la puerta para la reparación de los daños inmateriales en materia civil estos nuevos manantiales desbordarían la corriente tras la aparición de arroyuelos fangosos como el daño a la capacidad laboral genérica, el daño a la vida en relación, el daño estético y el daño a la esfera sexual, entre otros, que pusieron en vilo los límites del Derecho de daños. Esto hizo necesario que nuevamente los expertos se congregaran para eliminar esos riesgos inminentes que amenazan hoy la disciplina del derecho de daños.

1.1 Necesidad latente de reparar daños inmateriales

En los distintos ordenamientos jurídicos se fueron acogiendo los daños inmateriales, empezando a reconocerse la importancia de repararlos. No obstante, en Italia, los doctrinantes y juristas encontraron una limitación en su ordenamiento jurídico que les impedía repararlos. Italia, contaba también para ese entonces, con un sistema bipolar, en el que se consagran dentro del ordenamiento jurídico dos normas de reparación, una frente a los daños materiales y otra respecto de los daños inmateriales. A pesar de haber adoptado los daños inmateriales en su artículo 2059 de forma individual, el legislador paradójicamente, limitó su resarcimiento a los casos expresamente determinados por la ley. Si los juristas acudían a la

normatividad Italiana, encontraban que la ley solamente permitía repararlos en materia penal, lo cual hacía que se limitara su reparación solamente a éstos, quedando sin cabida el reconocimiento de los daños inmateriales por parte del Derecho de daños.¹¹

Siguiendo la parábola de BUSNELLI, la corriente de agua asimilada a los daños inmateriales a reparar, resultaba ser insuficiente para satisfacer las pretensiones del momento, motivo por el cual se requirió contratar expertos (juristas) que construyeran diques para distribuir mejor esa pequeña corriente, es decir, para que solucionaran este problema que traía la normatividad Italiana, y darle paso a la reparación de los daños inmateriales. Así, los juristas fueron llamados a buscar formas de vulnerar esa bipolaridad y rigurosidad de su código, a crear nuevos manantiales o corrientes de agua que satisficieran las nuevas pretensiones, para darle cabida a los daños inmateriales en el Derecho de daños y encontraron una solución, decidieron ligar los daños a la persona con los daños patrimoniales, reinterpretando el concepto de daño patrimonial. En esta línea, empezaron a considerar que “la patrimonialidad de un daño, o su no patrimonialidad, se debe determinar según que las consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión (*rectius*, daño), sean susceptibles de una valoración económica con parámetros objetivos y uniformes, planteando así la posibilidad de que un daño pueda tener naturaleza patrimonial aun cuando el bien o interés lesionado no la tenga.”¹²

Por esta razón, abrieron paso al daño a la salud, indicando que aún cuando protege un interés inmaterial, genera una consecuencia perjudicial que afecta el patrimonio de la víctima, motivo por el cual empezó a ser considerado como un daño patrimonial, el cual además podía medirse de forma objetiva conforme a la capacidad de generar rédito. La solución fue entonces “traer de los cabellos a los

¹¹CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,pp 168-169

¹² CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* .Op.Cit.,p. 51

daños inmateriales en general, y al daño a la salud en particular, al mundo de lo patrimonial para así poder resarcirlos”¹³.

Tras haberse abierto las compuertas para reparar los daños inmateriales, los juristas empezaron a crear nuevos “daños” cuyo objetivo principal era solucionar el obstáculo trazado que impedía indemnizar a la víctima de una lesión que no viera disminuidos sus ingresos de forma real y efectiva¹⁴, es decir, pese a que atendieron el llamado necesario que hacía el Derecho de daños, acudieron a una solución que aunque parecía ser útil para superar la limitación existente, ocasionó un despliegue constante de ficciones de daño las cuales carecían de lógica, impidiendo la reparación integral y desbordando la corriente por la gran cantidad de arroyuelos fangosos (figuras de daño) que se habían generado y que afectarían gravemente la disciplina. De allí, surgen entonces el daño a la capacidad laboral genérica, el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual entre otras, con el objetivo de que las víctimas del daño a la salud pudieran tener acceso a una reparación pese a que de la lesión no se pudiera acreditar una reducción en sus ingresos. En este sentido, todas estas pseudo-figuras, o testafierros como los llama DOMÍNGUEZ, surgieron con el ánimo de corregir el sistema.

Por un lado, surge la **capacidad laboral genérica**, la cual fue concebida como “la capacidad común a todos los seres humanos, de procurarse utilidades económicas por medio de su propio trabajo manual”¹⁵. Mediante esta figura, como se indicó anteriormente, se buscaba reparar a las personas que si bien habían sufrido una lesión a su integridad psicofísica carecían de ingresos. Dicha reparación se alcanzaba al establecer una ficción jurídica, basada en supuestos sin comprobación alguna, pues se asumía que todas las personas tenían capacidad de trabajar y establecía arbitrariamente una suma dineraria sobre lo que en un futuro habría de

¹³ DOMINGUEZ ANGULO, Juan Pablo, *El concepto normativo del daño*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2016.p 432

¹⁴ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p.105

¹⁵ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p. 106

devengar. Así, se llegaron a soluciones aberrantes, inequitativas y carentes de pruebas como la del caso Gennarino¹⁶, en el cual a un menor de edad se le reconoció una indemnización a una invalidez permanente, tomando como valor el salario de su padre, bajo la lógica de que el hijo seguiría la misma profesión de éste. En el mismo sentido, surgieron conceptos como la renta figurada con la cual se reparaba a las amas de casa con base en el salario de una trabajadora doméstica, y muchos otros donde el juez terminó autorizando la reparación basado en suposiciones carentes de prueba alguna, pues en ciertos casos sólo se exigía acreditar la lesión sufrida y no la disminución efectiva del patrimonio.

Por otro lado, la misma necesidad de reparar a quien no devengaba ingresos por una lesión psicofísica, surgió el **daño a la vida en relación**, en el cual se buscaba reparar el daño que se producía al no poder desarrollar actividades NO laborales, como las recreativas o sociales, y que realizaba antes de sufrir la lesión. Sin embargo, ésta figura seguía anclada al componente patrimonial, pues esa afectación a la capacidad psicofísica pese a que no afectase las ganancias, le impedía desarrollar actividades extra-laborales las cuales estaban indirectamente relacionadas con un interés patrimonial, que eran las capacidades concretas de ganancia que se tenían y que se perjudicaron. Por tanto, tampoco resultó ser una solución al problema inicial, y por el contrario perpetuaba la desigualdad, pues se empezaba a reparar conforme a la manera en que desarrollaba la víctima en su vida en sociedad, con lo cual a mayor estatus social, se generaba un mayor daño, donde las clases más privilegiadas eran indemnizadas en mayor medida, pues entre más poder político o económico tuvieran las personas con las que éste se relacionara, o entre mejores ambientes sociales frecuentaran, más afectada se vería esa capacidad indirecta de ganancia que la víctima tenía.¹⁷

¹⁶ Tribunal de Milán, 18 de Enero de 1971. Citado por: CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.104.

¹⁷ CORTÉS. *Responsabilidad Civil y daños a la persona*. Op.cit. p.,107

Paralelo a la capacidad laboral genérica y el daño a la vida en relación, surge el **daño estético y el daño a la esfera sexual**, con el mismo propósito de “superar la atadura a la capacidad económica del daño a la salud”¹⁸, es decir, para corregir la reparación centrada en la capacidad laboral del daño a la salud, en el cual solo se reparaba lesión a la integridad estética cuando la actividad laboral que la víctima desempeñaba tuviera relación directa con el aspecto físico exterior. No obstante, éste nuevo tipo de daño seguía anclado a los daños patrimoniales pues el argumento para su reparación reposaba en que aunque no se viera afectada la capacidad laboral, ésta lesión le dificultaba a la persona conseguir un nuevo empleo, lograr matrimonios ventajosos, entre otros, disminuyéndose en últimas las oportunidades de adquirir mayores ingresos.

Todas estas nuevas voces de daños, terminaron generando lo que DOMÍNGUEZ denomina como “Testaferros” del Derecho, es decir, figuras creadas como pretextos o coartadas forzadas para lograr la reparación o el reconocimiento de verdaderos derechos que pese a tener gran relevancia jurídica, son tratados como conceptos que por sí solos no pueden ser merecedores de reparación, por lo que no pueden aparecer directamente, sino escondidos bajo esas figuras.¹⁹ Resultaron ser entonces ficciones creadas por la jurisprudencia, pues no gozaban de autonomía al relacionarse todas con la capacidad laboral, pues en últimas su reparación estaba inexorablemente anclada a los efectos negativos de la vida laboral del sujeto y su capacidad para obtener ingresos, al tener como fin la conservación de las condiciones económicas y sociales de la víctima. En efecto, el problema gracias al cual los juristas acudieron a estas ficciones no obtuvo respuesta en las mismas, puesto que insistían en “considerar a la lesión a la salud, no como un daño en sí mismo, sino como un daño relacionado con las pérdidas patrimoniales que de él se derivaban”²⁰ generando inequidad y afectando gravemente el principio

¹⁸ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 435

¹⁹ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 476

²⁰ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p. 111

constitucional de igualdad, pues abría la posibilidad a que un mismo daño fuera reparado no tuviera la misma liquidación por usarse criterios tan disímiles como los ingresos de la víctima.

En consecuencia, el daño a la salud empieza a ser reconocido como un daño autónomo del lucro cesante (el cual será explicado más adelante), por lo que ya no era necesaria esa división de daños anteriormente mencionada, empero no fue motivo suficiente para impedir que la actividad doctrinal y jurisprudencial siguiera impulsando nuevas voces de daños, surgiendo a la vida jurídica el **daño existencial**, el cual buscaba posicionarse como una nueva súper-categoría con miras a obtener una tutela plena de la persona. El daño existencial surgió tras analizar que el daño a la salud se ocupaba únicamente del cuerpo, y que por tanto dejaba por fuera los atentados a la esfera personal, la cual permite el desarrollo de la individualidad humana sancionándose la perturbación a su agenda cotidiana, como los hobbies, las fantasías individuales, el derecho a gozar de unas vacaciones o el tener que acompañar permanentemente a un familiar a recibir terapia y los cambios que en la vida de esa persona se derivan que implique “tener que hacer” o “no volver a hacer” en razón a la lesión. Por tanto, surge como un concepto aparentemente distante de los atentados a la salud, el daño moral y los perjuicios materiales y se presenta como una figura complementaria que llenaría los vacíos que todas esas figuras habían dejado, cubriendo las lesiones a desarrollo existencial del ser humano.

No obstante, ésta figura no tardaría en reflejar problemas al momento de su reparación, pues en últimas entra en disonancia con el principio de igualdad y de dignidad del ser humano cuando “se mide su esfera existencial en función del número de compromisos que llenan su agenda”²¹ generándose a todas luces un trato discriminatorio. Además, al no poder ser medida de forma objetiva su

²¹ *Ibíd.*,p 161

reparación se torna presunta, permitiendo así la reparación de cualquier daño por mínimo que sea al no poder establecerse un umbral. Por tanto esta figura atenta contra los límites del Derecho de daños, pues pretender resarcirlo todo hace nugatorio el carácter preventivo de la materia.

Es pertinente acotar, que para CORTÉS buscar una tutela plena de la persona es válido y lo respalda, sin embargo en esta búsqueda se debe haber estudiado previamente si para lograrlo es necesario crear una nueva categoría de daño, o si se puede alcanzar el mismo objetivo ajustando las figuras existentes²², pues por ejemplo todos los daños anteriormente mencionados eran expresiones del daño a la salud el cual era un daño autónomo reconocido, o no puede ser considerado un daño autónomo pues su reparación implicaba acudir a ficciones legales y no admitían comprobación. Sin embargo, bajo esa pretensión se quiso legitimar la creación de “nuevos tipos de daño para cada ofensa a uno de los aspectos de la personalidad. A cada nueva conducta dañina dirigida a la dignidad surge una nueva especie de daño, como si tal expediente fuera sinónimo de mayor protección.”²³

Ante toda la situación caótica que se desplegó por la actividad jurisprudencial y doctrinal, y al no haberse solucionado efectivamente el problema, en Italia los “expertos” decidieron esquivar esa limitación legal acudiendo directamente a la Constitución, en una especie de excepción de inconstitucionalidad permitiendo la reparación de los daños inmateriales. Así, los juristas Italianos no optaron a ampliar las normas codificadas, sino que se apoyaron en los principios constitucionales para que el derecho privado pudiera brindarle protección adicional a los valores fundamentales que la constitución incorpora y extrajeron el daño a la salud²⁴. Estas soluciones fueron importadas erróneamente a diversos Ordenamientos jurídicos,

²² *Ibíd.*, p158

²³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo y VILAS BOAS, Luiz Carlos. A torre de babel das novas adjetivações do dano. Traducción libre. [En línea]. En: Universidade Salvador. 2015. N°176. [Consultado el 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/2491>

²⁴ DOMÍNGUEZ . Op.Cit.p., 439

como el Colombiano, donde no existía la limitación antes mencionada, motivo por el cual la confusión para éstos países se acrecentó al no contar con un contexto adecuado para arraigar dichas figuras, siendo a todas luces contrarias e innecesarias para su sistema legal.²⁵

Conforme a lo anterior es evidente que ni la misma doctrina ni la jurisprudencia han podido ponerse de acuerdo en la clasificación de daños a la persona, entorpeciendo la comunicación en la materia y generando lo que tanto han denominado como “la torre de babel”, lo cual según CORTÉS es una “expresión metafórica con la que en la doctrina europea se quiere significar la anarquía que se deriva de la utilización de diferentes nombres para llamar a un daño que, en términos generales, es el mismo”²⁶. Torre que ha sido reedificada sobre las ruinas del daño biológico²⁷.

Paradójicamente, el Derecho de daños en su intento por generar agua, es decir, para darle cabida a la reparación de daños inmateriales y superar el límite que el ordenamiento jurídico imponía, terminó convirtiendo el caudal de un riachuelo en el de un mar, ocasionando que por superarse dicho problema existan hoy una gran cantidad de daños que amenazan la coherencia y los límites de esta disciplina.

1.2 Cierre de compuertas para la creación de daños inmateriales

Como se vio anteriormente, se permitió una expansión irresponsable del Derecho de daños que ha puesto en peligro el desbordamiento de la finalidad y función propia de ésta disciplina, la cual ha iniciado un proceso de fragmentación. Por tanto, y en

²⁵Ibíd. p., 438

²⁶ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p.221

²⁷ BUSNELLI, Francesco. *El daño a la persona*. [en línea].Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Autónoma de México. (S.F). p,283. [Consultado: 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/17.pdf>

relación con la parábola, hoy en día es necesario llamar una vez más a los “expertos”, ya no para permitir la reparación de los daños inmateriales, sino para idear mecanismos de contención de las aguas, es decir, de la gran cantidad de daños que se crearon y evitar así el riesgo de desbordamiento que amenaza la materia. Así, es una preocupación latente de varios doctrinantes, juristas y de los mismos legisladores, la contención de las crecientes olas de pretensiones resarcitorias que se han venido presentando en las últimas décadas, que han ocasionado que los límites del Derecho de daños sea cada vez más extensos, por la avalancha de olas resarcitorias sin control. Lo cual se debe buscar a través de un modelo coherente que permita que sean incluidos todos los daños inmateriales, y acoja al tiempo esas figuras ya creadas y permita la reparación integral, para evitar que esos nuevos intereses que buscan ser tutelados terminen haciendo inútil el Derecho de daños.

En este sentido, autores como CORTÉS, consideran que de permitirse seguir éste rumbo se terminará resarcido todas las lesiones, y si esto pasa, el Derecho de daños perdería su esencia, pues “un sistema que lo resarce todo parece necesitar la presencia del Estado, con lo que el modelo se acerca más a los sistemas de seguridad social que a aquellos de responsabilidad civil”²⁸. Así, indica CORTÉS²⁹ que no toda lesión debe repararse pues si mediante la tutela aquiliana se le da reparación a cualquier lesión por mínima que sea, la responsabilidad civil podría perder su especificidad.

Además, al no haberse generado de forma cuidadosa y consciente estas nuevas figuras de daño, muchos de esos perjuicios carecen de autonomía y podrían reducirse para evitar que un mismo daño se repare dos veces, pues como indica CORTÉS³⁰ en cuanto al perjuicio de agrado, por ejemplo, que todas las situaciones

²⁸ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p.163

²⁹Ibíd.,p.78

³⁰ Ibíd.,p.172

que de él se desprenden no son perjuicios en sí mismos, sino que todos son consecuencias de la disminución del bienestar de la persona, por lo que repararlos autónoma y separadamente ocasionaría que se reparara varias veces el mismo daño, al pertenecer todos a una única realidad..

2. Propuesta de sistema de reparación fundamentado en el daño a la salud

EDGAR CORTÉS, ante el panorama en el que se encuentra hoy el Derecho de daños y el llamado que la disciplina ha hecho a los expertos para contener las aguas, ha propuesto la necesidad de construir un sistema de resarcimiento de daños a la persona cuyo centro sea el daño a la salud, toda vez que considera que éste es el daño a la persona por excelencia, pues por sus características y el desarrollo que ha tenido, es capaz de servir como muro de contención para el desbordamiento de tipos de daño que se han venido creando con el pasar de los tiempos, que como bien se evidenció, pone en riesgo a la esencia del Derecho de daños. Cabe aclarar que reconoce la importancia de explorar la posibilidad de reparación de otros derechos de rango constitucional, pero afirma que esto deberá realizarse en un segundo plano, toda vez que el punto de partida de la investigación sobre los daños inmateriales debe ser el daño a la salud.³¹

El daño a la salud surge como un concepto novedoso, como protección a uno de los derechos de la personalidad, la integridad psicofísica. Además, cuenta con la particularidad de ser reparado de forma independiente. Su origen es a su vez la solución a los graves errores que la jurisprudencia Italiana venía cometiendo, al reparar los daños conforme a la capacidad de producir ganancias.³²

³¹ *Ibíd.*,p. 89

³² VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: Tipología y valoración*. Barcelona: Bosch. 1994.P.138 Citado por: GIL BOTERO, Enrique. El daño a la salud en Colombia: retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. [En línea]. En: Revista digital de Derecho Administrativo. Julio-Diciembre. 2012. N°8. PP.89-

Su propuesta se dirige a reducir la reparación de los daños inmateriales, al daño moral y al daño a la salud, sin descuidar la protección de los otros derechos inmateriales, los cuales, aduce CORTÉS, también serán tenidos en cuenta en éste modelo resarcitorio, pues ante la existencia de una lesión a otros derechos inmateriales éstos serán reparados como mecanismo de corrección del daño a la salud, o mediante otro mecanismo distinto a la acción aquiliana.

Por tanto, el daño a la salud deberá repararse de forma prioritaria, pero su determinación y liquidación atenderá a las consecuencias negativas que agravan la lesión las cuales podrán aumentar el valor de la indemnización.

Argumenta CORTÉS, la selección de éste daño como centro, por ser un daño prioritario, autónomo, unitario, no reidual (garantizando la igualdad), el cual es expresión directa de la dignidad humana, y ampara principios como la igualdad y la solidaridad, lo cual se desarrollará a continuación.

2.1 Daño prioritario y autónomo

Conforme a CORTÉS, inicialmente, el daño a la salud no era considerado como un daño en sí mismo, sino que se encontraba plenamente ligado al daño patrimonial del Lucro cesante, pues la lesión ocasionada a la integridad psicofísica se liquidaba según los días de incapacidad laboral. Toda vez que éste no era considerado un daño inmaterial.

La reparaciones con éstos parámetros empezaron a generar en las víctimas una sensación de injusticia generada por el hecho de que la reparación de la lesión sólo

145.[Consultado 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385>

era procedente cuando afectaba la renta de la víctima, limitando el valor hombre a su capacidad laboral. Por tanto, las personas que no desarrollaban ninguna actividad laboral no encontraban reparación alguna para dicha lesión, lo cual alarmó a los juristas quienes en búsqueda de una forma de enmendar el error, otorgaron soluciones aberrantes y carentes de lógica como la del caso Gennarino, donde se reparó la invalidez permanente de un menor con el salario que devengaba el padre, pues infirieron incorrectamente que el hijo seguiría la misma profesión de este.

Por tanto, intentando zanjar ésta problemática se crearon muchas figuras de daños, y una gran variedad de situaciones sintomáticas que conllevaron a reevaluar la figura por los juristas Italianos, los cuales se dieron cuenta que las ficciones no complementaban o reparaban las falencias que el daño a la salud presentaba, por lo que era necesario encontrar una vía alterna que permitiera que el daño a la salud fuera reparado conforme al criterio del “valor hombre”³³.

Así, CORTÉS parte de que después de tanta confusión doctrinal y jurisprudencial es hoy en día un daño autónomo y prioritario, otorgando la siguiente definición para iniciar su análisis: “El daño a la salud es cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de la capacidad para producir réditos.”³⁴

Para CORTÉS, el daño a la salud, es por consiguiente **autónomo**, pues la sola configuración de una lesión psicofísica producido por otra persona es suficiente para dar lugar a la reparación de ésta, sin necesidad de que a la par concurra otro daño, como el lucro cesante. Indica CORTÉS al respecto que “en presencia de una lesión a la integridad psicofísica el daño a la salud siempre debería ser resarcido en sí y sin consideración de ninguna otra circunstancia, mientras que el daño por

³³CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p.114

³⁴ *Ibíd.*,p.132

disminución o suspensión de las ganancias percibidas era solo eventual y debía probarse, de tal forma que una vez probado no sustituía, sino que se acumulaba al daño a la salud”³⁵.

Cabe resaltar, que éste daño forma sus bases sobre la existencia de un patrimonio biológico, el cual según GIL BOTERO “lejos de estar asociado con una mercantilización del derecho fundamental, supone el reconocimiento de una compleja estructura genética, fisiológica, psicológica y social que representa el ser humano.”³⁶

Además de su autonomía, para CORTÉS el daño a la salud reviste de una característica que lo ubica en un escalafón superior, el cual es que es un daño **prioritario** gracias a que su elemento central, del cual deriva su esencia, es el “valor hombre”. Este daño tiene una conexión directa con los principios constitucionales (principalmente con la dignidad humana) pues protege la lesión al derecho a la salud, el cual goza de carácter de fundamental. De modo que su fundamentalidad hace que su reparación sea prioritaria, pues “la liquidación del daño a la salud debe ser anterior a la liquidación de los demás tipos de daño que puedan concurrir con él, y por supuesto debe también prescindir de ellos para su liquidación.”³⁷

Al respecto, considera CORTÉS que la autonomía de un daño es una condición inexorable para cimentar en éste todo un sistema de reparación, y más aún cuando éste goza de una reparación prioritaria lo que lo eleva a una categoría superior al contar con mayor importancia frente a los demás.

³⁵ *Ibíd.*,p.114

³⁶ GIL BOTERO, Enrique. El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento.[En línea]. En: *Revista Digital De Derecho Administrativo*. Diciembre,2012. No.8,p.118. [Consultado: 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385>

³⁷ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p.134

2.2 Daño unitario

El daño a la salud es según CORTÉS, también un daño unitario, en primer lugar porque al comprender el daño físico y psíquico logra acoger las diferentes figuras de daño creadas por la jurisprudencia. Esto en razón a que ellas no gozaban en realidad de una autonomía propia como lo quería hacer ver la jurisprudencia, sino que eran consecuencias del daño a la salud como se mostró anteriormente, al haberse creado para solucionar los graves problemas que había generado la reparación de la integridad psicofísica ligada al lucro cesante. En consecuencia, ninguno de esos “daños” podía resarcirse separadamente, ya que todas resultaron ser consecuencias que agravaban o afectaban negativamente a la lesión corporal, pero no constituían una lesión en sí misma.

Ahora bien, es importante aclarar que CORTÉS no propone el daño a la salud como la sumatoria de esas figuras, sino que para éste “logra compendiar o reunir en sí toda una serie o tipos de daño que en precedencia eran considerados como autónomos por la doctrina y la jurisprudencia, tales como el daño a la vida en relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual, el daño a la capacidad laboral genérica, entre los más notables”³⁸.

Esto es fundamental, pues según CORTÉS, permite “ser el punto de encuentro de las diferentes áreas, para crear una sola materia que abarque todos los accidentes a la persona”³⁹. En otras palabras, “absorbió las categorías anteriores y se desarrolló como un modo de valoración de las consecuencias negativas que una lesión a la integridad psicofísica de la persona podría llegar a producir sobre el “valor hombre”⁴⁰. Por tanto, los demás derechos inmateriales deberán ser reparados a través del mecanismo de corrección del daño a la salud, y no de forma separada.

³⁸ *Ibíd.*,p.136

³⁹ *Ibíd.*,p.136

⁴⁰ *Ibíd.*,p.113

En segundo lugar, indica CORTÉS que es unitario toda vez que al buscar salvaguardar la dignidad humana hace insignificante la fuente que produjo el daño, por tanto el solo hecho de presentarse una lesión psicofísica da lugar a una reparación equivalente para las víctimas sin importar si fue causada por un accidente laboral, de tránsito, por un error médico etc. Así, logra acoger todas las posibles fuentes de los daños a la persona.

Por otra parte, CORTÉS indica que su carácter de unitario también recae en la omnicomprensividad de todos los asuntos de la persona, “pues en el momento de la liquidación del daño es necesario tener en cuenta todos los aspectos de la vida concreta del individuo que se ven alterados como consecuencia de la lesión”⁴¹. De ésta forma, CORTÉS indica que se ratifica el hecho de que el daño a la salud elimina las pseudo-figuras creadas por la jurisprudencia, pues en esencia reconduce todas estas manifestaciones de la persona y las encaja en el concepto de “salud”.⁴² Bajo este entendido, al comprender todos éstos asuntos los hace inoperantes, así como permite la reparación de otros derechos inmateriales que también encontrarían tutela en el daño a la salud.

Atendiendo a estas consideraciones, el daño a la salud para CORTÉS, NO es fraccionable, toda vez que no permite resarcirse por partes individuales por ser la integridad psicofísica un “todo”, permitiendo excluir las ficciones jurídicas mencionadas anteriormente. Lo anterior lo expresa CORTÉS al indicar que la integridad psicofísica es:

Una unidad, un conjunto, que se traduce en la versatilidad general del individuo para desarrollar cualquier actividad, en cualquier momento, y esa integridad no se puede descomponer en partes o fragmentos individuales (como p.ej., aptitud para el trabajo, capacidad sexual, integridad estética, posibilidad de llegar una vida de relación), para establecer el contenido del resarcimiento, pues tales partes o fragmentos no son otra cosa que simples irradiaciones o reflejos del

⁴¹ *Ibíd.*,p.137

⁴² GIL. *Op.Cit.*,p. 115

acto lesivo, acto que se hace apreciable y calificable en las consecuencias que de él se derivan, consideradas en su totalidad o, mejor, en su globalidad.⁴³

Para CORTÉS, el carácter unitario del daño permite que el daño a la salud sea un vehículo eficaz para contener la creación de nuevas voces de daños y para establecer muros de contención para la imaginación jurisprudencial y doctrinal, pues logra contener tanto las pseudofiguras, como los derechos inmateriales de menor relevancia y los aspectos concretos de la vida de la víctima, evitando que esas tipologías ficticias se sobrepongan y lesionen los principios de reparación integral y de enriquecimiento sin justa causa.⁴⁴

Así, los únicos daños inmateriales que deberán repararse son el daño moral, y el daño a la salud. Es importante precisar que el daño moral es un daño autónomo también, el cual se puede generar con independencia al daño a la salud. Asimismo, se le repara tanto a la víctima del daño a la salud, como a sus allegados o víctimas secundarias. El daño moral es distinto al daño a la salud de carácter psíquico, y aunque se dificulte su diferenciación básicamente indica CORTÉS que el daño psíquico “debe basarse en una alteración patológica de las funciones psíquicas del sujeto, mientras que el daño moral, se repite, debe quedar encerrado, por así decirlo, dentro de la subjetividad de la víctima”⁴⁵. Así, son distintos incluso en su reparación toda vez que el daño moral no es objetivable, a diferencia del daño a la salud.⁴⁶

⁴³ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p. 143

⁴⁴ GIL. Op.Cit.,p. 115

⁴⁵ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p.152

⁴⁶ Ibid.,p.156

2.3 Fundamento en la dignidad humana y el derecho a la salud

El daño a la salud cuenta con un respaldo constitucional muy fuerte, pues su protección salvaguarda la dignidad humana. Para CORTÉS, cualquier sistema de reparación debe tener como elemento central el principio de dignidad humana, al ser éste el núcleo esencial del individuo. Además, de éste “derivan su fundamento todos los derechos que se pueden estimar como inviolables”⁴⁷. Por tanto, para CORTÉS, el hecho de que el daño a la salud, el cual se basa en el derecho a la salud, se cimiente sobre el principio de la dignidad humana, es un factor determinante para considerarlo como el centro de los daños a la persona.

Quien vea vulnerado su derecho a la salud por causa de otro, merece una reparación, pues de ésta depende su realización como persona, debido a que “todo aquello que tienda a excluir al hombre de la comunidad, como sucede con una lesión a su salud, podrá ser entonces considerado como un atentado al principio de dignidad”⁴⁸.

2.4 Daño no reidual e igualitario

Además de ser un daño autónomo, de reparación prioritaria y unitario, el daño a la salud para CORTÉS, cuenta con una característica determinante para fundamentar en éste un sistema de reparación a los daños a la persona, que de hecho fue también la misma que le dio origen a éste, y es que es un daño que NO se configura por la afectación a la renta o las ganancias de la víctima, cosa que sí hacían las ficciones antes relatadas.

Esto conlleva a que además de anclarse en el principio de dignidad humana, el daño a la salud muestre fuerte conexión con el principio de igualdad, pues al desligarse

⁴⁷ *Ibíd.*,p.85

⁴⁸ *Ibíd.*,p.87

completamente de lo patrimonial permite que la reparación que se le haga a las víctimas sea equivalente sin importar que éstas devenguen ingresos distintos, lo cual no sucede con las demás pseudofiguras que ligaban su reconocimiento directa o indirectamente a la capacidad de producir réditos de la víctima o a cualquier aspecto patrimonial.

Dicha igualdad, según CORTÉS, permite que el daño a la salud se configure para todas las personas que hayan sufrido una lesión corporal por causa de otro, sin distingo de si realizan una actividad laboral, o del monto que devenguen, ni tampoco de las actividades específicas que la víctima realice en su vida cotidiana. En este sentido, CORTÉS pone de presente que “tanto la comprobación como la valoración y la liquidación del daño a la salud deben hacer caso omiso de cualquier referencia al patrimonio de la víctima”⁴⁹.

Por añadidura, para CORTÉS, el daño a la salud como centro de los daños a la persona garantiza la igualdad entre las víctimas, puesto que permite reparar a la víctima de forma objetiva al no atender a exclusivamente a particularidades o a la capacidad económica de la misma, sino que atiende únicamente a comprobar la lesión. Esta objetividad la logra gracias a la medicina legal, toda vez que se han creado diversos mecanismos de reparación, como el “criterio de punto elástico” por el cual a igual lesión igual reparación, mediante el establecimiento previo de tablas o baremos.

Así, ésta disciplina ha elaborado distintas tablas que orientan al juez conforme al grado de invalidez, el cual se “determina teniendo como parámetro la afectación de la funcionalidad que la lesión a la integridad psicofísica produce en la víctima para el desarrollo de los actos ordinarios de la existencia”⁵⁰. Éstas tablas son una compilación de lesiones, en las cuales cada una goza de un valor, donde resulta inevitable recurrir a porcentajes o puntos de invalidez, así como prestar especial

⁴⁹ *Ibíd.*,p.135

⁵⁰ *Ibíd.*,p.144

atención a las consecuencias negativas que genera la lesión a la integridad psicofísica. Vale la pena indicar, que para CORTÉS ésta objetividad que caracteriza la reparación del daño a la salud y a las tablas, no impide que el juez considerando las circunstancias particulares del caso, pueda aumentarla, pues ésta cuenta también con un parámetro que permite un alto grado de flexibilidad⁵¹ para aumentar la indemnización conforme a la cantidad de consecuencias negativas generadas, en la cual se requiere también de motivación judicial.

No obstante, es importante resaltar que CORTÉS reconoce que no se han alcanzado criterios homogéneos de liquidación del daño a la salud por parte de la jurisprudencia, por lo que considera necesario que sea el legislador quien establezca un método uniforme que impida que cada tribunal trate de manera distinta una misma lesión.⁵² Este método debe “acercar los valores pecuniarios que resultan de las liquidaciones diferentes del daño a la salud, aun en presencia del mismo método, por medio de una tabla única que sea de aplicación general y que represente una síntesis equilibrada de las posiciones vigentes”⁵³. Asimismo, según CORTÉS, esas tablas deben elaborarse teniendo en cuenta la sociedad en la que se aplicará. La valoración y la liquidación del daño a la salud presenta grandes aspectos controversiales que aún se discuten por la doctrina y la jurisprudencia, no obstante el avance más importante ha sido que la capacidad de producir ganancias ya no es un criterio que incida en alguna forma en la reparación del daño a la salud.

Para CORTÉS, esta igualdad también se alcanza al ser una lesión verificable por el médico legalista lo que la dota de gran objetividad, pues éste debe comprobar “que se produjo una lesión a la integridad psicofísica del sujeto, que de tal lesión se derivó la *disfunción* y en fin, que por esa circunstancia se presentó un empeoramiento en las funciones vitales de la víctima”⁵⁴.

⁵¹ *Ibíd.*, pp.121-122

⁵² CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p. 125

⁵³ *Ibíd.*,p. 125

⁵⁴ *Ibíd.*,p.146

Corolario de lo anterior, se puede decir que “la reparación por daño a la salud encontró dos momentos necesarios: de una parte se impuso la necesidad de una reparación igualitaria de base, en principio toda lesión igual debía corresponder una reparación igual; y de otra parte, se reafirmó la convicción de hacer referencia, para la liquidación del daño a la salud, a las particularidades del daño en concreto.”⁵⁵

No obstante, es importante resaltar lo dicho por GIL BOTERO, quien explica que esa dimensión dinámica que se le deja al arbitrio judicial no busca reparar la vida relacional o social de la víctima, sino que atiende a situaciones particulares que agravan la lesión para la persona en específico buscando reconocerle un monto adicional por ello.⁵⁶

Por tanto, para CORTÉS el daño a la salud como centro de los daños a la persona garantiza la construcción de un modelo fundamentado en la igualdad, que repara objetivamente a sus víctimas, y les asegura en todo caso que una misma lesión conduzca siempre a una reparación equivalente, sin importar que una devengue más que otra, o que realice más actividades en su agenda diaria, trazando una pauta para los demás daños a la persona.

2.5 Expresión del principio de solidaridad

Además de garantizar el principio a la dignidad humana y de igualdad, según CORTÉS el daño a la salud también es una expresión clara del principio de solidaridad, pues en éste caso, el interés lesionado, el cual es la salud, es de gran valor para la sociedad. Con el daño a la salud no se predica la solidaridad exclusiva del victimario con la víctima, sino de todo el grupo social con ésta, lo cual supone “asumir como propios, no los intereses del otro, sino los intereses del grupo, en una especie de responsabilidad colectiva”.⁵⁷

⁵⁵ *Ibíd.*,p.115

⁵⁶ GIL. *Op.Cit.*,p. 128

⁵⁷ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . *Op.Cit.*,p. 82

3. Contención de daños inmateriales

Conforme a lo enunciado anteriormente, es dable evidenciar que para CORTÉS el daño a la salud resulta ser la solución más efectiva para contener la proliferación de voces de daños que tiempo atrás ha venido generando la jurisprudencia y la doctrina, siendo por tanto indispensable para construir esas compuertas que hoy en día parece –para unos— pedir a gritos el Derecho de daños. Toda vez que éste (a diferencia de los demás) es un daño **autónomo**, pues siempre que una persona vea lesionada su integridad psicofísica merecerá una reparación por ese solo hecho, la cual es además **prioritaria** por proteger un derecho fundamental que es expresión máxima de la dignidad humana como lo es el derecho a la salud.

Con éste, según CORTÉS, se logra contener de manera efectiva ese desbordamiento que está amenazando al Derecho de daños con la creación de tantos daños como intereses existen, priorizando un derecho fundamental como lo es el derecho a la salud, pero sin dejar a un lado los demás derechos inmateriales los cuales serán reparados bien sea como mecanismo de corrección del daño a la salud, o mediante otras acciones no propias del Derecho de daños. Por tanto, al permitir acoger en su concepto todos los demás daños a la persona, logra postrarse como un daño integrador no fraccionable, que se repara junto con el daño moral por ser daños autónomos.

Esa contención de los daños, según CORTÉS, lo logra también pues su reparación comprende además todos los aspectos de la vida del individuo que se vean afectados con dicha lesión, eliminando totalmente las pseudo figuras jurisprudenciales que tanto daño le han ocasionado al Derecho de daños, garantizando una reparación integral. Por lo que como indica CORTÉS, el daño a la salud como centro “Significa contener, en buena medida, la proliferación incontrolada de voces y de tipologías de daño que corresponden a cada uno de los

intereses que se van abriendo paso como merecedores de tutela”.⁵⁸ Así, el daño a la salud adquiere su importancia al permitir “reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.⁵⁹

Indica CORTÉS, que el daño a la salud tiene además una estrecha conexión con los principios constitucionales, pues es una clara expresión del principio de dignidad humana, de igualdad y de solidaridad como vimos anteriormente, pues permite garantizar la realización de la persona y la salvaguarda de su núcleo esencial, asimismo logra igualar a las víctimas al permitir una reparación objetiva teniendo en cuenta la salud y no las actividades que cada una realiza, verificándose objetivamente la lesión, y porque no deja desprotegida a la víctima. Así, CORTÉS aduce que “Ningún otro daño como el que atenta contra el derecho a la salud logra hacer tan evidente la necesidad de una protección que, partiendo de los principios constitucionales, encuentre una expresión concreta, igual, digna y solidaria, por medio de las reglas que ofrece la Responsabilidad civil”⁶⁰.

El daño a la salud es entonces el centro de la reparación de los daños a la persona, pues indica CORTÉS que “considerar la integridad psicofísica como la parte esencial de la persona, como aquello que le es más inherente, significa poner al bien salud en el centro de la problemática del resarcimiento de los daños a la persona en general”⁶¹. Y como centro del sistema, se encarga de trazar una pauta en la valoración y liquidación que deberá seguir todos los daños inmateriales, pues de ésta forma habrá plena garantía del principio de igualdad.

⁵⁸ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p. 140

⁵⁹ GIL. Op.Cit.,p. 112.

⁶⁰ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* . Op.Cit.,p. 81

⁶¹ *Ibíd.*,p.139

Fue así como a partir de la experiencia Italiana con la reparación de los daños a la persona, CORTÉS ofrece un modelo que a su parecer soluciona los grandes inconvenientes que a lo largo de la evolución de éste tema se han presentado, el cual permite resarcir los daños a la persona de forma integral, evitando reparar doblemente un mismo daño como se venía presentando con las pseudofiguras, o testaferreros y al mismo tiempo acogiendo todos los aspectos que merecen reparación en los daños a la persona para no dejar lesiones sin reparación.

Por tanto, éste modelo valoriza el daño a la salud al ubicarlo como el centro de los daños a la persona logrando a través de éste reparar tanto la lesión corporal de forma general, como los efectos que se producen y agravan la lesión en los casos concretos, sin descuidar otros derechos inmateriales que también merecen ser tutelados, los cuales serán reparados como un mecanismo de corrección de éste o mediante otra acción que lo ampare.

Como corolario de lo anterior, para CORTÉS, el afán de la jurisprudencia y la doctrina de tutelar integralmente los intereses de las personas también se ve cumplido, por lo que al ser el daño a la salud autónomo, unitario, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico hace que su liquidación repare de forma integral a la víctima, y no suceda como con las pseudofiguras con las cuales se repara dos veces el mismo daño por resarcirse aparentes daños que carecían de autonomía, o por el contrario se dejen aspectos de la persona sin reparar.

Con esto, esperan doctrinantes como BUSNELLI y CORTÉS que el daño a la salud sea la piedra angular del sistema de reparación que oriente y regrese sus límites a la nueva responsabilidad civil que desde décadas atrás se ha venido formando. Por tanto, esperan que “los reiterados y recientes intentos italianos de “suprimir” el daño biológico mediante su “despedazamiento” (daño biológico tout court, daño biológico de leve entidad, daño biológico laboral y, aun, daño estético, daño a la vida de relación, daño a la capacidad laboral genérica) o por “ahogo” (en el gran mar del daño existencial), no se reflejen en el escenario europeo; y que el daño biológico,

nacido en Italia y allí en vía de “supresión”, renazca y regrese íntegro a operar en Italia como figura europea, emblemática de la “nueva” responsabilidad civil, que se va afirmando como expresión de los principios constitucionales.”⁶²

No obstante, cabría preguntarse si la propuesta que trae CORTÉS y BUSNELLI de limitar los daños a la persona mediante el daño a la salud resulta ser legítima al atender a un contexto histórico válido, y buscar limitar la imaginación judicial, o si por el contrario el centrarse en un único daño, en este caso el daño a la salud, podría ocasionar una grave lesión al principio de legalidad, al no acoger todos los daños que se encuentran en el ordenamiento jurídico, o al principio de reparación integral al no repararse en su totalidad los daños que se configuraron en una situación en concreto.

Cabe resaltar que el problema que se evidencia en la reparación integral se da propiamente en los daños inmateriales puesto que es donde la jurisprudencia y doctrina ha mostrado confusión e indecisión sobre los daños a reparar como se vio anteriormente, mientras que los materiales son matemáticamente reducibles a daño emergente y Lucro cesante, con lo cual existen un consenso pacífico al ser objetivamente cuantificables.

⁶² BUSNELLI, Francesco, *El daño a la persona*. Op.Cit., p.285-286.

CAPÍTULO 2: EL CONCEPTO NORMATIVO DEL DAÑO COMO VISIÓN EXPANSIVA DE LOS DAÑOS INMATERIALES

La pregunta que se suscita del capítulo anterior, es si la solución adecuada es establecer el daño a la salud como centro del sistema de reparación de daños a la persona, para contener la gran cantidad figuras que jurisprudencialmente se han desarrollado y que han desbordado el cauce que amenaza hoy los límites del Derecho de daños. Sin embargo, es preciso acotar que existen autores como JUAN PABLO DOMÍNGUEZ, quienes consideran que lo más importante no es buscar contener los daños inmateriales a toda costa, sino permitir que ésta disciplina repare todos los derechos que contempla el ordenamiento jurídico, pues de otra forma carecerían de todo contenido jurídico, y no existirían. Por tanto. el presente capítulo expondrá una solución distinta que se contrapone expresamente a la limitación y propone un ensanchamiento, para resolver la misma problemática que BUSNELLI y CORTÉS bien han detectado.

1. Contexto del autor

Antes de explicar la propuesta que realiza DOMÍNGUEZ frente a la reparación de los daños inmateriales, es importante comprender el contexto de la cual surge para poderla apreciar en su totalidad.

DOMÍNGUEZ, en contra posición a la doctrina tradicional, elaboró una propuesta de daño como sistema y no como un elemento de la responsabilidad,⁶³ en la cual planteó que el daño es un concepto normativo, en lugar de ontológico como lo asume la doctrina tradicional. En este sentido, partir del concepto de daño como un elemento ontológico implica considerar que el daño tiene existencia por sí misma, siendo la misión del hombre descubrirlo y describirlo, pues se toma el daño

⁶³ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 541

solamente como el menoscabo de cosas materiales, de hechos externos y visibles que son por sí mismos dañinos en todos los casos. No obstante, DOMÍNGUEZ se opone a dicha concepción, toda vez que como el Derecho se enmarca en el *deber ser* y no en el *ser*⁶⁴, el daño debe seguir esos postulados y ser un concepto plenamente jurídico, pues pertenece estrictamente al marco del *deber ser*, poniendo de presente que el daño es un concepto normativo.

El daño como concepto normativo es “la vulneración de deberes respecto de un derecho”⁶⁵. En este sentido, “no existe daño sino cuando existe una obligación impuesta por una norma jurídica a una persona en favor de otra, obligación que se ve incumplida”⁶⁶. Por ende, siempre que se hable de daño debe existir mínimo una relación jurídica, dentro de la cual un extremo esté obligado a hacer realidad un bien jurídico que el legislador le asignó al otro extremo, y haber incumplido con ese deber⁶⁷.

Para DOMÍNGUEZ, que el daño sea normativo implica que no sea jurídicamente posible analizar conductas, derechos y obligaciones de forma separada, y que por tanto un hecho aislado no pueda ser considerado un daño, al no tener relevancia para el derecho por sí mismo. Por tanto, para que un hecho adquiera relevancia requiere que la vulneración se genere con el incumplimiento de una obligación que el mismo ordenamiento impuso a una tercera persona, es decir, ser valorado como un bien jurídico merecedor de tutela y protección⁶⁸. Así toda conducta relevante para el Derecho necesariamente va ligada a un bien jurídico.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 41

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 47

⁶⁶ DOMÍNGUEZ. *Op.Cit.*, Contracubierta.

⁶⁷ DOMÍNGUEZ. *Op.Cit.*, p. 575

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 637

De esta manera, no todas las lesiones serán reparadas, pues existen algunas que permite el legislador⁶⁹, pues solo le interesa proteger los bienes jurídicos de aquellas conductas peligrosas que expresamente prohíbe (riesgos desaprobados), y no los protege de forma ilimitada.⁷⁰ Por tanto, si no existe una prohibición, y se genera una lesión, el lesionado no está habilitado por el ordenamiento para exigirle a ese tercero que se abstuvieran o que realizaran una conducta determinada, motivo por el cual en realidad nunca tuvo un derecho y por ende no se puede configurar un daño⁷¹.

Cabe resaltar, que para DOMÍNGUEZ un derecho no es un concepto abstracto que define el legislador, sino que es un concepto que solo se determina en concreto, al examinar las relaciones jurídicas que surgen entre personas⁷². Por consiguiente, para que surja un bien jurídico, se requiere al menos una obligación de un tercero, con respecto a un individuo, que haga que éste último tenga derecho a exigir determinado comportamiento a ese tercero.⁷³ Bajo este entendido, los derechos o bienes jurídicos que enuncia el legislador solo existen cuando otro tiene al menos una obligación frente a éstos, pues si no se pueden exigir, no surgen a la vida jurídica.⁷⁴

Por tanto, para DOMÍNGUEZ, es necesario entender el daño como un concepto relacional, pues haberlo visto como un mero hecho, hizo que se confundiera el derecho con su soporte material, y se desdibujaran los límites de la responsabilidad, por lo que hoy en día se toma un hecho, como la lesión a un brazo, como el daño a la salud, cuando la lesión *per se* y el derecho a la salud no son asimilables* En

⁶⁹ Como las lesiones que una persona genera a sus propios intereses.

⁷⁰ Ya que tampoco pretende anular todos los riesgos, pues de ser así se vería obstaculizada la dinámica social, pues el riesgo es inherente a ella. DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 555

⁷¹ *Ibid.*,p. 554

⁷⁵ La existencia de un bien jurídico solo se establece en el caso en concreto, donde se examina si una de las partes tiene una obligación con respecto a otra, que haga que éste último pueda exigir la realización u omisión de determinada conducta, es decir. Un bien jurídico surge como contracara a una obligación de un tercero. DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 545.

⁷³ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 571

⁷⁴ *Ibid.*,pp.544-545

consecuencia, con el Daño Normativo, el razonamiento correcto sería el siguiente, “el hecho que será sometido a valoración, que es incluido en el proceso a través del derecho probatorio por ser un hecho, es la pérdida de un brazo, no obstante, ese hecho bruto no significa un daño en sí, simplemente significa el deterioro de un objeto material, resaltamos, hasta allí no se ha presentado un daño en sentido jurídico”⁷⁵. Para poder determinar que esa lesión produjo un daño se requiere de un proceso valorativo en el cual se determine si para el caso en concreto existía un mandato, una obligación o una prohibición que constriñera a una persona a atentar contra ese brazo, para que acto reflejo el brazo sea considerado objeto de protección y gozar de un derecho o bien jurídico cuyo respeto puedo exigir, y en caso de haberse verificado los dos puntos anteriores, se debe proceder a valorar si dicha obligación fue efectivamente desatendida. Solo cuando esos tres elementos hayan sido verificados se puede hablar de un daño en sentido jurídico, por lo que como se evidenció, el solo hecho no es suficiente.⁷⁶

En efecto, para DOMÍNGUEZ el daño como concepto normativo conlleva a que el derecho de daños pase de ver el daño desde el punto de vista de la víctima donde lo importante es la lesión, para pasar a entenderlo desde el del victimario, es decir, de quien se encuentra en la obligación de respetar un derecho ajeno, siendo más relevante la obligación que la lesión.⁷⁷ Así, el nexo que debe existir entre demandante y demandado es un nexo social o jurídico llamado obligación.⁷⁸

Por último, es importante entender que DOMÍNGUEZ propone todo un sistema de responsabilidad cuando se refiere al daño como un concepto normativo, por consiguiente éste concepto permite determinar no solo cuál fue el daño, sino quién debe repararlo gracias a la importancia que le da a las obligaciones. Por tanto, como el ordenamiento contempla un sinnúmero de obligaciones, de éstas se puede

⁷⁵ *Ibíd.*,p.537

⁷⁶ *Ibíd.*,p.537

⁷⁷ *Ibíd.*,p.411

⁷⁸ *Ibíd.*,p.635

determinar que hay riesgos aprobados o desaprobados por el Derecho respecto de un bien jurídico concreto, los cuales crean estándares de comportamiento exigibles para quien tenga la obligación de evitar ese riesgo.⁷⁹ Por lo que solo responderá quien haya rebasado el riesgo permitido a través de una actividad prohibida, en un caso en concreto, siendo el riesgo un criterio objetivo. Responde entonces “el que convierta al mundo (social) en un lugar peligroso de manera desaprobada por el Derecho, si de ello surgen daños que quería evitar el legislador con la prohibición, y no otros”⁸⁰. Así, frente a los “daños”⁸¹ permitidos no habrá ningún halo de ilicitud, aún cuando no se esté de acuerdo con ello, ya que el Derecho solo quiere evitar transgresiones al riesgo permitido y no busca preservar bienes a toda costa, pues su ámbito se enmarca en las personas y sus conductas.⁸²

2. Propuesta basada en la reparación de derechos

Teniendo en cuenta su concepto normativo del daño, y analizando la problemática en la que se encuentra el Derecho de daños, DOMÍNGUEZ presenta una fuerte crítica hacia los daños inmateriales que se reparan en Colombia, pues lo único que han conseguido, es construir figuras anómalas, verdaderos testafierros que han buscado legitimar equivocadamente la reparación de unos derechos que cuentan con autonomía propia.

Para DOMÍNGUEZ, los juristas colombianos han tenido una desenfrenada necesidad de importar diferentes figuras de daños, sin tener en cuenta el contexto en el que surgen, y si éstas pueden adaptarse correctamente en un ordenamiento distinto como el nuestro. Por tanto, los juristas colombianos han prestado gran relevancia a los pasos que el Derecho de daños ha dado en Italia en cuanto a daños

⁷⁹ *Ibíd.*,p. 552

⁸⁰ *Ibíd.*,p. 563

⁸¹ No son daños en últimas porque no hay incumplimiento de una obligación.

⁸² *Ibíd.*,p. 556

inmateriales se trata, analizando conceptos como la capacidad laboral genérica, el daño a la salud, el daño a la vida en relación, y muchos otros que como vimos surgieron en Italia para solucionar un problema concreto que su sistema bipolar les implantó y les impedía reparar los daños inmateriales. No obstante, en Colombia se cuenta con un sistema mononormativo, en el cual se contempla una única norma general de responsabilidad, que habilita la reparación de cualquier tipo de daño, pudiendo reparar con plena libertad los daños inmateriales. Por tanto, nunca se necesitó traer de los cabellos a los daños inmateriales al mundo de los derechos patrimoniales ⁸³.

Si bien DOMÍNGUEZ afirma que es evidente la necesidad de frenar la imaginación judicial que ha permitido crear toda esta Torre de Babel que tanto daño le hace al Derecho de daños, considera que la forma más lógica no es limitar los daños inmateriales y reducirlos únicamente al daño a la salud como daño autónomo y unitario (como propone CORTÉS), ni intentar descubrirlos analizando las consecuencias de la lesión, como si el daño fuese un hecho observable y experimentable⁸⁴ (como tradicionalmente se ha hecho). Todo lo contrario, considera indispensable abrir el espectro de reparación a todos los daños inmateriales que se encuentren en el Derecho positivo, al ser el ordenamiento jurídico de cada sociedad quien define los daños.

De esta forma, considera equivocado pensar que nuestro ordenamiento jurídico no es claro frente a los daños inmateriales que deban ser reparados, y que por ello sea labor del juez establecerlos, puesto que en la normatividad vigente se han consignado una gran variedad de obligaciones frente a los individuos que componen la sociedad, las cuales establecen conductas positivas o negativas que terminan determinando como reflejo una gran serie de Derechos que cada sociedad quiere

⁸³ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 432

⁸⁴ Recordemos que la jurisprudencia y la doctrina ha desplegado su creación de daños mediante la observación de los hechos y sus consecuencias.

reconocer y proteger, y las cuales son en últimas el principal recurso del que debe partir el juez a la hora de establecer responsabilidad tanto por un daño material como inmaterial.

En virtud de lo anterior, la propuesta se centra en reparar toda lesión a causa de una obligación vulnerada, teniendo en cuenta el aforismo, traído a colación por HENAO al derecho de daños, que indica que “todo lo que no está prohibido está permitido.”⁸⁵ En otras palabras, deberán ser objeto de tutela resarcitoria tanto la lesión a los derechos consagrados expresamente en el ordenamiento jurídico, como los que surgen por ser todo aquello que se les permita a los ciudadanos hacer por no estar impedidos legalmente; facultades las cuales terminan siendo un derecho que merece igualmente protección y reparación. Recordando claro está, la aclaración que hace DOMÍNGUEZ frente a qué son bienes jurídicos y derechos.

Bien indica DOMINGUEZ que frente a la propuesta anterior encontraría muchas opiniones opuestas de estudiosos que opinen que apegarse a lo dicho únicamente en el ordenamiento jurídico es un error del cual la jurisprudencia ha luchado por evitar por considerar que es totalmente restrictivo para el juez. No obstante, basándose en HENAO, como se observó en el acápite anterior, éste aduce que acudirá al Derecho Positivo desde una perspectiva liberal, y que su propuesta debe leerse en un sentido negativo, es decir, indicando que solo podrá negársele la reparación a aquello que expresamente no esté prohibido por el Derecho positivo, en lugar de entenderse como que solo será reparable lo expresamente tutelado.⁸⁶ Así, para DOMÍNGUEZ su propuesta no es restrictiva, por el contrario la considera sumamente amplia al propender por la reparación de “todo lo que no esté prohibido expresamente por el derecho positivo, que esté siendo desarrollado o radicado en cabeza de un individuo”⁸⁷, que es en últimas un derecho para el ciudadano. Pese a

⁸⁵ HENAO, PEREZ. Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Citado por: DOMINGUEZ, Op.Cit.,p.478

⁸⁶ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 503

⁸⁷ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 505.

su aparente ensanchamiento, ésta propuesta es también en realidad una propuesta de contención como la de CORTÉS, solamente que es mucho más amplia, puesto que restringir la actividad jurisprudencial y doctrinal al ordenamiento jurídico es también una forma de restringir la creación de daños al ver limitada su imaginación.

Pero ¿por qué reparar todos los derechos? Es de común conocimiento que en el ordenamiento jurídico se encuentra la voluntad del legislador de elevar ciertas situaciones y condiciones a rango de bienes jurídicos a través de una valoración abstracta y el establecimiento de obligaciones que aten a un tercero a hacer realidad ese bien jurídico⁸⁸; pues considera que éstos deben ser protegidos para una buena convivencia en sociedad. Por tanto, lo que se desea al incorporarlos en la legislación es darles una protección real y efectiva, para configurar un modelo de sociedad. No basta con saber que se debe respetar a los demás un derecho, o que se tienen ciertas obligaciones respecto de terceros que no se deben incumplir, se necesita inexorablemente de un mecanismo que exija su reparación ante una eventual lesión, de una sanción materializable para brindarles la mayor protección a esos bienes jurídicos, so pena de que nadie se disuada de lesionarlos. Por ello, DOMÍNGUEZ considera que el punto de partida debe ser el Derecho positivo, pues el Derecho de daños debe garantizarle mecanismos de reparación a los bienes jurídicos protegidos en éste, ya que de no ser así “decaen de derechos en sentido jurídico a meras construcciones o afirmaciones morales”⁸⁹.

Para DOMÍNGUEZ, acudir al ordenamiento jurídico positivo resulta ser necesario para establecer de forma objetiva los daños a reparar, y cesar así la creación de aquellas figuras confusas y difusas que se han generado, dado que la normatividad existente “proporciona un vademécum mucho más claro de perjuicios indemnizables”⁹⁰. Así, la propuesta que realiza se centra en llamar a las cosas por

⁸⁸ *Ibíd.*,p.575

⁸⁹ *Ibíd.*,p.492

⁹⁰ *Ibíd.*,p.479

su nombre, al buscar en cada caso en concreto las obligaciones trezadas en dicha relación jurídica, las cuales terminarán reflejando la existencia de un bien jurídico y su eventual lesión, en lugar de buscar las consecuencias que un hecho produjo, pasando a reparar las lesiones a verdaderos derechos en lugar de los hechos.

Conforme a esta postura, acudir en primera instancia al ordenamiento jurídico es entonces la solución más acertada, pues es la única forma de respetar los principios de legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa, al permitirle a los ciudadanos ajustar sus conductas y actuar de manera coordinada al compelerlos a reparar solo cuando incurrn en conductas prohibidas por el legislador. Pero aún más importante, tomar el Derecho positivo como fuente de daños es lo que permite crear una sociedad y hacerla comprensible para sus miembros, pues eso implica respetar las normas que rigen la convivencia de la misma. Por consiguiente, indica DOMÍNGUEZ que es necesario encontrar en el ordenamiento los daños, pues “si se referencian directamente los derechos violados que están atrás de los hechos, se puede tener un baremo claro de qué se repara ya que están enunciados por el legislador, y, por esa vía, se abandonarían la caprichosa telaraña de testaferrros que abruma la capacidad de análisis del juez”⁹¹, y se contendría la creación de los mismos.

Opta por esta solución por considerarla la forma más lógica y jurídica de resolver el problema. En sus palabras, acude “a la solución más simple, ya que toma los derechos en sí (como se hace supuestamente en la actualidad), sin tomar más en cuenta estas construcciones ininteligibles (el daño a la vida en relación y similares), la cual es acudir al Derecho Positivo”⁹².

⁹¹ *Ibíd.*,p.539

⁹² *Ibíd.*,p.492

2.1 Daños que se deben reparar conforme a la clasificación de los bienes jurídicos según el derecho positivo

Como se expuso anteriormente, la propuesta de DOMINGUEZ se centra en reparar los daños que se lesionen en una relación jurídica. No obstante, se debe recordar que para DOMÍNGUEZ los bienes jurídicos enunciados por el legislador de manera abstracta en el ordenamiento jurídico no existen por ellos mismos y son insuficientes para establecer daños, toda vez que éstos solo se generan a través de las continuas relaciones entre los sujetos que conforman la sociedad. Se necesita del contacto con el otro para que se puedan trenzar obligaciones que den el surgimiento a los bienes jurídicos.⁹³ Así, lo que realmente se protege “no es un recurso, derecho o bien en si, sino la capacidad de ese recurso de ser usado por el demandante, es la relación de esa persona con el recurso o bien.”⁹⁴

Teniendo claridad frente a lo anterior y como anteriormente se ha mencionado, DOMÍNGUEZ considera que los daños que deben repararse son los daños normativos, sin clasificación alguna, sino que en cada situación en concreto el juez pueda determinar las obligaciones vulneradas sobre un bien jurídico. Esto en razón a que por la misma naturaleza del daño normativo, por ser un concepto relacional y concreto, no puede ser delimitado previamente de manera abstracta, ya que no siempre se está obligado para con alguien o algo, sino que estas obligaciones son dinámicas y van surgiendo según el rol que ocupemos.

Asimismo, DOMÍNGUEZ tampoco está a gusto con realizar una clasificación de los daños, pues no considera el daño como un elemento de la Responsabilidad, sino que lo ve como toda la responsabilidad, materia la cual no debe entenderse dividida por elementos sino como un todo integral, por lo que en últimas el daño normativo no es una clase de daño, ni un elemento, sino que es un esquema de

⁹³ *Ibíd.*,p.543

⁹⁴ *Ibíd.*,p. 549

responsabilidad completa que permite incluso determinar no solo el daño sino quién debe reparar.

Atendiendo entonces al concepto de daño normativo, para DOMÍNGUEZ debe repararse y protegerse a través del Derecho de daños todo aquello que no esté expresamente prohibido, y que constituya por ende un Derecho en favor de una persona, siempre que haya sido lesionado por el incumplimiento de la obligación de un tercero y cuya reparación no corresponda a otra disciplina.⁹⁵

No obstante, DOMÍNGUEZ pese a no estar de acuerdo con una clasificación de daños, y pese a considerar que para el Derecho de Daños es más importante las obligaciones, que los derechos, reconoce que si se pretende clasificar algo deberían ser las obligaciones pues son las verdaderamente relevantes para el Derecho de daños, pero indica que si debe adaptar su propuesta a la estructura tradicional del daño y clasificarlo, no tiene sentido acogerse a la clasificación italiana e inventar todas esas figuras de “daño”, cuando se podía acudir a la solución más sencilla, que es acudir al Derecho positivo, donde se cuenta con una clasificación de bienes jurídicos propuesta por VALENCIA ZEA⁹⁶, la cual es un cimiento teórico importante que ha venido decantándose por años, y que es de común aceptación, es adaptable a cualquier ordenamiento jurídico siendo entonces viable que marque la pauta para determinar qué daños deben ser reparables en cada sociedad a la hora de examinar el bien jurídico en abstracto. Es decir, que esta clasificación al ser general atiende a la normatividad que tenga cada Estado, la cual atiende a procesos históricos, económicos y sociales propios que se hayan vivido en estos.

Así, conforme a la clasificación de VALENCIA ZEA⁹⁷, los **derechos materiales** son:

- Los derechos reales, personales o crediticios.

⁹⁵ DOMÍNGUEZ. Op.Cit. p., 537

⁹⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil: Parte General y Personas*. Bogotá: Editorial Temis. 2000.

⁹⁷ *Ibíd.*

- Los derechos sobre bienes inmateriales
- Los derechos universales.

Estos derechos pueden traducirse en términos necesarios para la responsabilidad como Daño emergente y Lucro cesante, pues “son las únicas maneras de afirmar que se lesionó un derecho, y que su lesión se presentó de esas maneras particulares” .⁹⁸ Cabe resaltar que frente a ésta clasificación no existe controversia y resulta ser de común aceptación tanto por CORTÉS como por DOMÍNGUEZ, por lo que no es objeto de estudio de esta tesis. De ésta forma, cuando se produzca una lesión, por ejemplo, al derecho real de la propiedad de un vehículo, ésta se manifestará bien sea como Daño emergente por el daño al bien en sí, o un lucro cesante en el evento de que esa lesión afecte o suspenda un ingreso para la víctima, sin olvidar claro está el Derecho que se vio afectado.

La diferencia en la propuesta radica especialmente en los daños inmateriales, los cuales han sido objeto de debate por doctrinantes y juristas hasta el punto de llegarse a generar esa torre de babel que bien se mencionó en el primer capítulo. Por eso, este es otro elemento diferenciador de DOMÍNGUEZ con los demás teóricos y una forma de ajustar su propuesta un poco al entendimiento tradicional de esta disciplina, y asimismo para hacerla más materializable. Así, los daños inmateriales distan de ser el daño a la vida en relación, el daño moral, el perjuicio de agrado y todas aquellas figuras que el considera testafierros, si quiere insistirse en ver el daño como un elemento de la responsabilidad es mejor materializarlo en los verdaderos Derechos, claro está sin olvidar que para ello se requiere inexorablemente de la obligación.

Los **daños inmateriales**⁹⁹, son entonces:

- Los Derechos Humanos, de la personalidad o fundamentales,

⁹⁸ *Ibíd.*, pp 509-513

⁹⁹ VALENCIA. *Op cit.*

- Derechos familiares,
- Derechos Económicos Sociales y Culturales,
- Derechos Colectivos,
- Cualquiera que sea reconocido como bien jurídico por el legislador, o todo lo que no esté prohibido, y
- Derecho ambiental.

En este sentido, al acogerse a dicha clasificación, es importante resaltar que bajo la propuesta de DOMÍNGUEZ, los daños inmateriales no atienden únicamente a la persona humana de forma individual, como pretende CORTÉS e incluso la doctrina y jurisprudencia tradicional, pues limitarlo a ello sería excluir otras posibilidades de valor, y “afirmar, por tanto, la primacía de la persona humana es un paso del *ser* al *deber ser* inadmisibles, ya que el Derecho no está determinado por los hechos (la persona humana), sino por lo que el legislador decida valorar, que puede ser cualquier cosa...”¹⁰⁰

Pese a que la persona humana es de máxima relevancia y debe tener un valor central en los distintos ordenamientos jurídicos, no por ello el legislador debe dejar de valorar cualquier otra cosa como un bien jurídico tutelable. Así, con la clasificación dada anteriormente DOMÍNGUEZ da por sentado que los daños inmateriales pueden recaer también en una colectividad, o en el medio ambiente, lo que de entrada indica que los daños inmateriales no son sinónimo de los daños a la persona.

Nótese también que la propuesta que realiza sobre los daños inmateriales que se deben reparar no se ve limitada únicamente a los derechos que consagra la Constitución (como CORTÉS), sino que hace alusión a todo lo que el legislador tenga la posibilidad de legislar, pues todo ello es objeto de estudio del Derecho de

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p 498

daños¹⁰¹. Además, es una clasificación dinámica, pues al partir del derecho positivo, esta puede aumentar “porque el derecho no está atado a la realidad, y porque en un futuro se pueden reconocer más.”¹⁰²

Habiendo establecido una clasificación de derechos materiales e inmateriales, es importante resaltar que la diferencia existente entre estos se da en términos monetarios, pues los primeros por su naturaleza pueden ser reducidos a dinero, mientras que los otros no. Sin embargo, DOMÍNGUEZ es enfático en que dicha dificultad que presentan los daños inmateriales no deben cuestionar su reparación, pues esta siempre debe darse, la única duda que puede surgir frente a estos es la forma de realizar la reparación.¹⁰³

Así, bajo esta propuesta cuando el juez deba analizar un caso de responsabilidad, debe acudir a este *vademécum* de Derechos, después de haber verificado las obligaciones trenzadas para identificar si alguno de ellos efectivamente existe, y si ha sido lesionado por un tercero que estaba en la obligación de respetarlo. Una vez determinado el daño, es decir, cuando se hayan verificado todos los elementos requeridos, el juez procederá obligatoriamente a la reparación. Cabe anotar que en la presente postura dicha reparación se establece mediante el uso del arbitrio judicial, el cual es propio de la función judicial.

En conclusión, la clasificación aquí presentada, pese a que no debería hacerse conforme a DOMÍNGUEZ, será la que permitirá nombrar los daños para armonizar la propuesta con las teorías tradicionales, es decir, si una persona tenía la obligación de evitar que una persona muriera en determinada situación, e incumple dicha obligación, efectivamente surge un daño normativo que no necesita de clasificación, sin embargo podrá indicarse que en dicho caso se ocasionó un daño a la vida, el

¹⁰¹ *Ibíd.*,p 499

¹⁰² *Ibíd.*,p 517

¹⁰³ *Ibíd.*,p 510

cual fue el bien jurídico del que la víctima se volvió acreedor en dicha situación. Por lo tanto, los daños estarán denominados conforme a las lesiones a derechos concretos que surgieron de una relación jurídica determinada, en virtud de las obligaciones encontradas, sin necesidad de acudir nunca más a conceptos como el daño a la vida en relación, el daño a las condiciones de existencia, el perjuicio de agrado entre otras figuras ya mencionadas.

Así, DOMINGUEZ pretende garantizar que el Derecho de daños repare todos aquellos daños que se encuentran en el ordenamiento jurídico, y que en ningún caso deje de reparar verdaderos derechos (los cuales solo surgen como reflejo de una obligación), ni se utilicen figuras anómalas para repararlos, pues éstos no necesitan de coartadas, ya que el mismo ordenamiento debe garantizar su reparación. De esta forma, la problemática en la que está inmersa la materia se ve menguada, toda vez que limita la capacidad del juez a reparar solamente los daños que están en el Derecho positivo por encontrarse en éste las obligaciones que configuran verdaderos derechos, siendo garantía para la libertad de todos los sujetos de derecho y plena aplicación del principio de legalidad. Además, lo anterior resulta ser útil para la presente investigación, pues permitirá tener un panorama más claro de daños a reparar a la hora de examinar la aplicabilidad del principio de legalidad y de Reparación integral al final de este trabajo.

3. Oposición al daño a la salud como centro de daños inmateriales

La propuesta de DOMINGUEZ se edificó en contraposición a la teoría de CORTÉS, pues éste no considera expresamente que la solución más idónea sea limitar la “reparación de todo tipo de derechos (verdaderos derechos) a favor de uno privilegiado”¹⁰⁴ como supone CORTÉS por las razones que se expresarán a continuación brevemente.

¹⁰⁴ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 458

En primera medida, para DOMÍNGUEZ acatar en su totalidad la propuesta de CORTÉS desencadenaría la desprotección y la anulación de muchos derechos, toda vez que reduce la reparación de los daños inmateriales a un daño principal, el daño a la salud. Dicha reducción, saca paralelamente del ordenamiento jurídico a todos los demás derechos que pese a estar consagrados en la ley no serán reparados dejándolos completamente desprovistos de protección. En este sentido, cuando un derecho no es protegido por el ordenamiento o no se repare ante una eventual lesión, no podría considerarse un derecho en sentido jurídico.¹⁰⁵

Adicionalmente, la limitación que CORTÉS pretende conlleva a que se considere la dignidad humana como la única fuente de daños inmateriales,¹⁰⁶ excluyendo otro tipo de daños inmateriales cuyo origen diste de esta fuente, es decir, que no pertenecen al núcleo de inviolabilidad de la persona, ya que existen otras medidas para repararlos. Dicha exclusión, también se soporta en que estos daños no pueden ser reparados pecuniariamente, motivo por el cual se deberá acudir a otras acciones distintas a la aquiliana. Sobre éste último punto, DOMINGUEZ aduce que todos los daños inmateriales deben ser tenidos en cuenta sin importar si su origen es la dignidad humana, o si pueden ser reparados pecuniariamente o no, ya que “para toda clase de daños es posible toda clase de reparación”¹⁰⁷, por lo que el hecho de que sea susceptible de reparación pecuniaria es un problema que solo gira en torno a si puede ser cuantificado o no, pero no si debe repararse o no¹⁰⁸. No es pertinente cerrar el espectro a la acción aquiliana en este sentido pues en su naturaleza está el reparar todo tipo de daños al ser una acción residual, pues pese a que existan otras medidas como la tutela o la acción popular, estas son acciones de reparación

¹⁰⁵ *Ibíd.*,p.459

¹⁰⁶ *Ibíd.*,p459

¹⁰⁷ *Ibíd.*,p.460

¹⁰⁸ *Ibíd.*,p.461

especiales con un rango de aplicación muy limitado el cual no es suficiente para brindarle protección a todos los daños inmateriales¹⁰⁹.

Por lo tanto, la acción de responsabilidad es y debe permanecer siendo una acción residual, la cual repare todo aquello que no sea reparado o atendido por acciones especiales, pues solo de esta forma se les da contenido jurídico obligatorio a todos los mandatos que pese a haber sido establecidos por el legislador, no se encuentran respaldados por una acción especial¹¹⁰. Sostener lo contrario ocasionaría un retroceso en la protección de los derechos¹¹¹.

Por otra parte, DOMÍNGUEZ considera que CORTÉS y todos los juristas que desarrollaron la tipificación de daños inmateriales, fallan al considerar que el daño es un hecho ontológico que puede estudiarse por separado y que cuenta con existencia propia, en lugar de tomarlo como un simple dato jurídico.¹¹² A consecuencia de ello, entiende que los daños sólo pueden analizarse normativamente, considerando que “lo único relevante para el Derecho es el deterioro de un derecho producido faltando a los deberes de una persona diferente del titular respecto de ese derecho..”¹¹³ y no el hecho como tal o las cosas físicas. Con ocasión a lo anterior, para este no resulta pertinente proporcionar una solución que continúe acudiendo a la imaginación judicial, sino al derecho positivo como se explicó con anterioridad.

Adicionalmente, para DOMÍNGUEZ no es conveniente localizar a la víctima como el centro del derecho de daños, lo cual ha sido muy común en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en CORTÉS, toda vez que el objetivo de la responsabilidad es prevenir la ocurrencia de daños y no su reparación o distribución.

¹⁰⁹ *Ibíd.*,p.475

¹¹⁰ *Ibíd.*,p.506

¹¹¹ *Ibíd.*,p.475

¹¹² *Ibíd.*,pp.411-412

¹¹³ *Ibíd.*,p.413

No obstante, argumenta DOMÍNGUEZ que si se quiere brindar mayores garantías a la víctima, hay otras ramas del Derecho cuya finalidad sí se encuentra alineada con dicha pretensión como lo es la seguridad social o el contrato de seguros¹¹⁴. De ahí, como contrapropuesta centra al victimario como actor principal del derecho de daños.

Es así como para DOMÍNGUEZ la solución al problema que hoy enfrenta el Derecho de Daños planteada en el capítulo anterior, no se resuelve de forma acertada con la propuesta de CORTÉS, pues estas compuertas que han intentado construir acrecientan el problema pues “muchos derechos quedan como meras intenciones o declaraciones vacías del legislador”¹¹⁵; motivo por el cual éste sostiene que la reparación de los daños inmateriales debe redirigirse a la reparación de todos los derechos que se vean lesionados, para solucionar el problema existente, sin sacrificar esos bienes jurídicos que quiso proteger el legislador, al momento de configurar las normas que rigen la convivencia de nuestra sociedad.

4. Contención de daños inmateriales:

En conclusión, para DOMÍNGUEZ la forma en que hoy en día se aplica el Derecho de daños, específicamente sobre los daños inmateriales, resulta estar equivocada. Yerro que tampoco es solucionado por teorías como la de CORTÉS y BUSNELLI, puesto que dejan abiertas grandes problemáticas que generan un retroceso en la protección de Derechos por dejar inermes los verdaderos Derechos del Ordenamiento jurídico, bien sea por darle privilegio a algunos, o por considerar que la acción aquiliana no es la adecuada para reparar dichos daños inmateriales.

¹¹⁴ *Ibíd.*,p.359

¹¹⁵ *Ibíd.*,p.491

Por tanto, para DOMÍNGUEZ pese a que sí deben crearse compuertas que contengan la creación de daños inmateriales, no considera adecuado reducir la reparación de los mismos a dos únicos daños al poderse vulnerar la voluntad del legislador al no tener en cuenta bienes jurídicos que éste previamente valoró como merecedores de tutela por ser normas de convivencia¹¹⁶. Por el contrario, para limitar esa creación, propone acabar la imaginación judicial, al obligar al juez a reparar únicamente los daños normativos que se encuentran en el ordenamiento jurídico, que no sean objeto de reparación de otra disciplina, al ser el Derecho de daños una materia de cierre y residual. Claro que ésta visión es un poco más generosa que la de CORTÉS, pero cumple con la misma función de crear compuertas que eviten que se desborden los límites del Derecho de daños, al eliminar todas las pseudofiguras o testafierros que crearon el problema y proporcionar un vademécum sólido y objetivo de daños a reparar. Por ello, DOMINGUEZ busca plantear una posición conceptual, la cual no tiene por objeto menguar la responsabilidad sino devolverle a la Responsabilidad Civil el fundamento que lo caracteriza.

Para zanjar el problema lo que se necesita conforme a esta postura es reparar verdaderos daños, siendo incluso necesario cambiar el concepto tradicional de daño, por uno acorde a la realidad y la naturaleza del Derecho mismo, el daño Normativo, el cual es un daño relacional, que surge del encuentro entre individuos, de la interacción social y por tanto es necesariamente circunstancial. Concepto con el cual los hechos aisladamente no podrán generar daños, ya que no todos gozan de relevancia jurídica, pues solo serán importantes aquellos hechos que transgredan un Derecho reconocido por el Ordenamiento jurídico, tras haberse incumplido un deber que estaba en cabeza de un tercero distinto al acreedor de ese Derecho. Es un daño que debe estar ligado únicamente al *deber ser*, por pertenecer a la ciencia jurídica la cual únicamente se mueve en ese campo. Así, desde el punto

¹¹⁶ *Ibíd.*, p 508

de vista normativo, “daño es la vulneración de deberes respecto de un Derecho”¹¹⁷, y el nexo necesario para imputar responsabilidad no es nada más que la obligación de no vulnerar dicho derecho. Es importante recordar que el surgimiento de éste daño solo se da cuando se analizan las personas, sus derechos y obligaciones en colisión, no basta centrarse únicamente en el bien jurídico de forma abstracta y aislada.¹¹⁸

Bajo esta concepción de daño que para DOMÍNGUEZ no es un elemento, sino que abarca toda la responsabilidad, solo le será imputable de la comisión de un daño a quien haya incumplido con su obligación, es decir, que incurra en riesgos prohibidos y que conforme a su rol no se ciña a las obligaciones que este le impone. Así, el nexo siempre será la obligación, la cual goza de un gran protagonismo en esta postura, al considerar que el centro del Derecho de daños es el victimario y no la víctima como tradicionalmente se asume.

En últimas la propuesta de DOMÍNGUEZ, conforme a la clasificación antes mencionada, se centra en reparar todos los Derechos que sean reconocidos por el ordenamiento jurídico de una sociedad, valga la aclaración, Derechos verdaderos soportados en una obligación y no meras enunciaciones abstractas del legislador; sin distinguir si son fácilmente reparables en dinero o no, o si pertenecen a una persona individual o a un colectivo, pues todo Derecho merece ser reparado so pena de quedar desprovisto de contenido jurídico, y de ser sacado arbitrariamente del ordenamiento. Por eso, no se debe limitar al daño a la salud, o acudir a un testamento, toda vez que jurídicamente estos ya gozan de protección. Aduciendo además, que es el juez el capacitado y habilitado legalmente para indicar la forma de reparación en ejercicio de su arbitrio judicial.

¹¹⁷Ibíd.,p. 47

¹¹⁸ Ibíd.,p.547

No obstante, frente a esta propuesta quedan algunos interrogantes latentes al momento de la reparación, en razón a que el arbitrio judicial resulta ser un criterio muy amplio que puede entorpecerla cuando esta no sea innatura por no existir unos baremos definidos.

Por último, habiendo examinado ya dos teorías que buscan darle respuesta a esa gran maraña de daños inmateriales que existen hoy en día, con el que ni doctrina ni jurisprudencia nacional e internacional logran ponerse de acuerdo, es importante resaltar que ambos doctrinantes se olvidaron mencionar principios de suma importancia para el Derecho de daños, como la reparación integral y el principio de legalidad, por lo que resulta ser de gran envergadura analizar si estas dos soluciones resultan ser legítimas a la luz de estos principio, es decir, si bien una contención de los daños inmateriales es compatible con el principio de legalidad y de reparación integral, o si por el contrario es el ensanchamiento fundado de los mismos el que mejor lo materializa, lo cual será objeto de análisis del siguiente capítulo. Lo anterior, con aras de encontrar la mejor solución para el problema de la torre de babel que se ha generado en el Derecho de daños.

CAPÍTULO 3: LA REPARACIÓN INTEGRAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO CRITERIOS DECISIVOS.

Tras haber analizado ya dos posturas opuestas y distintas a la que han asumido hoy en día la mayoría de países en Latinoamérica en cuanto a la reparación de daños inmateriales, la pregunta que se suscita es si resulta conveniente limitar la reparación de daños inmateriales al daño a la salud por ser un daño prioritario, autónomo, unitario, igualitario, fundamentado en la dignidad humana, o si por el contrario se debe abrir ese espectro para sancionar todas las obligaciones incumplidas y reparar todos aquellos derechos lesionados por dicho incumplimiento (derechos que no son la mera definición abstracta del legislador, sino que surgen de la existencia de una obligación frente a esa persona en una circunstancia específica) con el fin de evitar que se continúen propagando y reparando una multiplicidad de figuras de daños que no cuentan con un asidero legal sólido, sino que se respaldan más que todo en la imaginación de los juristas y en las figuras importadas sin contexto. Por tanto, se analizarán ambas posturas para determinar cuál de éstas cumple mejor con el objetivo anteriormente planteado y debería implementarse como clasificación de daños inmateriales.

Para alcanzar dicho objetivo, resulta pertinente traer a colación dos principios, el principio de legalidad y de Reparación integral, bajo los cuales se examinarán los postulados de cada postura anteriormente expuesta, que permitirán determinar respectivamente cuál privilegia e incluye mayormente los daños que reconoce el ordenamiento jurídico, el cual da una medida más objetiva, y en el mismo sentido, de esos daños considerados como reparables, cuál garantiza la reparación de todo el daño sufrido.

1. El principio de legalidad

El principio de legalidad resulta ser de suma importancia para cualquier disciplina del Derecho, pues acogerlo significa reconocerle valor a ese ordenamiento jurídico que cada sociedad ha establecido para regularse y comportarse. Si bien es un principio que ha sido bastante cuestionado por las dificultades que se presentan al momento de su aplicación¹¹⁹, es pertinente traerlo a la presente investigación pues aplicarlo en el Derecho de daños brinda mayor seguridad jurídica, toda vez que considerar el ordenamiento jurídico como única fuente de daños del cual se puede extraer aquellos daños que como sociedad se busca prevenir y reparar, es a todas luces más objetivo que tratar de hallarlos en la imaginación de los diferentes juristas y doctrinantes, como tradicionalmente se ha realizado.

El principio de legalidad ha sido definido como un principio fundamental conforme al cual el poder público “está sujeto en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores”¹²⁰, sometiéndose en este sentido a la ley y no a la voluntad de las personas. En este sentido, este principio atiende de forma general a la conformidad entre el acto y la ley que debe existir en las actuaciones de los servidores y poderes públicos, so pena de invalidez¹²¹. Dicha sujeción a la ley se desprende de considerar a la misma como la máxima “expresión de la voluntad general”¹²², por lo que nadie puede estar por encima de ella, en aras de proteger el interés general que se encontraba anulado por las monarquías.

¹¹⁹ Como la necesidad de dotar a las normas jurídicas de un significado al contar esta por sí misma de la claridad suficiente para hacerla cumplir exegéticamente, o la ampliación de las fuentes del derecho que sanciona, relativizando las exigencias de la ley previa y escrita. JAÉN. Op.Cit.P.56

¹²⁰ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo General y Colombiano. Bogotá: TEMIS.2017.p,315

¹²¹ *Ibíd.*p.315

¹²² MAGALÓN PINZÓN, Miguel. La revolución francesa y el Derecho administrativo Francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. [En línea]. En: *Diálogos de saberes; investigaciones y ciencias sociales*. 2005. N°23.p.172,. [Consultado:9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1706971.pdf>

Recordemos que por muchos siglos, las Monarquías impusieron su voluntad de forma arbitraria y deliberada, concentrando todos los poderes, y ejerciéndolos sin límite alguno. Sustentándose en que la única fuente de Derecho válida era la “persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios”¹²³, lo cual implicaba que éste pudiera realizar cualquier tipo de actuación de manera legítima. No estar sometido a normas obligatorias, significaba para el Monarca, contar con todos los derechos frente a los subordinados, los cuales por el contrario no contaban con ninguno frente a éste.¹²⁴

Amparados por el argumento anterior, durante esta técnica de gobierno, se cometieron graves y atroces injusticias que anulaban el interés general, pero más importante, la libertad de todos los individuos, al poder sancionarlos por cualquier acto que el gobierno considerara contrario a sus intereses. Así, evidenció CESARE BECCARIA en su libro *De los delitos y las penas*, que al residir todo el poder en un grupo limitado de personas, éstos abusaban de su poder de castigo perturbando la dignidad humana y la libertad de los individuos, al legitimar el establecimiento de distintas sanciones ante el mismo acto cometido, realizar acusaciones secretas, acudir a la tortura como un medio válido para obtener información y utilizar “Juicios de Dios” como las pruebas del fuego y del agua hirviendo, entre otros actos despóticos.¹²⁵

Ante tal descontento, surge el principio de legalidad como reacción a la absoluta arbitrariedad de las Monarquías, y la inseguridad jurídica que ello generaba; lo cual dejaba a los individuos desprovistos de libertad en su actuar, retomándose la idea de que se necesitaba imponer un límite a la autoridad. Dicho pensamiento, desembocó en la instauración del Estado de Derecho, donde el poder ya no residía

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMON, FERNANDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas. 2017.,p.432.

¹²⁴ RODRIGUEZ. Op.Cit. p,15.

¹²⁵BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Bogotá:Editorial TEMIS. 2006.

en el gobierno, pues éste debía ser encarnado y controlado por el pueblo¹²⁶, cuya voluntad debía ser la fuente principal del Derecho que los rige, la Ley, realizada por un órgano colegiado de representación popular. No obstante, “No se trataba sólo de desplazar del Rey al pueblo el origen del Derecho y de reducir todos los actos singulares de mando a la mera particularización de leyes generales; todo ello está en servicio de una idea sustancial de Derecho, que no es la de pretender *la glorie del´Etat*, o la realización de un <<orden moral>> y transpersonal, sino la de asegurar *la liberté du citoyen*, la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como simple súbdito pasivo, respecto de un poder ajeno y trascendente.”¹²⁷

En virtud de este principio, la Ley se convirtió en la principal protagonista dentro del Estado, instaurándose una “técnica de gobierno por leyes generales y no por hombres con decisiones caprichosas y singulares”¹²⁸, con lo cual el ordenamiento jurídico se constituye como una forma de limitar el poder del Estado y brindar seguridad y garantías para los que se encuentran sometidos a éste al poder ajustar su comportamiento, y protegerse de la arbitrariedad y el abuso del poder; y por otro lado, por manifestarse en ella la voluntad popular, y materializarse los fines e ideales de una sociedad, y no de una persona singular como ocurría en las monarquías.

Éste principio, concretado en la revolución Francesa tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, funda sus bases en la tradición contractualista de teóricos como ROUSSEAU, LOCKE y MONTESQUIEU, apoyado también por autores como BECCARIA, en el cual se plantea la necesidad del control del poder mediante la división del mismo, y el establecimiento de una normatividad

¹²⁶ VELÁSQUEZ, Fernando. El principio de legalidad jurídicopenal. [En línea]. En: Nuevo Foro Penal, [S.l.], n. 32, p. 252-269, dic. 2016. ISSN 2539-4991. [Consultado 8 de Noviembre de 2018] Disponible en internet: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4301>

¹²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMON. Op.Cit.,p.432

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución.[En línea]. En: *Revista Española de Derecho Constitucional. Enero-abril 1984.Vol.4Núm.10.p.20*. [Consultado 8 de Noviembre 2018]. Disponible en Internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249929.pdf>

común establecida por los individuos, quienes desde el inicio de los tiempos decidieron cederle parte de su libertad al Estado para autolimitarse y alcanzar la existencia de una sociedad política, determinando así en estas leyes lo permitido y lo prohibido, las obligaciones y los derechos.¹²⁹ En consecuencia, el hombre ha sometido su libertad a un poder civil que “consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de esa sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige”¹³⁰. Dicha cesión de libertad, corresponde únicamente a la mínima porción posible, con la cual se pueda inducir a las demás personas a cumplir las normas para ordenarse en sociedad y desviar el ánimo despótico con el que cada uno de los hombres cuenta. Por tanto, a la esfera de libertad restante debe garantizársele una debida protección.

Bajo este entendido, esa cesión solamente es válida, si dentro de la sociedad es posible castigar a quienes no se ajusten a las normas, pues de lo contrario se viviría en un estado de zozobra e inseguridad, donde no sería viable coordinar las conductas de los individuos. Así, muy bien indicaba BECCARÍA que para preservar ese orden jurídico eran necesarios unos motivos sensibles que pudieran desviar el ánimo de transgredir las normas y contar con libertad absoluta, motivos que no son más que las penas establecidas contra los infractores de la Ley,¹³¹ pues en últimas, que no exista garantía del cumplimiento de las normas disuadiría a todos de cumplirlas, desencadenando una descoordinación social, toda vez que no se verían reducidas las expectativas sociales, por lo que no se sabría a qué atenerse, y se incumplirían a todas luces los fines del Derecho.

Es por ello que hoy en día es de común conocimiento que nuestra libertad para actuar no es ni debe ser absoluta, y que debe enmarcarse en la ley, la cual es una pauta de comportamiento de obligatoria observación. Este sometimiento a la norma

¹²⁹ JAÉN. Op.Cit. P. 32

¹³⁰ LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Madrid: Ed. Aguilar. 1981. P.19

¹³¹ BECCARIA, Op.Cit., pp.10-11

aplica tanto para cualquier ciudadano (entendiéndose como el principio de legalidad en forma genérica), como para los poderes públicos (el principio de legalidad administrativa), aún cuando cada uno de ellos lo hace de forma diferente.

Si bien los ciudadanos están sometidos al imperio de la ley, su comportamiento se vincula negativamente¹³², entendiendo que la ley constituye un límite para el ejercicio de la libertad de acción, donde se aplica el aforismo “lo que no está prohibido, está permitido”. En este sentido, para restringir una conducta¹³³ a una persona, se hace indispensable la existencia de una prohibición expresa en la ley, con su respectiva consecuencia jurídica, teniendo la ley un efecto limitador y obligante.

Por otro lado, para los poderes públicos la doctrina ha estado en constante discusión del tipo de vinculación que se ejerce¹³⁴. No obstante, el presente trabajo tomará la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA, donde el principio de legalidad en la administración se establece con una vinculación positiva¹³⁵, en el cual la administración solo está habilitada para actuar cuando expresamente una norma previa lo ha autorizado, contemplado en la máxima “lo que no está permitido, está prohibido”, o en otras palabras, se entiende que “ toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa”¹³⁶.

Sin embargo, se aclara que pese a la primacía de dicho vínculo, los funcionarios gozan en ciertas ocasiones de discrecionalidad en su actuar, lo cual no rompe el

¹³² WINKLER Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verurtheilungsakt, Wicn.p.36. Citado por: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos. [En línea]. En: Revista de Administración Pública, (S.F). Núm 027. p.77. ISSN 0034-7639. [Consultado: 7 de Noviembre de 2018]. Disponible en Internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112350>

¹³³ Conducta que puede ser la de ocasionar un daño a un bien jurídico ajeno.

¹³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos. [En línea]. En: Revista de Administración Pública. 1958. Núm 027.,p.77. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112350.pdf>

¹³⁵ *Ibíd.*,p.80.

¹³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN, FERNÁNDEZ, Tomás. Op.Cit.,p433

vínculo, pues dicha facultad se encuentra también amparada en una norma y no por ello la ley deja de tener un efecto habilitante sobre la administración. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA “al margen de la Ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido: sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento.”¹³⁷

Conforme a lo anterior, es pertinente analizar el principio de legalidad como *principio rector de las sanciones*, el cual permite evidenciar cómo las sanciones que impone el Derecho de daños deben estar permeadas por el mismo si quieren ser aplicables; así como el principio de legalidad como *principio rector del ejercicio del poder público*, el cual ilustra el por qué en el Derecho de daños el juez debe acogerse al ordenamiento jurídico a la hora de establecer (no crear) los daños a reparar en un juicio de Responsabilidad. Para finalmente concluir, cuál de las dos posturas permite la materialización de éste y toma como fuente exclusiva de daños la ley.

1.1 El principio de legalidad como principio rector de toda sanción

Como vimos, el principio de legalidad se ha erguido como una garantía a la libertad de los individuos, en razón a que éste principio al establecerle un límite a la intervención punitiva del Estado, le garantiza al ciudadano actuar limitado únicamente por aquello que se encuentra expresamente prohibido en la Ley. En este sentido, tanto la configuración de las conductas a sancionar, como las consecuencias jurídicas de las mismas, deben regirse por el imperio de la ley.

Así, el legislador encarnando la voluntad popular, impuso unos límites para las autoridades al momento de sancionar una conducta para restarle discrecionalidad a éstas y prevenir la arbitrariedad; los cuales se traducen en garantías

¹³⁷ *Ibid.*, p. 80

fundamentales para los ciudadanos y deben ser observados siempre que legítimamente se pretenda aplicar una sanción, los cuales se reflejan en “la prohibición de sancionar conductas penales o imponer penas que no estén previstas previamente en la ley”¹³⁸

Si bien este principio se expresa a través de prohibiciones para los funcionarios judiciales, para los individuos, se refleja en el principio de libertad como aducía FERRAJOLI, pues se traduce en el aforismo “lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que en esta no se ordena”¹³⁹. Por tanto, el ser humano puede comportarse según su convicción, recordando que sus actitudes positivas (de hacer) y negativas (de abstenerse) se encuentran limitadas solamente por el ordenamiento jurídico, bien sea en prohibiciones o en deberes que en éste se consagren. Solo en esa pequeña órbita de prohibiciones y deberes, podrá el Estado imponer una sanción, garantizando que lo que no se limite por la ley, será una órbita individual libre de intervención Estatal¹⁴⁰.

Para concluir lo anterior, el poder coercitivo del Estado utilizado al momento de aplicar una sanción, requiere siempre de la existencia de una Ley previa, por lo cual al momento de la comisión de la conducta y la configuración de los hechos objeto de análisis debe existir una norma que contemple la prohibición de la misma, o consagrar un deber, so pena de no poderse aplicar. La preexistencia de la ley se predica entonces tanto de la conducta prohibida, como de su consecuencia jurídica

¹³⁸NEIRA PALACIOS, Adalgiza. Principio de legalidad y arbitrio judicial en la determinación de la pena. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. 2008. P. 65

¹³⁹FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta. P.72 Citado por: NEIRA. Op.Cit. p., 68.

¹⁴⁰ LONDOÑO LAZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Mayo-agosto, 2010. Vol.43. N°128. P.97-117. [Consultado: 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719870007>

con el objetivo de que se exprese “en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determinada”¹⁴¹.

Habiendo explicado la teoría anterior, y como tradicionalmente éste principio se ha desarrollado principalmente y con más fuerza en el ámbito penal, muchos se preguntarán, por qué se examinó dentro de un tema de Derecho de daños, a lo que se considera pertinente no limitarlo al campo penal, sino expandirlo al concepto de sanción, es decir, que el principio de legalidad debe orientar la aplicación de cualquier sanción al restringir éstas la órbita de libertad individual que busca preservar éste principio. Para ello, resulta pertinente acudir a la clasificación hecha por ALF ROSS quien cataloga el Derecho en *primario, secundario y terciario*¹⁴², donde el *derecho primario* es el que establece cómo se espera que se comporte un individuo a través de deberes y derechos, es decir normas de comportamiento, como el hecho de que si se paga por un servicio, éste sea prestado de manera oportuna. *El derecho secundario*, corresponde a las consecuencias jurídicas o sanciones que se generan del incumplimiento de las obligaciones que imponen esas normas de comportamiento¹⁴³. Y *el terciario*, determina el procedimiento para imponer dichas sanciones. Por tanto, el derecho de daños es un derecho secundario, al ser la consecuencia jurídica que tienen las conductas de aquellas personas que por contravenir una obligación a su cargo, lesionen el derecho de un tercero¹⁴⁴. En consecuencia, por ser el Derecho de daños un derecho secundario y por ende normas que naturalmente sancionan una conducta, debe contar igualmente con el respaldo del principio de legalidad.

¹⁴¹MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho penal: parte general. Valencia:Tirant lo Blanch. 1993.p.129 Citado por: NEIRA PALACIOS,Adalgiza.Op.Cit.,p.84

¹⁴² ROSS, Alf. Lógica de las normas. Madrid: Tecnos. Traducción: José Hierro. 1971. P.,109

¹⁴³ Expresamente para ALF ROSS, “El derecho de sanciones consiste en el Derecho penal y el derecho relativo a los daños y perjuicios”. ROSS, Op.Cit., p, 109.

¹⁴⁴ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 307

Es así, como aplicado al Derecho de daños, la sanción¹⁴⁵ de reparación que se impone en un juicio de Responsabilidad, también requiere de un fundamento legal que habilite su aplicación y de la preexistencia de una ley. Por tanto, cuando los funcionarios judiciales se vean conminados a fallar sobre un caso de Derecho de daños deberán primero encontrarse facultados para sancionar por una norma, en el caso Colombiano el artículo 2341 del Código Civil donde “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” y sus normas subsiguientes, así como el artículo 90 de la Constitución Política el cual reza que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Pero además, no basta con la existencia de dichas cláusulas generales de responsabilidad, sino que deben examinar que los daños que vayan a establecerse se encuentren plenamente respaldados por el ordenamiento jurídico, para que la reparación que se imponga haya sido producto de una norma previa previsible, la cual permita establecer que se ha afectado un derecho y que por tanto debe repararse.

En este mismo sentido y de forma complementaria, para el derecho de daños la observancia de la prohibición de sancionar ante la ausencia de una ley escrita es latente. No puede aplicarse una consecuencia jurídica con fundamento en el derecho consuetudinario, sino que debe existir “una ley material y formalmente expedida con los medios o mecanismos autorizados constitucionalmente”¹⁴⁶. De este modo, en el Derecho de daños no debe ser permitido condenar a una persona con la existencia de una norma sustentada en la costumbre, aún cuando sea ratificada o materializada por la jurisprudencia, por lo que no son los jueces quienes

¹⁴⁵Se toma el derecho de daños como sanción, por ser una consecuencia jurídica que se genera tras la vulneración de un derecho sustantivo, por lo que todo el que cause un daño debe reparar, pues de no ser así nadie se disuadiría de dañar a otros, siendo a su vez un concepto preventivo. No obstante, cabe aclarar que considerar la reparación como sanción no se está refiriendo a los daños punitivos, y se limita por el concepto de reparación integral.

¹⁴⁶NEIRA.Op.Cit.,p.81

a través de sus fallos deban decidir qué daños se reparan al observar las conductas y fenómenos sociales, quien se encarga de ello es la ley y por tanto para aplicar una sanción ésta debe tener asidero en una norma previa y escrita.

1.2 Principio de legalidad como principio rector del ejercicio del poder público

El principio de legalidad como *principio rector del ejercicio del poder público*, se ha encargado de establecer un “código de conducta” de los funcionarios públicos, pues su libertad para actuar está limitada por la máxima “lo que no está permitido, está prohibido” como vimos anteriormente. Así, deben enmarcar sus actos a lo expresamente permitido por la ley.¹⁴⁷ Por tanto, “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”¹⁴⁸ y en consecuencia todos los funcionarios deben sujetarse al ordenamiento jurídico, entendido en su sentido amplio¹⁴⁹. Dicho código de conducta se edifica como un límite al poder, para que quienes pueden influir de manera directa en el funcionamiento de una sociedad, lo hagan enmarcado en la voluntad popular¹⁵⁰, evitando la arbitrariedad.

Teniendo claro lo anterior, se trae a colación este enfoque del principio de legalidad para analizar la labor judicial principalmente en el Derecho de daños, puesto que los jueces al ejercer un poder público también se rigen por éste. Por consiguiente, se ven conminados a cumplir con las funciones que les han sido encomendadas en virtud del ordenamiento jurídico, direccionadas siempre a administrar justicia; y en el mismo sentido a la hora de ejecutar dichas funciones deberán prestar especial atención a las normas para aplicarlas e interpretarlas de conformidad con el

¹⁴⁷ MAGALÓN. Op.Cit.,p172.

¹⁴⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. (5 de Julio de 2001). Sentencia C-710 de 2001. [MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño]. Bogotá.

¹⁴⁹ ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. El principio de Legalidad. [En línea]. En: Portal de Revistas Académicas Universidad de Costa Rica. (S.F).p.,128. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en Internet: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/17158/16615>

¹⁵⁰ NEIRA, Op.Cit., p.65

ordenamiento jurídico vigente, principalmente con la Constitución¹⁵¹¹⁵². Por añadidura, regidos bajo el principio de legalidad, los jueces tienen el deber de aplicar la ley por encima de cualquier otro mandato para dirimir los conflictos, así como de extraer de la misma soluciones justas, al ser ésta superior, tanto de manera general como el en Derecho de daños.

Verse obligados a aplicarla siempre, implica que el juez se encuentre desprovisto de facultades que puedan modificarla o abolirla, pues para que una ley sea inaplicable se requiere de la entrada en vigencia de otra ley, de su derogatoria expresa o tácita, “o por su reducción técnica a supuestos distintos, pero nunca porque el juez pueda erigirse en superior a ella.”¹⁵³ Así, cuando un juez decida no aplicar una Ley, sin un argumento jurídico y basado su noción personal y subjetiva de Justicia, estará vulnerando el ordenamiento jurídico e incurrirá en responsabilidad.

Por otro lado, no basta la mera aplicación de la norma, pues la obediencia que debe el juez a la ley no se vulnera cuando no se acata, sino también cuando se transgrede la efectividad de la misma. Toda vez que al afectar dicha efectividad, el juez ocasiona una contradicción entre lo aplicado y la verdadera voluntad de la ley. Por ende, cuando un juez en ejercicio de sus funciones afecte con su decisión la efectividad de una norma, se considera que está actuando fuera de sus facultades legales lo cual es igualmente merecedor de sanción.

Bajo el entendido anterior, el juez al aplicar las normas debe además hacerlo de forma razonable para garantizarle a los ciudadanos la previsibilidad suficiente para

¹⁵¹ La vinculación del principio de legalidad con la Constitución es mayor, pues al ser la cabeza rectora y el fundamento de todo el ordenamiento, obliga a que el juez interprete la ley de conformidad con la Constitución, la cual le impone al juez el deber de cumplir y seguir el sistema de valores materiales que en ella se encuentran. GARCÍA DE ENTERRÍA. El principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución. Op.Cit.,p. 14.

¹⁵³ *Ibíd.*,p 31 y 32

ajustar sus actos al marco de la ley. La actuación del juez requiere impartir seguridad jurídica, de la cual se aleja ya sea por un “apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas...”¹⁵⁴

Así, el aparato judicial al verse obligado a materializar el principio de legalidad de la manera anteriormente mencionada, logra alcanzar la justicia, la cual es un presupuesto indispensable en el Estado de Derecho. Tanto es así, que la justicia queda anulada cuando frente al caso en concreto el juez puede distinguir si aplica o no una determinada norma de forma arbitraria, pues las normas son comunes y generales, y así también lo es la justicia, la cual al igual que la ley debe tratar a los ciudadanos como iguales, garantizando su objetividad, por eso fallar sin consideración a la norma es alejarnos de este valor.¹⁵⁵

No obstante, pese a que el principio de legalidad implica que el juez aplique la ley, éste no hace incompatible la facultad de interpretación del operador judicial, lo cual conlleva a que el mismo cuente con la llamada *discrecionalidad judicial*¹⁵⁶, en la cual el juez tiene cierto grado de libertad para administrar justicia conforme al caso concreto que ante él esté siendo ventilado, atendiendo a circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues el supuesto de hecho que en la ley se contempla no es el mismo en todos los eventos y por tanto en estos casos el principio de igualdad deberá ser desarrollado en la diferencia so pena de alejar al juez de la justicia¹⁵⁷.

¹⁵⁴ JAÉN. Op.Cit.,p.43

¹⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA. Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución. Op.Cit. p.,19

¹⁵⁶ Es preciso aclarar que, el rango de discrecionalidad estará establecido por la determinación legal, por lo que a mayor determinación legal, menor discrecionalidad judicial y viceversa, pues cuando la ley determina de forma exhaustiva un supuesto de hecho le será más restringido al juez la capacidad de disponer de sus propias convicciones y su formación para resolver el caso; aclarando que no por ello el juez se convierte en un simple reproductor automático y ciego de la ley. NEIRA.Op.Cit., p.90

¹⁵⁷ NEIRA.Op.Cit.,p. 87

Es por tanto necesario una interpretación previa para poder determinar el alcance de la ley, en razón a que por naturaleza las palabras son ambiguas, siendo posible que un mismo enunciado tenga más de una interpretación o entendimiento, ya que el lenguaje no utiliza conceptos definidos.¹⁵⁸ No obstante, dicha discrecionalidad no los exime de proferir sus decisiones aplicando siempre la constitución y la ley so pena de incurrir en una actuación arbitraria¹⁵⁹, es decir, que esa facultad interpretativa de la cual gozan es controlada por los principios legales y constitucionales que lo guían a proteger el interés general, por lo que deben ser siempre decisiones razonables para que logren brindarle a sus destinatarios previsibilidad.

Habiendo entendido que los jueces tienen el deber de aplicar la ley como función principal, esto también debe ocurrir en los casos de Derecho de daños, en los cuales ellos a la hora de establecer los daños que se deben reparar deben establecer la voluntad de la ley, es decir, deben acudir al ordenamiento jurídico para encontrar los daños que éste consagra. Por consiguiente, si éste en lugar de acudir a la voluntad de la Ley, opta por acudir a la suya propia, para determinar los daños a reparar en un caso concreto, se estaría atentando contra el principio de legalidad, puesto que no estaría cumpliendo con su obligación de aplicar la ley fundada y razonablemente, sino que por el contrario estaría creando, modificando o aboliendo una ley e interfiriendo con su efectividad, pues incluye daños que no eran reparables y deja daños (que el ordenamiento si protegía) sin su respectiva reparación.

Por otro lado, permitirlos acudir a su imaginación y a su propia concepción de justicia, genera decisiones irracionales (y por ende imprevisibles) que ocasionan que la Jurisprudencia quede desprovista de seguridad jurídica, impidiendo a los ciudadanos ajustar sus conductas al marco de la ley. En el mismo sentido, genera

¹⁵⁸ JAÉN. Op.Cit.,p. 39

¹⁵⁹ NEIRA. Op.Cit.,p.89

injusticia al no garantizar la objetividad suficiente para que se dé un trato igualitario, puesto que frente al caso en concreto el juez al crear sus propios daños se estaría otorgando la facultad de decidir si aplica o no una norma de forma arbitraria, cuando los preceptos legales son comunes y generales.

1.3 Comparación de las posturas frente al principio de legalidad.

Como pudimos observar, debido a la importancia que tiene, el principio de legalidad debe acogerse por el Derecho de daños. Así, es pertinente mencionar que las posturas que busquen establecer los daños a reparar y solucionar de raíz el problema de la mal creación de daños por parte de la doctrina y la jurisprudencia, deberá tomar este principio en consideración, y darle al juez el papel de interpretador de la ley.

Por ende, se procederá a analizar si éstas posturas cumplen realmente con éste principio. Para ello, se analizará si la clasificación de daños propuesta por cada autor extrae los daños del ordenamiento jurídico, le otorga al juez el papel de interpretador de la ley y cumple la voluntad del legislador al reparar todos los daños que en éste se consagran. Además, si las posturas parten de una ley previa y escrita que habiliten el ejercicio coercitivo del Estado para sancionar una conducta, así como si obligan a reparar ante la comisión de una conducta que estaba prohibida por el ordenamiento, o si permiten la reparación de conductas no prohibidas, coartando la libertad ciudadana.

Así, una propuesta que cumpla con aquellos presupuestos básicos del principio de legalidad, será una propuesta más objetiva, que genere una adecuada alineación de expectativas en los individuos y permita la coordinación de acciones de los mismos. Asimismo, será una postura que busque y logre prevenir la comisión de conductas prohibidas que atenten contra la sana convivencia y el modelo social,

que se interesa en proteger las normas que permiten la convivencia, la democracia como consenso social, y en últimas la sociedad en general, lo cual conlleva inexorablemente a reconocer el valor que tiene el legislador como autoridad popular, disminuir la arbitrariedad y alcanzar la justicia. Por tanto, conocer cuál de las dos posturas le da importancia y reconoce éste principio, será de gran utilidad para determinar si el Derecho de daños debe optar por cerrar las compuertas a las grandes olas de pretensiones resarcitorias a través del daño a la salud, o la reparación de todos los Derechos inmateriales.

Iniciando con el análisis de las posturas frente al principio de legalidad, como se indicó anteriormente, es importante determinar cuál postura extrae los daños del ordenamiento jurídico, parte efectivamente de una ley previa, conlleva a que los jueces cumplan únicamente con sus obligaciones legales y no deja por fuera daños que se encuentran en el ordenamiento.

Por un lado, CORTÉS no hace referencia expresa a éste principio en su propuesta, sin embargo, al momento de realizar su clasificación de daños inmateriales y seleccionar el daño a la salud, argumenta que uno de sus motivos más fuertes es que el Derecho a la salud tiene una conexión directa con los principios constitucionales.

Bajo este entendido, el principio por excelencia al cual se sujeta CORTÉS, es el principio de dignidad humana¹⁶⁰, debido a que todo aquello que busque o logre excluir al hombre de la comunidad, vulnera flagrantemente éste principio¹⁶¹, lo cual sucede cuando un tercero vulnera la salud de un individuo, y además dificulta su realización como persona. En adición, considera CORTÉS que todos los Derechos inviolables derivan su fundamento de éste principio, y por ende se les debe dar una

¹⁶⁰ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p. 85

¹⁶¹ *Ibíd.*,p.87

reparación prioritaria.¹⁶²

Asimismo, CORTÉS liga su propuesta de daño al principio de igualdad¹⁶³, donde indica que para protegerlo y materializarlo en la reparación se hace necesario incluir el daño a la salud para que se desligue completamente el contenido patrimonial al que tradicionalmente se habían atado los daños, y lograr así que la reparación de las víctimas sea equivalente sin importar su nivel de ingresos.

Por tanto, es posible interpretar que CORTÉS para realizar su clasificación de daños inmateriales a reparar toma en cuenta el principio de legalidad y acude a una norma previa de dos maneras, la primera, es acudiendo a los principios constitucionales de la dignidad humana, la igualdad y la solidaridad conforme a los cuales también los jueces deben ceñir su actuación y orientar sus decisiones; y la segunda, en tanto el daño a la salud se refiere directamente a la protección del bien jurídico de la salud, contemplado también en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la postura de DOMÍNGUEZ busca establecer los daños a resarcir revisando varios elementos, el primero y más importante es la obligación, el segundo el bien jurídico que se refleja de dicha obligación, y el tercero la verificación de dicho incumplimiento. En este sentido, propone DOMÍNGUEZ que el juez debe revisar las obligaciones, las cuales se encuentran en el ordenamiento jurídico, por lo que para establecer el daño acudirá indudablemente a éste. De la revisión de dichas obligaciones surgirán a modo de reflejo unos bienes jurídicos en el caso en concreto, los cuales se vieron lesionados con el incumplimiento de ésta, así lo que habrá sucedido es que se generó un daño a ese bien que surgió relacionamente. Esos bienes jurídicos que surgen, indica DOMÍNGUEZ en su propuesta, pueden resumirse en la clasificación de Derechos de VALENCIA ZEA¹⁶⁴, motivo por el cual también está manifestando que si lo que se desean reparar son los Derechos, es

¹⁶² *Ibíd.*,p.85

¹⁶³ *Ibíd.*,p. 83

¹⁶⁴ VALENCIA. *Op.cit*

menester acudir a dicha clasificación, la cual también tiene en cuenta los bienes jurídicos que incluye el ordenamiento jurídico. En este sentido, para determinar la existencia de un daño se ven obligados a acudir al ordenamiento jurídico y definir si al momento de la comisión de la conducta un individuo tenía una obligación positiva o negativa respecto a un tercero que hacía acreedor a éste último de un derecho, el cual no debía ser transgredido, pues de no ser así el ciudadano se encontraba en plena libertad de comportarse de tal manera. Por consiguiente, tener que acudir a los derechos propios del ordenamiento jurídico hace que el juez se ciña a los postulados del principio de legalidad, y por ende de no encontrar ninguno de ellos lesionados no sería posible para DOMÍNGUEZ hablar de un daño.

En el entendido de lo anterior, ambas posturas acuden al ordenamiento jurídico para extraer, edificar y justificar su clasificación de daños inmateriales, ajustando su propuesta al principio de legalidad. No obstante, el grado de materialización de éste es distinto en ambas. Por un lado, CORTÉS, tiene una vinculación menor al ordenamiento jurídico, toda vez que la clasificación de daños propuesta a pesar de que se fundamenta en principios constitucionales, termina estableciendo un único bien jurídico reparable, el derecho a la salud, dejando de tener en consideración los demás bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico y las obligaciones que lo respaldan. Así, el juez no está acudiendo a todas las situaciones amparadas por el ordenamiento, sino que se centra en examinar los hechos ocurridos y las consecuencias de los mismos, para reparar solo uno de sus tantos bienes jurídicos, dejando gran parte de ese ordenamiento sin protección.

Por otro lado, DOMÍNGUEZ representa una vinculación más fuerte hacia el ordenamiento jurídico, en razón a que para estructurar la existencia del daño jurídico a reparar el operador judicial debe examinar las obligaciones y bienes jurídicos que rodean el caso, y extrae la clasificación de daños inmateriales de dichos bienes jurídicos protegidos.

Bajo este entendido, la postura de DOMÍNGUEZ extrae de forma más completa los

daños del ordenamiento jurídico, al edificar su clasificación sobre la totalidad de los bienes jurídicos protegidos, producto de las obligaciones que se encuentran en el ordenamiento.

Por otro lado, la postura de CORTÉS pese a que acude al derecho previamente establecido y se respalda en normas jurídicas, no logra concretar adecuadamente el requisito que impone el principio de legalidad de que no haya sanción sin ley previa y escrita, toda vez que pese a que los principios constitucionales con los que elabora su propuesta son conceptos de suma importancia, que orientan el ordenamiento jurídico, terminan siendo conceptos muy generales.

Pese a que la propuesta esbozada por CORTÉS no se queda en la aplicación de meros principios, y puede tener real aplicación del juez para resolver casos de Derecho de daños, ello no debe confundirse con que dicha postura se origine en una norma previa y escrita que permita la previsibilidad de las conductas sancionable y las consecuencias jurídicas de la comisión de las mismas. Así, en la postura de CORTÉS la previsibilidad no se genera *ex ante*, sino *ex post*, es decir, se materializa posterior a la implantación de su postura y no antes de ella que es lo que exige el principio de legalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que los principios analizados, no logran establecer clara y suficientemente las conductas que un individuo puede desplegar sin temor a ser sancionado.

Por tanto, no puede aplicarse una consecuencia jurídica como la reparación al daño a la salud, soportado en que el principio de dignidad humana, de igualdad y de solidaridad, establecen de manera previa a la conducta, que el actuar del victimario es sancionable, pues el contenido de los principios es general y orientador, y no indica de manera concreta y clara en qué casos una conducta será sancionada, y cuál será su consecuencia jurídica, toda vez que lo que buscan es “que algo sea

logrado o maximizado en la mayor medida posible, dentro de las circunstancias fácticas y jurídicas existentes”¹⁶⁵, pero no regular situaciones concretas.

Por otro lado, DOMÍNGUEZ al acudir a las obligaciones dispersas en el ordenamiento jurídico, y a los bienes jurídicos reflejados por ello, acude a mandatos previos al daño, y puntuales del ordenamiento, los cuales prescriben comportamientos prohibidos y permitidos que deben ser de público conocimiento y a los cuales se deben adaptar las conductas de los ciudadanos. De acuerdo con lo dicho, el ciudadano al momento de estar frente a una conducta puede verificar en la normatividad vigente si ésta es aprobada o reprobada por la misma, permitiéndole al juez realizar un juicio idéntico, en el que luego de analizar dichas normas previas podrá emitir una decisión dotada de seguridad jurídica por estar amparada en normas previas que regían posibilidades de acción prohibidas y permitidas en una relación jurídica concreta. Por lo tanto, sí puede repararse el daño al buen nombre, soportado en que existe una obligación previa que me indica que debo realizar una determinada conducta frente a un tercero, la cual no puede incumplirse, so pena de ser obligado a reparar, pues dicha obligación sí estaba en el ordenamiento jurídico y demarca actuaciones libres de intervención estatal. Cabe aclarar, que dicha atención a la norma previa y escrita logra en esencia que no se condene por figuras creadas en juicio.

No obstante, es importante aclarar que cualquiera de estas dos posturas se ajusta mejor a la exigencia del principio de legalidad de fundarse en una norma escrita y previa, que el sistema de reparación tradicional de daños inmateriales, el cual ha tomado en consideración una gran cantidad de figuras cuyo único fundamento es la apreciación judicial, y su reiterada aplicación.

¹⁶⁵ALEXY, Robert. Teoría de los derechos.p.86. Citado por: HERRERA, Jose. Robert Alexy, el filósofo de la argumentación jurídica.[En línea]. En: Repositorio Institucional Ulima. Octubre, 2017. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5081/Avila_Jose.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Otro aspecto importante a evaluar es con cuál de estas posturas el juez se ciñe a interpretar la voluntad de la Ley y repara todos aquellos daños que el legislador consideró dignos de reparación.

Por un lado, CORTÉS privilegia el daño a la salud,¹⁶⁶ no obstante, indica que dentro de su propuesta no pretende descuidar la protección de otros derechos inmateriales¹⁶⁷, los cuales pese a que no serán reparados de forma principal, serán tenidos en cuenta como mecanismos de corrección del daño a la salud, es decir, como factores que aumentan o disminuyen la indemnización, o tendrán reparación a través de otras acciones distintas a la aquiliana; acudiendo netamente al campo de la reparación, más que el establecimiento de daños a reparar. Lo anterior lo hace bajo el argumento de que al no ser daños autónomos no pueden ser reparados de forma principal, sino que son meras consecuencias del daño a la salud, o no gozan de la importancia suficiente para ser tenidos en cuenta por sí mismos en ésta disciplina.

Que CORTÉS tome dicha postura frente a otros derechos distintos al daño a la salud, y considere que no deben repararse de manera independiente, o que por el contrario deberán acudir a otro medio distinto para obtener su reparación, puede significar en muchos casos una desprotección y abandono frente a un derecho que el legislador contempló dentro del ordenamiento jurídico por ser importante para la convivencia en sociedad, para el respeto de sus individuos y la materialización de éstos como persona, despojándolo a todas luces de su calidad de derecho. Esto conlleva a que se puedan dejar verdaderos daños por fuera de ésta clasificación, de lesiones que no tengan su origen en la lesión del derecho de la salud, sino de algún otro bien jurídico, y que ninguna otra disciplina se encargue de su reparación. Esto sucede por ejemplo cuando con una lesión se ha perjudicado la capacidad

¹⁶⁶ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p. 133

¹⁶⁷ *Ibíd.*,p.88

para elegir, y para desarrollar libremente la personalidad de la víctima, afectando el derecho a la libertad, pues cercenar la libertad no es una lesión física, ya que la libertad no es una parte del cuerpo, ni tampoco es una afectación psíquica, sino que es “el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”¹⁶⁸ y no debe confundirse con el dolor que provoca perderla, o la afectación psicológica que se puede desplegar ante su lesión. Por lo tanto, sería un bien jurídico que no se encuentra acogido por el daño a la salud, y que de presentarse el caso, no sería reparado.

Asimismo, al estarse analizando de forma principal los hechos (como el aislamiento de una persona, el cambio negativo en la propia imagen de un individuo, la dificultad de relacionarse con un allegado, los obstáculos que se generaron para vivir normalmente etc.) y no el ordenamiento jurídico (como los derechos que tenía esa persona y las exigencias que puede hacer para restablecerlos) en un caso en concreto, pueden conllevar nuevamente a que se desvíe la atención de los verdaderos daños.

Que se dejen de reparar lesiones por no tener origen en la afectación a la salud, o por no considerarse relevante para la materia, o sea, que se dejen daños sin reparar, ocasiona que la propuesta de CORTÉS le permita al juez distinguir si protege o no un derecho, es decir, si aplica o no una norma, lo cual contraría a todas luces el principio de legalidad, ya que los jueces como servidores públicos están obligados a actuar solamente según lo que la ley les permita, y dentro de sus funciones no está la de abolir una norma (que se generaría al no reparar ciertos derechos por considerar que no son relevantes), pues eso le corresponde únicamente al legislador o al constituyente.

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°8: Libertad Personal. [En línea]. 2017. Disponible en internet: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf>

En otro orden de ideas, la propuesta de DOMÍNGUEZ protege cualquier bien jurídico que se halle en el ordenamiento, si éste es materializado a través de las obligaciones y no es objeto de estudio de otra disciplina, motivo por el cual dota de independencia y vida propia a todos los Derechos que cada sociedad busca proteger, al garantizarles su reparación ante una eventual lesión. Bajo este entendido, no considera que haya derechos de menor importancia, que deban ser tratados como mecanismos de corrección, o que no merezcan reparación como indica CORTÉS. De ésta forma, no le permite al Juez decidir la aplicación o no de una norma, sino que lo conmina a ajustarse a lo previamente valorado por el legislador y reparar toda lesión a bienes jurídicos efectivamente protegidos por el mismo que hayan surgido en una relación jurídica, por ser un reflejo de una obligación existente. Bajo este entendido, la postura de DOMÍNGUEZ representa una mayor protección para las normas del ordenamiento jurídico, para los daños que de éste se desprenden, por no dejar por fuera ningún daño a reparar, y por limitar al juez a actuar conforme a la función que le ha conferido la ley de aplicar justicia, sin invadir las correspondientes al legislador al cual le corresponde crear, modificar o derogar una norma. En últimas, ésta postura es más garantista frente a la protección del victimario también, puesto que éste estará más tranquilo al saber que existe un ordenamiento jurídico que debe ser atendido por encima de cualquier otra norma, que limita la arbitrariedad que contra éste se pueda generar.

Frente a este punto, se puede ver que el principio de legalidad al proteger el ordenamiento jurídico y buscar siempre el restablecimiento del mismo cuando alguien lo haya puesto en duda, conlleva a entender que las normas se componen de obligaciones, deberes y derechos que indican cómo actuar, y que de allí es que se puede saber qué se puede hacer libremente, y qué comportamiento acarrea una sanción. Lo que se puede hacer libremente es para dicho individuo un derecho, y los derechos son dignos de protección por lo que no se debe tolerar su vulneración, por eso cuando esto sucede se deben reparar. Por tanto, como se ha visto, la postura de DOMÍNGUEZ entiende plenamente esa lógica, fundamentando su

postura en la reparación de todo derecho. Así, todos los bienes jurídicos que consagra el legislador en el ordenamiento jurídico, que se concretan relacionalmente, son importantes y tienen una razón de ser para la convivencia de la sociedad, por lo que debe brindársele protección, pues un derecho que no puede exigirse al final no es un derecho sino un mero concepto vacío como se ha expuesto.

Otro aspecto a analizar es si con alguna de las posturas se puede llegar a sancionar una conducta que no está prohibida, afectando la esfera de actuación libre de intervención estatal, pues los individuos no pueden ser forzados a realizar conductas a las que no se encuentren obligados por una norma, ni impedirles realizar una conducta que no se encuentre expresamente prohibida.

Bajo este entendido, la postura de DOMÍNGUEZ logra ser muy consecuente, en efecto, al considerar el daño no como un elemento, sino como todo el sistema de responsabilidad, e incluir en éste la imputación, logra distinguir entre riesgos prohibidos y permitidos, dando por sentado que solo cuando en un caso en concreto una persona con su conducta sobrepase un riesgo permitido, o incurra en un prohibido será obligado a responder, es decir, el mero concepto de daño que éste propone impide que se reparen conductas que no estaban prohibidas expresamente.

Por su parte, la propuesta de CORTÉS genera un poco de dudas respecto a si solo serán cobijadas por el daño a la salud aquellas conductas que hayan estado expresamente prohibidas, toda vez que funda su postura en el principio de solidaridad, por lo que para él, el daño a la salud se repara por ser de interés colectivo. Por tanto, la reparación no solo debe ser solidaria entre victimario y víctima, sino también entre el grupo social y éste último¹⁶⁹. Así, involucrar a toda la sociedad como garante y veedora de éste derecho, hace que al momento de

¹⁶⁹ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p.82

establecer un responsable, no se atiende a conductas prohibidas o permitidas como tal consagradas en normas previas, sino que pese mucho más el concepto de salud, el cual debe ser cuidado y garantizado a toda costa, conllevando a condenar a quien económicamente se encuentre en condiciones de reparar, para nivelar a quien sufrió dicha lesión, atendiendo a fines redistributivos. En este sentido, puede que no se haya infringido una obligación, o que la conducta realizada no se encontrara prohibida, pero que por haber lesionado un concepto tan importante como la salud igualmente se imponga una condena a reparar, bien sea para una persona económicamente estable, o para el Estado que siempre está en condiciones de pagar. De darse lo anterior, estaría coartándose la libertad individual de comportarse únicamente conforme a las normas que rigen sociedad, existiendo inseguridad jurídica para los ciudadanos los cuales dejarían de encontrar en éstas una protección objetiva.

Así, como se ha expuesto a lo largo de éste trabajo, la evolución que ha tenido el derecho de daños en cuanto a daños inmateriales lo ha alejado de la aplicación y el respeto del principio de legalidad, los jueces se han atribuido la función de crear los daños amparados en que sus ordenamientos jurídicos no cuentan con una norma que determine expresamente qué daños inmateriales deben repararse, esperando encontrar un artículo exacto que indique cuáles son, cuántos son y cómo se reparan, sin comprender que el legislador sí contempló a lo largo de todas disposiciones del ordenamiento, qué conductas están prohibidas y permitidas, y qué bienes jurídicos se buscan proteger con ello, así solo hace falta determinar cuáles de ellos hacen parte de la esfera material y cuáles de la inmaterial para obtener los daños a reparar.

De ésta forma, si se quiere respetar el principio de legalidad, se debe partir de que los daños reparables deben ser aquellos que contempla y reconoce el ordenamiento jurídico, ajustándose plenamente con la postura de DOMÍNGUEZ, la cual realmente extrae su clasificación de la normatividad existente y reconoce la importancia que tiene el ordenamiento jurídico para toda sociedad.

Esta postura claramente se respalda en el ordenamiento, pues su objeto de análisis se encuentra en el mismo (obligaciones y bienes jurídicos), acudiendo a una ley previa que permita que las conductas sean previsibles para los ciudadanos, en lugar de tomar como base principal la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre. De este modo, al ser la clasificación el vademécum de derechos que propone VALENCIA ZEA¹⁷⁰ y que por supuesto son los mismos que se encuentran en el ordenamiento jurídico ratifican lo dicho.

DOMÍNGUEZ logra darle plena validez a las normas que rigen la conducta de toda una sociedad, y aseguran su convivencia, toda vez que buscan darle una real protección a los derechos que de ésta surgen, pues de no ser así, estarían dejando desprovisto de contenido jurídico a los mismos. Así, busca que no queden derechos sin reparación, y que se cumpla la real voluntad del legislador, limitando la discrecionalidad del juez, quien no debe modificar o abolir la ley con sus decisiones.

Esta postura al tomar como verdaderos daños reparables aquellos que contempla el ordenamiento jurídico otorga plena garantía a las libertades individuales, permitiéndole a todos los individuos alinear sus expectativas y coordinar sus acciones, de modo de que puedan conocer y prever aquellas conductas que están prohibidas y que de realizarlas generan una consecuencia jurídica que deben afrontar. Asimismo, el hecho de conocer qué actos infringe una obligación que despliega una sanción logra la prevención de conductas prohibidas.

Por tanto, resulta de gran utilidad para ésta investigación y para la disciplina del Derecho de daños que la propuesta de DOMÍNGUEZ encarne el principio de legalidad, pues si los jueces en la resolución de los casos prescinden de la aplicación de éste inexorablemente los fallos que profieran estarán dotados de

¹⁷⁰ VALENCIA. Op.cit

incertidumbre, imprevisibilidad, irracionalidad e injusticia para los ciudadanos, puesto que ello se alcanza cuando se cuenta con leyes que permitan ajustar el comportamiento de los individuos y que materialicen la voluntad popular. Pero lo más reprochable de la ausencia de la aplicación de este principio es que la propia naturaleza y los límites de ésta disciplina se verán desdibujados si no se acude a éste, pues ya el Derecho de daños dejaría de ser un vehículo efectivo para la protección de los derechos de los ciudadanos al dejar de estabilizar las expectativas sociales.

2. La reparación integral

El principio de legalidad pese a ayudarnos a vislumbrar de forma más objetiva ambas posturas y determinar cuál de las dos está acogiendo en su clasificación verdaderos daños que el legislador buscó prevenir en el articulado de las normas, necesita apoyarse en otro principio, el principio de reparación integral, el cual es un principio orientador del Derecho de daños. Aunque el principio de legalidad es más útil a la hora de determinar los daños que se deben reparar, pues estos se encuentran en el ordenamiento jurídico, la reparación integral le servirá de soporte para evaluar si la clasificación de daños presentada en cada propuesta realmente acapara y repara todo el daño causado. Asimismo, determinar que el hecho de querer limitar la creación de daños no debe impedir que se repare todo el daño causado, analizando si al resarcir los daños que cada propuesta materializa se resarcen todas las situaciones lesivas que merecen reparación.

La reparación consiste en el resarcimiento que debe realizar quien es declarado responsable de lesionar un bien jurídico a la víctima¹⁷¹. Esta, es uno de los aspectos

¹⁷¹ VAZQUEZ ACEVEDO, Enrique. La víctima y la reparación del daño.[en línea].En: Revista de Derechos humanos. (S.F).,P. 20. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26927.pdf>

más importantes del Derecho de daños, pues constituye por un lado una especie de sanción¹⁷² para quien actuó de forma contraria a las leyes y lesionó a un individuo en aras de reivindicar la validez del ordenamiento jurídico, y por otro lado, una medida garantista para que quien sufrió injustamente dicha lesión cuente con una defensa efectiva de los derechos que él mismo le reconocía. La reparación no tiene por finalidad borrar el perjuicio, toda vez que no puede eliminarse su ocurrencia¹⁷³, por el que tiene por objeto “lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que este quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar”¹⁷⁴. Así, cuando una persona ha ocasionado un daño a otra, surge por un lado la obligación de situar a la víctima en las condiciones de las que gozaba antes de que ocurriera la lesión, y en contrario sentido surge además el Derecho para la víctima del mismo, de reclamar una indemnización plena.

Ante la importancia de la reparación, el Derecho de daños ha edificado el principio de la reparación integral, un principio que guía la materia para que en su esencia se repare todo el daño que se ha causado en un caso en concreto, el cual ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia y por las mismas Leyes de distintos Estados, como sucede en Colombia¹⁷⁵. A través de éste, se busca brindarle a la víctima una reparación total, es decir, que se repare “el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado”¹⁷⁶, con lo cual se entiende que la

¹⁷² Toda vez que acogiéndonos a la clasificación de ALF ROSS el Derecho de daños es Derecho secundario, es decir, que en su naturaleza consagra consecuencias jurídicas a actos anteriormente descritos y reprochables por el ordenamiento jurídico. Cabe resaltar, que no nos referimos a sanción como daño punitivo.

¹⁷³ NAVEIRA, ZARRA. Maita. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. [en línea]. Universidade da coruña. 2004. P.199 Disponible en internet: <http://hdl.handle.net/2183/1131>

¹⁷⁴ *Ibíd.*p. 161.

¹⁷⁵ Colombia. Congreso de la República. Ley 446 de 1998 Art 16. Diario Oficial. Bogotá, D.C. 1998. No.43.335. y Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de Noviembre de 1998). Sentencia Exp. 5002. [MP. Rafael Romero Sierra]

¹⁷⁶ “El Devenir del Derecho de daños“, conferencia dictada en Bogotá el 24 de marzo de 1999 en el Seminario sobre Responsabilidad Civil organizado por la Association Henri Capitant y la Universidad Externado de Colombia. Citado de: NAVIA. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida en relación en colombia. Op.Cit.291

reparación debe guardar correspondencia con el daño y no superar el mismo. Para ello, tanto la clasificación de daños inmateriales como la reparación de los mismos debe estar permeada por éste principio, con lo cual deben tomarse en cuenta no solo las afecciones que se generaron a la esfera material del individuo, sino además que tome a la víctima como una “compleja realidad biológica, social y espiritual”¹⁷⁷. Es por tanto, que la finalidad de este principio será “igualar la desigualdad ocasionada por un acto injusto”¹⁷⁸.

Este principio ha sido planteado y perfilado por la doctrina desde hace muchos años atrás. DOMAT, en el año 1777, señaló que “todas las pérdidas y todos los daños que pueden producirse por el hecho de cualquier persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe conocerse u otras faltas similares por leves que puedan ser, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra falta ha dado lugar a aquéllas”¹⁷⁹.

Asimismo, en 1821 MELCHIORRE GIOIA, indicó la importancia de que tanto en el ámbito material como en el inmaterial debe darse una reparación completa del daño, más específicamente, indicó que:

La satisfacción debe ser completa y lo es cuando se extiende tanto a los daños emergentes como a los lucros cesantes; cuando se proporciona en atención a su cantidad, a su calidad y a su intensidad; cuando repara todas sus consecuencias físicas y morales; cuando suministra compensación por las sensaciones dolorosas que las acompañan, tanto las de manifestación sensible como las que están separadas de ellas; porque, en definitiva, la palabra daño incluye las

¹⁷⁷ KOTEICH, Milagros. La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado. 2012., P 18.

¹⁷⁸ ROSSO, ELORRIAGA, Gian. El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño. [En línea]. En: *Revista De Derecho Privado*. N°26., p467.. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3808>

¹⁷⁹ Citado por CLERC-RENUAND, cit. N°7..220. Citado por: PINOCHET, OLAVE. Ruperto. El principio de reparación integral del daño y su relación con la función social del derecho civil. Estudios de Derecho Civil VIII. X Jornadas Nacionales de Derecho civil. Santa Cruz: Legal Publishing Thomsons Reuters, 2013.

alteraciones que afectan al orden visible de las cosas, pero también al orden invisible de los sentimientos.¹⁸⁰

Dado que el principio de reparación integral persigue la reparación de todo el daño, es importante mencionar que para ello se requiere en primer lugar, que se comprenda la totalidad del daño resarcible, y en segundo, que se limite al daño efectivamente producido¹⁸¹.

Respecto al primer requisito, es pertinente acotar que la reparación del daño no puede ser parcial, sino que deben tenerse en cuenta todas las alteraciones que fueron producidas para poder llevarlas lo mejor posible al momento anterior a la producción del daño. Frente a este aspecto, la integralidad tiene una connotación general, relativa a la tipología de daños que son reconocidos¹⁸², es decir, que pretende que al momento de establecer los daños que van a repararse, no se quede ninguno desprovisto de resarcimiento. En este sentido, “se trata de establecer si todas las condiciones de existencia de la persona afectada que resultaron negativamente modificadas en virtud del hecho del agresor han sido tenidas en cuenta para efectos de determinar el contenido del resarcimiento, o si, en cambio, alguna o algunas de ellas no fueron valoradas y, en tal caso, si de su menoscabo resulta o no un perjuicio típico.”¹⁸³

En consecuencia, es importante resaltar que la determinación de los daños resarcibles es concreta y no abstracta, es decir, que se debe establecer en cada caso en particular, conforme a los lineamientos dados por el ordenamiento jurídico.

¹⁸⁰ ZAMORA, Niceto. Tratado de la Responsabilidad Civil . Citado por: MEDINA CRESPO. Mariano. La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada. [En línea]. En: Revista de responsabilidad civil y seguro. (S.F).p 30. [Consultado 8 Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina40-2.pdf?phpMyAdmin=7b55e1d0ad7cdadda92b409248219bba>

¹⁸¹ Colombia. Corte Constitucional.Sala Plena (24 de Mayo de 2017). Sentencia C-344 de 2017. [MP. Alejandro Linares Cantillo]. Bogotá.

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ M' CAUSLAND. María Cecilia. *Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial*. En: Estudios de derecho civil obligaciones y contratos Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.pp., 325-326

Por tanto, “no existe un elenco o lista ex ante de los daños precisos catalogados por el ordenamiento como resarcibles, que automáticamente puedan alegarse e indemnizarse”¹⁸⁴, sino que dicha determinación es un resultado ex post, de un proceso que realizan los jueces, por lo que “resulta configurable solo como momento terminal de un procedimiento de cualificación, conducido según criterios normativos”¹⁸⁵.

En cuanto al segundo aspecto, la reparación integral hace alusión a la extensión del daño, es decir, que lo que se resarza se limite a lo verdaderamente afectado, por lo que a la luz de este principio es pertinente acotar que “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.”¹⁸⁶ . Queda entonces claro que este principio puede vulnerarse bien sea por exceso o por defecto, siendo importante evitar cualquier enriquecimiento o empobrecimiento en cualquiera de los extremos de la relación jurídica en cuestión. Así, es el mismo daño el que se encarga de establecer la medida de la reparación, pues ésta no puede exceder el daño, pero tampoco ser inferior al mismo, viéndose el juez en la labor de encontrar un justo equilibrio. Sobre este último punto, la integralidad tiene una connotación específica, toda vez que se refiere propiamente al alcance de la indemnización o compensación que vaya a realizarse, frente al daño ya reconocido y probado.¹⁸⁷

Bajo el entendido anterior, la doctrina argumenta que la indemnidad es tanto la finalidad como el límite del Derecho de daños, toda vez que éste “se pone al servicio de restaurar el empobrecimiento que causa el daño padecido, evitando, a su vez, cualquier beneficio o lucro sobre restaurador que de suyo se sitúa extramuros de

¹⁸⁴ ROSSO. Op.Cit.,470.

¹⁸⁵ SALVI, Cesare. Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni. 1985,p52. Citado por: ROSSO. Op.Cit.,471.

¹⁸⁶HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.1998.p.44.

¹⁸⁷ Colombia. Corte Constitucional.Sala Plena (24 de Mayo de 2017). Sentencia C-344 de 2017. [MP. Alejandro Linares Cantillo]. Bogotá.

ella”¹⁸⁸. La reparación integral es entonces un principio orientador, pues conforme a éste se busca remediar todo el daño de manera justa y razonable, con especial atención en el daño generado, toda vez que resulta imposible volver atrás.

Es de común conocimiento que la aplicación de éste principio es más sencilla cuando el daño a reparar versa sobre la esfera patrimonial o material de una persona, dado que por su misma naturaleza permite que el interés afectado pueda ser traducido a un equivalente pecuniario, lo cual facilita que se determine el resarcimiento necesario incluso por el mismo titular de dicho interés pudiéndose alcanzar la reparación integral del mismo.¹⁸⁹ Por lo que el principio de reparación integral se concreta en una compensación perfecta y simétrica, “esta compensación consiste en que el perjudicado obtenga del responsable una indemnización de tal calibre que alcance el umbral de la indiferencia entre la situación a la que llega con el resarcimiento del daño padecido y la existente antes de sufrirlo, quedando íntegramente restaurado y, por tanto, jurídicamente indemne”¹⁹⁰.

No obstante, no sucede lo mismo cuando de daños inmateriales se trata, toda vez que estos recaen sobre “intereses de las personas, que son, por naturaleza, insustituibles y no susceptibles de equivalencia pecuniaria, dificultades éstas que impiden *in radice* alcanzar una equivalencia entre el perjuicio y su reparación”¹⁹¹. Por tanto, pese a que los daños inmateriales persiguen lo mismo que los materiales, su reparación es entendida como una compensación imperfecta o asimétrica, pues cuentan con una dificultad adicional, la cual es que los bienes a los que se refieren no cuentan con un valor determinable o comparable, convirtiéndose dicha compensación en una ficción, al provenir del “resultado de resolver la

¹⁸⁸ MEDINA. Op. Cit., p. 26

¹⁸⁹ NAVEIRA. Op. Cit., p. 163

¹⁹⁰ MEDINA. Op. Cit., p. 31

¹⁹¹ NAVEIRA. Op. Cit., p. 164

dialéctica que plantea la imposibilidad de valorar estos perjuicios y la necesidad de hacerlo”¹⁹².

Sin embargo, argumenta MEDINA CRESPO que la función reparadora del Derecho de daños en los daños materiales e inmateriales no deben trazarse como irreconciliables o contradictorios, sino que “la compensación ofrece perfiles diversos en uno y otro caso, pudiéndose decir que en el primero es estrictamente resarcitoria, mientras que en el segundo es estrictamente amortiguadora, paliativa o consoladora, según ha destacado la doctrina y la jurisprudencia de forma continuada.”¹⁹³

Así, se reconoce que la aplicación del Principio de Reparación integral sí presenta dificultades a la hora de aplicarse a los daños inmateriales, sobre todo al comprender que éstos versan sobre bienes que son por naturaleza difíciles de determinar y cuantificar, dificultándose aún más al ver que éste principio no ayuda tampoco a establecer cuáles son los daños a resarcir, ni los montos o formas en que se debe hacer, en otras palabras “no puede concretamente incidir por sí mismo ni en el *an debeat* ni en el *quantum debeat*”¹⁹⁴, para devolver a la víctima al estado anterior al daño.

Por dicha dificultad referida, es que se debe considerar al principio de reparación integral, a la hora de orientar la reparación de los daños inmateriales, como un principio de aspiración, entendiéndose que es un mandato que debe realizarse en la mayor medida de lo posible¹⁹⁵, necesitándose un constante esmero por parte del juez para que intente situar a la víctima “en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño ”¹⁹⁶, así no tenga

¹⁹²MEDINA. Op.Cit.,p31.

¹⁹³Ibid. p,31

¹⁹⁴ROSSO. Op.Cit.,474

¹⁹⁵ Ibid. p,481

¹⁹⁶Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. (18 Diciembre de 2012). Rad.2004-00172. [MP. Dr Ariel Salazar Ramírez]. Bogotá.

certeza de haberlo alcanzado satisfactoriamente. Cabe aclarar que el hecho de que este principio sea un ideal, no significa que no deba ser perseguido en todos los casos¹⁹⁷.

Visto de este modo, que se logre o no el principio de reparación integral dependerá del juez, pues es éste quien tiene la potestad¹⁹⁸ para materializar este principio, toda vez que en su actividad debe interpretar la ley y conforme a ella establecer los daños y su forma de reparación, tomando en consideración “todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio”¹⁹⁹ y hacer uso de todos los medios a su alcance para conseguirlo. Así, a la hora de reparar los daños inmateriales, el juez atenderá a un criterio objetivo, el cual se lo proporciona el análisis que debe hacerle al ordenamiento jurídico para saber qué daños son reparados, y a su vez atender a un criterio subjetivo, que es el proceso valorativo que le permite valorar las aspiraciones o frustraciones individuales para proporcionar las medidas idóneas para reparar, la cual debe estar debidamente argumentada y estar conforme a la ley para restar arbitrariedad.

Pese a las dificultades de la reparación de los daños inmateriales, el juez debe igual orientarse por el principio de reparación integral, teniendo que identificar todos los daños causados y ordenar por consiguiente una reparación total lo cual requiere un actuar muy probo y riguroso para el juez.

¹⁹⁷ Salvo en aquellos casos donde el legislador previamente ha limitado el principio de reparación integral, al determinar los conceptos a indemnizar y establecer topes claros, como la indemnización por despido sin justa causa. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. Ramón. Los límites al principio de reparación integral. [En línea]. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*. Diciembre, 2010. N° 15. pp. 9-28.

¹⁹⁸ Dicha función se le otorga, puesto que en la mayoría de ordenamientos jurídicos no existe una norma que categorice los daños a indemnizar o que establezca el *quantum* de esas condenas, teniendo en cuenta además que el daño como concepto debe valorarse en concreto. Ergo; es el juez quien deberá sustentar en su decisión de forma razonable, motivada y proporcional el alcance de éste principio para cada caso en concreto, en ejercicio del arbitrio judicial, estando obligado a buscar los medios adecuados para restablecer los intereses de las víctimas.

¹⁹⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. (18 Diciembre de 2012). Rad.2004-00172. [MP. Dr Ariel Salazar Ramírez]. Bogotá.

Pero ¿cómo se reparan los daños inmateriales? Hoy en día, en países como Colombia, la reparación de los daños inmateriales sobre todo en materia civil, cuentan con un desarrollo precario²⁰⁰, donde pese a no existir limitación alguna, ha sido reducido por la jurisprudencia a la compensación, es decir,²⁰¹ a la entrega de una suma de dinero o de un bien que no repara el daño en su integridad pero mitiga sus efectos negativos²⁰², dejándose de lado la posibilidad de acudir a otras formas de reparación como la reparación específica o innatura “que se relaciona con toda forma de reparación diferente al otorgamiento de una suma de dinero (restablecer las cosas al estado anterior, dar un bien equivalente a aquel destruido, condenar al pago de trabajos destinados a borrar el daño, publicar la decisión de condena)”,²⁰³ las cuales son de gran ayuda para permitir la plena materialización del principio de reparación integral. Por ello en aras de éste principio, la reparación de los daños inmateriales debe ser entendida en un sentido amplio; el cual atienda a la naturaleza de cada daño e incluya diferentes mecanismos que garanticen una reparación completa de los daños a la esfera inmaterial.

²⁰⁰ “Por el contrario, las medidas tendientes a la prevención del daño, a las reparaciones simbólicas y similares, así como aquellas destinadas a la cesación del ilícito, no son aceptadas de manera unánime o bien se caracterizan por una novedad que las hace inusuales en el conjunto de la responsabilidad civil”.

HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. [En línea]. En: *Revista De Derecho Privado*, N°28.PP. 277-366. [Consultado el 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4477>

²⁰¹ Definición de reparación pecuniaria. La reparación pecuniaria es la “asignación de una suma de dinero, daños-intereses o indemnización delictual. esta indemnización pecuniaria puede consistir tanto en un capital pagado en un solo contado, como en una renta. CARBONNIER.J. *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. 2, París, puf, 2004, p. 2400. Citado por: HENAO. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Op.Cit.

²⁰² GÓMEZ, VÁSQUEZ. Carlos Fernando. El daño corporal, una crítica a la jurisprudencia colombiana en materia de indemnización de daños extrapatrimoniales. [En línea]. En: *Opinión Jurídica*. 2005. Vol.4 Núm.8. [Consultado:9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1280>

²⁰³ Ph. Pierre y F. Leduc, *La réparation intégrale en Europe. Études comparatives des droits nationaux*, Buselas, Larcier, 2012, p. 78. Citado por: HENAO. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Op.Cit.

Así, la reparación de los daños inmateriales deberá consistir en devolverle en primer lugar a la víctima el bien que se le suprimió²⁰⁴, pues como indica TAMAYO JARAMILLO si el daño

consistió en un atentado contra la honra y el buen nombre, el responsable debería pagar todo lo que cuesten los medios tendientes (avisos de prensa, de radio, televisión, retractaciones, etc.) a devolver al perjudicado su buena imagen; de igual forma, si el daño consiste en el quebranto de los afectos y sentimientos (daño moral subjetivo) de la víctima, esta tiene derecho a que se haga todo lo necesario para que esa angustia desaparezca (por ejemplo tratamiento médico)...si el daño consiste en la pérdida de las actividades vitales (perjuicio fisiológico) se le brindarán a la víctima los medios necesarios para recuperarlas o para reemplazarlas por otras similares o supletivas²⁰⁵.

Si resulta imposible ejecutar estas medidas bien sea material o jurídicamente, o en el evento de que éste tipo de reparación resulte excesivamente onerosa y desproporcionada para el victimario, o si la medida resulta ser insuficiente para reparar a la víctima, ahí sí deberá acudir a la indemnización que tradicionalmente se ha adoptado²⁰⁶. En este sentido, si al momento de reparar daños inmateriales no se puede acudir a una reparación innatura, entra a operar la compensación, para permitirle a la víctima “procurarse satisfacciones que le sirvan de compensación o contrapeso al daño sufrido”²⁰⁷ para que con lo recibido, pueda ajustar su reparación según le convenga.

Para estos casos donde se repara en dinero, éste no logra ser un medio efectivo para obtener un bien semejante a perdido, no obstante sí permite que la víctima se compense en otros aspectos de su vida para que pueda recuperar el equilibrio de la misma.²⁰⁸ Así, la indemnización que estime el juez, debe ser la adecuada “para

²⁰⁴ TAMAYO, JARAMILLO. Javier. De la responsabilidad civil Tomo IV. Bogotá:TEMIS. 1999. p.151

²⁰⁵ *Ibíd.*,pp.151,152.

²⁰⁶ NAVEIRA. *Op.Cit.*,p. 244 y ss

²⁰⁷ *Ibíd.*,p198

²⁰⁸ GÓMEZ. *Op.cit.*

un hombre medio situado hipotéticamente en las circunstancias concurrentes en el caso en concreto”²⁰⁹.

Por tanto, para repararse integralmente los daños inmateriales deberá usarse la forma de reparación que mejor deshaga los efectos negativos ocasionados viéndose necesario articular diferentes formas de reparación donde las prestaciones debidas no sean solo de dar, sino también de hacer o no hacer.

Habiendo entendido lo anterior, la propuesta que busque limitar la creación de daños e imponer la clasificación de los mismos debe respetar este principio, toda vez que una reparación integral permite concretar la justicia y devolver a la víctima al estado más próximo al anterior. Esto es así, porque cuando se le da a la víctima una reparación de todo el daño sufrido, y cuando se obliga al victimario a responder por su violación al ordenamiento jurídico, se está restableciendo el orden social que había sido resquebrajado con la conducta de éste último. Este restablecimiento sólo es posible cuando todos los daños ocasionados son reparados de manera íntegra, pues de esta forma se alcanza no solo la satisfacción del individuo, sino que se concreta el interés general que se manifiesta en la necesidad de hacer cumplir la ley.

Dicha concreción de justicia se da además cuando a través de la reparación de todo el daño y nada más que el daño, se le devuelve a la víctima aquello que es suyo y que con ocasión al daño le fue privado, lo cual se logra a través de la restitución o la compensación. Por tanto, si de modo contrario la reparación dada es mayor al daño causado, la víctima estaría recibiendo algo que no se le debe y que por tanto no le pertenece pues no tiene derecho él, cometándose una injusticia con el victimario, configurándose una donación en lugar de una restitución como argumenta Santo Tomás de Aquino²¹⁰, la cual además sería forzada. Por otro lado,

²⁰⁹ NAVEIRA. Op.Cit.,p..199

²¹⁰ROSSO. Op.Cit.,p.464.

si la reparación es menor, la justicia se vería igualmente truncada al hacer que la víctima reciba menos de lo realmente debido, no logrando obtener aquello que por derecho le pertenecía, incumpléndose con la misión de devolverle a cada cual lo suyo.

Asimismo, una postura que materialice la reparación integral reconoce la importancia que tiene la reparación, la cual es la mayor preocupación del perjudicado y de la sociedad en general, pues pese a la importancia de la sanción²¹¹ para el victimario que lo disuada de infringir sus obligaciones, lo más importante es que el lesionado encuentre en el ordenamiento el respaldo suficiente para recuperar lo perdido y volver a la situación anterior, si esto por derecho le corresponde²¹².

Por consiguiente, es menester revisar a la luz de ambas posturas cuál materializa de forma más aproximada el principio de reparación integral en la reparación de los daños inmateriales, motivo por el cual se analizará que en primer lugar, no se deje sin reparación ningún daño efectivamente causado. Adicionalmente, que habiendo establecido los daños ocasionados sean reparados siempre de forma total e íntegra. Y en tercer lugar, que no repare dos veces un mismo daño, lo cual se expondrá a continuación.

Como vimos, la clasificación de daños más adecuada será aquella que comprenda todos y cada uno de los daños que ocurren en un caso en concreto, para que puedan ser reparados en su totalidad, garantizándole a la víctima la mejor aproximación a su estado anterior al hecho ilícito. Este punto es bastante complejo, puesto que ambas posturas han buscado ser omnicomprensivas frente a las distintas situaciones que acaecen cuando se produce un daño.

²¹¹ Sanción entendida no como un daño punitivo, sino como una consecuencia jurídica generada por el incumplimiento de una obligación contemplada en el ordenamiento jurídico, la cual abre paso a la reparación de todo el daño y nada más que el daño.

Por un lado, la postura de CORTÉS ha valorado un sin número de consecuencias jurídicas que pueden llegar a ocurrir, las cuales para él se entienden agrupadas en el daño a la salud, entendiendo éste como “cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de la capacidad para producir réditos.”²¹³ En esta definición de daño, CORTÉS pretendió comprender todas aquellas situaciones que normalmente se reparaban bajo las distintas figuras que aplica la jurisprudencia, al considerarlas todas fuente de la lesión a único bien jurídico, la salud²¹⁴. Así, reparar el daño a la salud sería reparar todos aquellos asuntos de la persona que se vieron alterados por la lesión, es decir, aquellas restricciones generadas con ocasión al daño y a nivel interno, que impiden el normal desarrollo de las actividades de quien lo padece, los nuevos obstáculos y preocupaciones que en éste surgieron, su afectación a los sentimientos, a la concepción de sí mismo, la afectación de la esfera sexual, de la integridad estética, entre otros efectos que hacen parte de la esfera interna y disminuyen la calidad de vida de la víctima. Así como también a nivel externo, en cuanto a la salud física y corporal. Todo esto cobijado como manifestación de la integridad psicofísica.

De igual modo, DOMÍNGUEZ, elaboró una propuesta omnicomprensiva, aunque de una manera distinta a la tradicional. A través de concebir el daño como un concepto normativo, es decir, entender el daño como cualquier vulneración a una obligación impuesta por una norma jurídica en favor de otra²¹⁵. Así, como las obligaciones generan derechos de rebote, al ser el daño el incumplimiento de una obligación, estaría generando protección a todos los bienes jurídicos que se generan en una relación jurídica. Éste considera que todas las posibles manifestaciones del daño que siempre se ha buscado reparar mediante los testafierros, que versan sobre los

²¹³ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 132

²¹⁴ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona* .Op.Cit.,p.136

²¹⁵DOMÍNGUEZ. Op.Cit.p.contraportada

asuntos de la persona, son manifestaciones expresas de los derechos que la víctima tenía; por tanto, si se reparan los bienes jurídicos²¹⁶ o derechos lesionados, se está garantizando una reparación total. En este sentido, la afectación de los sentimientos por tristeza y congoja está comprendido en el derecho a la integridad, la incapacidad de realizar un Hobby estaría cobijado por el derecho a la recreación, la afectación a la capacidad de elegir sería la concreción del derecho a la libertad, la afectación la intimidad sería una expresión del derecho a la intimidad, y así sucesivamente. Cada bien jurídico lesionado es por tanto un daño que logra acoger todas esas manifestaciones que la doctrina tradicional ha querido acoger como autónomas.

Pese a ser posturas que buscan contener y delimitar los daños inmateriales de manera omnicompreensiva, la postura de CORTÉS agrupa una multiplicidad de “consecuencias del daño”, mezclado a su vez con derechos, en una tipología de creación doctrinal que es el daño a la salud. Mientras que la postura de DOMÍNGUEZ prefiere acudir únicamente a los bienes jurídicos que se reflejan de las obligaciones, como concreción de los previamente establecidos por el legislador, los cuales serán resarcidos de manera autónoma, dentro de los cuales estarán cobijadas todas las distintas situaciones que se generen a la persona.

Así, pese a que ambas posturas han hecho énfasis en querer comprender todo lo que debe ser objeto de reparación, en aras de acogerse al principio de reparación integral, la propuesta por DOMÍNGUEZ resulta ser a todas luces más garantista en términos de reparación, pues asegura que todos los daños generados sean objeto de reparación, al acudir a los derechos y no a las consecuencias jurídicas. Por tanto, si el juez se enfoca a analizar exclusivamente las consecuencias jurídicas y las va acumulando en un mismo “saco indemnizatorio”, al cual se le va a otorgar una reparación en conjunto, cabe la posibilidad o de que no incluya todas las consecuencias en él y deje derechos sin reparación, porque al final no se estiman

²¹⁶ Cabe mencionar que no son los meramente enunciados por el legislador, sino los que surgen de la existencia de una relación jurídica y como contracara a una obligación de un tercero. DOMÍNGUEZ, Op.Cit

ni establecen de manera individual, o que busque exhaustivamente tantas consecuencias que termine reparando varias veces un mismo daño que se manifestaba de distintas maneras. Mientras que si el juez se enfoca en determinar con precisión cuáles son los bienes jurídicos²¹⁷ que se lesionaron en la relación jurídica que se está ventilando, estaría reparando lo que en realidad le importa al ordenamiento jurídico, que son los derechos que de sus normas se desprenden, acudiendo a un vademécum de daños mucho más claro, más delimitado y más objetivo. Por ende, al reparar todos los derechos adecuadamente, garantizará que queden comprendidos todos los daños, ya que el juez no tiene que estar buscando en la naturaleza los mismos, sino que los encontrará ya delimitados en el ordenamiento, y logrará incluir por añadidura todas las distintas manifestaciones del mismo o las diversas formas de concretarse.

Es importante resaltar que la postura de DOMÍNGUEZ busca ir más allá en el establecimiento de los daños a reparar, y no centra los daños inmateriales únicamente a una persona individual, como lo hace CORTÉS al delimitarlo al daño moral y al daño a la salud, sino que al querer amparar todos los bienes jurídicos que tengan contracara en una obligación, da por sentado que éstos pueden recaer sobre una colectividad²¹⁸ o en el medio ambiente, por lo que considera que los daños inmateriales no son un sinónimo de daños a la persona. En adición, su espectro de protección es mayor, si se atiende al hecho de que la clasificación que éste hace es dinámica, pues al partir del derecho positivo, esta puede aumentar “porque el derecho no está atado a la realidad, y porque en un futuro se pueden reconocer más”²¹⁹.

²¹⁷ Entendidos como el reflejo de una obligación que estaba a favor de un tercero, y no como la mera descripción abstracta que realiza el legislador. DOMÍNGUEZ, Op.Cit

²¹⁸ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.,p. 517

²¹⁹ *Ibíd.*,p 517

Además, el hecho de considerar que sólo podrá negársele la reparación a aquello que expresamente esté prohibido por el Derecho positivo²²⁰, logra situar al Derecho de daños como una disciplina que da vida a los distintos bienes jurídicos consagrados en el ordenamiento, pues si se reparan todas aquellas lesiones que no sean reparadas por otras disciplinas, se está impidiendo que queden derechos sin reparación, y cuando se habilita la reparación se está ratificando la existencia de ese derecho, pues de lo contrario estaría dejándolo desprovisto de valor, como un mero concepto vacío incorporado en una normatividad. Por lo tanto, nuevamente se observa que esta postura busca reparar toda la esfera que se ve afectada con un daño, materializando la reparación integral.

Analizando ambas posturas, también se revela que la labor que realiza el juez se ve mucho más controlada por la postura de CORTÉS. En este sentido, al establecer en su postura dos únicos daños que merecen inicialmente toda la atención, los cuales son el daño a la salud y el daño moral, conlleva a que el juez solo se vea conminado a comprobar los 3 elementos que aducía CORTÉS “que se produjo una lesión a la integridad psicofísica del sujeto, que de tal lesión se derivó una disfunción y en fin, que por esa circunstancia se presentó un empeoramiento en las funciones vitales de la víctima”²²¹. Una vez comprobado lo anterior, deberá revisar todas las consecuencias negativas que se generaron para establecer la indemnización y aumentarla conforme a las tablas y baremos que se establezcan en cada Estado. Esto genera que los jueces puedan determinar los daños reparables y sus montos indemnizatorios de una manera más sencilla e igualitaria. No obstante, limita a su vez un poco el papel del juez, puesto que a pesar de permitírsele acudir al caso en concreto a la hora de establecer la reparación, no sucede en igual medida cuando de establecer los daños se trata, toda vez que ya están previamente delimitados. Por otro lado, en el caso de la postura de DOMÍNGUEZ, el hecho de que el juez deba acudir a revisar todo el ordenamiento jurídico para determinar las obligaciones

²²⁰ *Ibíd.*,p. 503

²²¹ *Ibíd.*,p.146

y en consecuencia los bienes jurídicos lesionados, hace un poco más larga su tarea, toda vez que debe analizar todas las obligaciones y bienes jurídicos dispersos en el ordenamiento que pudieran haberse vistos lesionados para determinar los daños a reparar, pudiendo llegar a encontrar una gran cantidad de derecho lesionados de orden constitucional, legal, o incluso los que surgen de realizar conductas permitidas, viéndose en la tarea de argumentar y justificar el contenido de cada uno, la forma de reparación entre otros. Además, en caso de que los demandantes en busca de reparaciones más cuantiosas incluyan dentro de sus pretensiones una gran cantidad de bienes jurídicos lesionados, conminaría al juez a revisar tantos daños como le permita la imaginación del demandante. Ello ocasionaría que la labor judicial fuera tortuosa y podría conllevar incluso a que esta sea menos célere y se congestione la justicia. No obstante, pese a ser evidente que la labor del juez siempre ha sido la de aplicar la ley y cumplir el ordenamiento jurídico, se considera que existen formas de lograr el mismo objetivo con menos esfuerzo.

Adicionalmente, es pertinente analizar no solo si se reparan todos los daños, sino si aquellos que ya fueron previamente establecidos como reparables son susceptibles de ser reparados en su totalidad con dicha postura, teniendo como único límite el daño en aras de que no se indemnice ni por encima, ni por debajo del mismo, como vimos anteriormente²²². La postura que mejor acoja el principio de reparación integral, será aquella que se acerque tanto como sea posible a la indemnidad. Teniendo esto presente, se debe recordar que la reparación de los bienes inmateriales no se encuentra restringido en nuestra legislación a la compensación pecuniaria, por lo que la reparación también puede ser *in natura*, como vimos anteriormente.

Con base en lo anterior, es preciso acotar que CORTÉS al establecer su postura, se limitó a hablar de la compensación como medio de reparación del daño a la salud,

²²²HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Op.Cit.,p.44.

toda vez que enfatiza en gran medida la necesidad de crear y delimitar unos baremos claros que tuvieran en cuenta principalmente la lesión a la integridad psicofísica, con la posibilidad de aumentarse según las consecuencias que se derivan del daño, los cuales incluyen necesariamente porcentajes y puntos de validez que faciliten este fin²²³. Esto genera inconsistencias al momento de buscar la reparación integral del daño ya reconocido, pues si la idea principal es buscar que la víctima quede en una situación lo más cercana posible a la que se encontraba antes de que se materializara el daño, no basta únicamente proveer una suma de dinero para que ésta la emplee según considere pertinente para reparar las lesiones causadas, sino que se pueden requerir de distintas prestaciones de hacer o no hacer para alcanzar dicho objetivo según el caso en concreto.

Por otro lado, DOMÍNGUEZ no hace precisión en su teoría sobre las formas de reparar el daño normativo distinta a la discrecionalidad judicial, por tanto permite tanto la reparación *in natura* como la compensación. Además, su propuesta al permitir el establecimiento de derechos vulnerados de manera individualizada, facilita esta última forma de reparación toda vez que como no se encuentran agrupados en un solo daño el cual se debe reparar de una única manera, permite que se establezcan distintas prestaciones frente a cada daño en aras de acercarse tanto como se pueda al restablecimiento o reparación efectiva del mismo. Esto quiere decir que en el evento en que se haya generado un daño a la honra y el buen nombre, no se indemnice únicamente con una suma de dinero y se puedan decretar prestaciones de hacer o no hacer para el victimario, como retractarse en un medio de amplia circulación, buscar distintos medios para recuperar la imagen y el buen nombre del mismo, dar disculpas públicas, entre otras medidas (cabe resaltar que no excluyen una indemnización pecuniaria), que pueden llegar a ser más reparadoras que una suma de dinero, y que logran que “la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo

²²³ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p.125

posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño”²²⁴.

Es importante aclarar que las formas de reparación no son propias de una clasificación de daños, no obstante se trae a colación este criterio porque una de las posturas aparentemente excluye uno de estos tipos de reparación, y porque la otra facilita la implementación de las mismas, incidiendo en últimas en la reparación de la totalidad del daño.

Por otro lado, en el análisis de aquella postura que mejor acoja el daño como límite de la reparación, es pertinente mencionar que a la hora de establecer las formas de reparar los daños, la postura de DOMÍNGUEZ tiene un gran vacío, toda vez que su objetivo principal siempre fue introducir un nuevo concepto del daño como sistema de responsabilidad, y quedó en deuda de la forma en que el juez debe valorar esto, dejándolo todo a merced del *arbitrium iudicis* de manera general. En este aspecto CORTÉS, intentó darle un mayor desarrollo, al evidenciar la importancia que tiene que el daño a la salud pueda ser establecido objetivamente, respetando la igualdad, atendiendo a la necesidad de tablas que valoren la lesión a la integridad psicofísica e incorporen topes o baremos, no obstante, tampoco proporcionó una solución clara para el conflicto en que la jurisprudencia y la medicina legal han establecido al establecer las mismas. Sin embargo, reconoce la importancia de unas sumas indemnizatorias guía para el juez, las cuales considera deben estar preestablecidas para terminar de materializar la igualdad que el daño a la salud predica, resulta ser un aspecto de gran relevancia para la reparación integral a la hora de circunscribirse la reparación a la extensión del daño. Esto en razón a que los perjuicios inmateriales como versan sobre intereses insustituibles que no cuentan con un valor que pueda

²²⁴ CARDENAS MESA, John.Arturo La reparación del daño evento en Colombia [En línea]. En: . *Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif. Bolivar.* 2015, vol.45, n.123 pp. 317-363.[Consultado 6 Noviembre 2018]. Disponible en internet: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862015000200002

ser comparado en el mercado²²⁵ hace que establecer la forma de reparación, sobre todo la compensación, sea muy complejo, por lo que se le está confiando a los jueces una labor importantísima, pues son ellos quienes van a determinar esos montos, siendo necesario restringirle al juez la capacidad de disponer de sus propias convicciones y su formación para resolver el caso²²⁶. Adicionalmente, como algunos son aspectos tan personales del individuo, éste no encontrará consuelo ni en todo el dinero del mundo, motivo por el cual si el juez partiera de ese hecho podría llegar a ocasionar un conflicto entre el principio de reparación integral con la igualdad.

En este aspecto es importante aclarar que el arbitrio judicial resulta ser de gran envergadura, pues le permite acudir al caso en concreto para valorar de manera adecuada las consecuencias que generó la lesión, y los derechos lesionados, los cuales no gozan siempre de una afectación con igual intensidad, sino que atienden a un contexto que debe observarse.

CORTÉS indica además la importancia de que esos topes y baremos sean materializados de manera legislativa, es decir, que el legislador ante la disparidad de criterios se encargue de unificar la manera de reparar el daño a la salud para que dichos estándares tengan una observación obligatoria por el juez. Sin embargo, es menester recalcar que no resulta conveniente el establecimiento de un baremo rígido, imperativo y abstracto, que le indique al juez de manera precisa qué valor debe conceder, pues puede interferir con la reparación integral, toda vez que el daño no es un concepto abstracto y demanda la atención a las particularidades de cada caso²²⁷. En este aspecto es importante aclarar que el arbitrio judicial resulta ser de gran envergadura, pues le permite acudir al caso en concreto para valorar de manera adecuada las consecuencias que generó la lesión, y los derechos

²²⁵MEDINA, Op.Cit.,p.31

²²⁶ NEIRA. Op.Cit.,p. 90

²²⁷ DOMÍNGUEZ. Op.Cit. 551

lesionados, los cuales no gozan siempre de una afectación con igual intensidad, sino que atienden a un contexto que debe observarse. Por ejemplo, no es lo mismo reparar con 100 salarios mínimos la lesión psicofísica de una persona que gana el salario mínimo, a reparar la misma lesión a quien devenga cien salarios mínimos mensuales. Indudablemente al primero le reportará mayor utilidad recibir dicho dinero, pudiendo procurarse medios adecuados de satisfacción del daño causado, mientras que el segundo no valorará en igual intensidad dicha reparación. Por lo tanto, es pertinente que los topes pese a tener una vinculación fuerte para el juez, no sean criterios definitivos y éste pueda alejarse de éstos siempre que lo haga de forma justificada, atendiendo a circunstancias no usuales que agravan la lesión.

No obstante, sí se ratifica la necesidad de que se establezcan criterios mínimos que permitan tratar los casos de un modo homogéneo, para evitar que la discrecionalidad judicial conlleve a indemnizaciones distantes frente a un mismo caso²²⁸. Además, pese a que los baremos y topes máximos indemnizatorios, tienen un alto grado de discrecionalidad judicial (por ser en su mayoría provenientes de la recopilación de decisiones judiciales anteriores para unificar jurisprudencia), estos constituyen a su vez una garantía en la reparación, toda vez que motiva a los juristas a proferir decisiones detalladas y verdaderamente motivadas para justificar la necesidad de proporcionar para dicho caso una indemnización superior.

El análisis que debe hacerse sobre la indemnización no es privativo de la víctima, sino que también se debe tener en cuenta cómo la postura obliga al victimario y en qué medida, para determinar si la reparación conlleva a una donación forzada o a una mera restitución²²⁹, como se estudió arriba. En la propuesta de CORTÉS, los

²²⁸ “Somos conscientes, por un lado, de la inconveniencia de entregarle a un baremo imperativo y abstracto la determinación del *quantum* de compensación del daño corporal y, del otro, de que "se hace imprescindible un mínimo de *homogeneidad* (no uniformidad), pues de otro modo se pueden conceder (y de hecho se conceden) indemnizaciones pecuniarias de cuantía muy distante en situaciones muy parecidas entre sí" (negrillas fuera de texto), como sucede, por ejemplo, con las cuantías compensatorias que concede el Consejo de Estado por concepto de daños a la vida de relación. GÓMEZ. Op.cit.

²²⁹ROSSO.Op.cit.,p.464.

daños a reparar son limitados, así como los montos de los mismos se ven acompañados necesariamente de topes y baremos que guíen al juez, al ser el daño a la salud objetivable al poderse comprobar de manera científica²³⁰. En este sentido, la postura le brinda una seguridad al victimario quien encontrará en el daño a la salud una garantía a la igualdad, donde puede previamente hacer un estimado del monto que impondrá la condena, y sólo será condenado al pago de una suma muy superior si se encuentra ante un caso especialísimo con una adecuada motivación judicial que lo lleve a apartarse de dichos baremos. Siendo así, en esta postura es más probable que la reparación no se exceda del daño realmente causado, y lo aleja de convertirse en un daño punitivo o una donación.

En este aspecto la postura de DOMÍNGUEZ, no cuenta con un desarrollo frente al punto de la reparación, motivo por el cual se dificulta saber cuál será la situación del demandado, pues a simple vista la implementación del mismo, mientras se van construyendo estándares puede ser de mucho riesgo, toda vez que la discrecionalidad judicial no es el mejor criterio para resolver de manera autónoma la indemnización de los daños. En esta línea, si solo se acude a la discrecionalidad judicial sí existe el riesgo de que haya disparidad en las decisiones judiciales que puedan ocasionar la desigualdad en el trato a los victimarios, los cuales se verán perjudicados. Por tanto, a esta postura le hace falta un desarrollo más determinante sobre éste punto de la reparación, para establecer en qué medida propone una tasación de perjuicios objetiva, fundamentada en la igualdad y con garantías para el victimario.

Por último, la propuesta que más se ajuste, será además aquella cuya clasificación no repare dos veces un mismo daño. La reparación múltiple de un mismo daño es claramente uno de los mayores problemas que se ha generado a la hora de establecer qué daños se deben reparar y en qué medida. Por ese motivo, podría

²³⁰CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,pp. 121,122.

entenderse que CORTÉS en su propuesta pretendió identificar cuál de todas esas consecuencias jurídicas que se reflejaban de una lesión constituían un daño autónomo y cuáles no, llegando a concluir que solo el daño moral y el daño a la salud gozaban de autonomía y relevancia suficiente para constituir rubros indemnizatorios individuales, buscando evitar a toda costa que la reparación se disperse en distintos rubros. En este sentido, CORTÉS al considerar que el daño a la salud es un daño unitario²³¹, que comprende la mayoría de las posibles manifestaciones de una persona que pueden verse afectadas, pretende zanjar este problema de la múltiple reparación a un mismo daño. No obstante, reducir a dos los daños a indemnizar, y limitar los rubros no son una garantía total de ello, pues al momento de valorar las consecuencias pertenecientes al daño a la salud, pueden llegarse a reparar dos iguales manifestadas de forma diferente. De hecho, reparar todas las consecuencias en un mismo monto puede conllevar a que el juez al momento de determinar la indemnización incremente la suma por encontrar muchas afecciones en la esfera de la integridad psicofísica de la víctima, teniendo el mismo efecto que haber considerado cada consecuencia como un daño individual. Por ejemplo, puede valorarse la existencia de una lesión psíquica por haberse generado una depresión, asimismo aumentarse el valor de la misma porque ello desencadenó un aislamiento social que le impide relacionarse de igual forma ante la sociedad y lo privan de la alegría de vivir, y aumentarse en otro tanto porque se le generaron problemas de concentración y repararse al mismo tiempo el daño moral. En este aspecto, el daño moral pese a ser subjetivo para CORTÉS está reparando sentimientos de congoja y dolor que se están generando a la par con los del daño a la salud psíquica a causa de la depresión, un aislamiento que se produce también en ambos eventos, asimismo se valoran circunstancias que pueden llegar a ser similares como la dificultad para relacionarse con el mundo por el aislamiento y por la falta de concentración etc. Así, la lesión se valoró como un todo, y luego se volvió

²³¹ CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Op.Cit.,p. 136.

a valorar según cada consecuencia negativa que se desprendía de ésta, pudiéndose llegar a hablar de una doble reparación.

Además, es importante aclarar que la postura de CORTÉS pese a decir que entiende el daño a la salud como un concepto unitario que absorbió las demás categorías de daños hasta ahora conocidas y hablar de la necesidad de repararse conforme a baremos y topes previamente establecidos, no delimitó de manera clara qué y cómo se reparan las consecuencias que se encontraban asociadas a dichas pseudofiguras.

En otro orden, frente a este punto, la postura de DOMÍNGUEZ no buscó reunir una multiplicidad de consecuencias y derechos dentro de una figura, como bien se ha expresado antes, sino que busca en últimas reparar solo los derechos que se vieron lesionados y darles la reparación que se merecen para reafirmar su carácter de bien jurídico tutelado. Basándonos en esto, cada Derecho es distinto al otro, y goza de autonomía propia, por lo que si su contenido se encuentra claramente delimitado y ampliamente desarrollado no habría motivos para generarse un doble resarcimiento. Si en un caso concreto una misma lesión ha afectado más de un bien jurídico, no por ello se puede decir que se duplicó el resarcimiento, es decir, si con ocasión al daño el individuo perdió la audición, ello puede ocasionar tanto un daño al derecho a la salud (por la pérdida de la audición), como al derecho de recreación (manifestada en que sus principales hobbies requerían inexorablemente de la audición), como al derecho a la libertad (al cercenarse muchas posibilidades de acción para decidir lo que realmente quiere), y no porque se repare por ejemplo en el daño a la salud, deja de existir la vulneración a los demás derechos, por lo que la reparación que se vaya a realizar tendrá fuentes distintas.

No obstante, la postura que realiza DOMÍNGUEZ entendida de manera literal, sí podría llegar a generar una multiplicidad de reparaciones, en el evento en que se

repare toda la clasificación de VALENCIA ZEA²³², toda vez que estaría reparando derechos constitucionales y legales. Esta combinación genera doble reparación en el sentido de que los derechos legales surgen como una forma de materializar puntualmente los derechos constitucionales, al ser la constitución una norma suprema en la que se fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico, por lo que todas las normas emergieron de ella y por tanto no pueden contrariarla. Por lo tanto, si se repara un derecho legal y su respectivo derecho constitucional en el que está inspirado, estaría incurriéndose en una violación a la reparación integral.

3. Resultado del análisis comparativo:

En suma, los daños que deben repararse son aquellos que determina el ordenamiento jurídico, daños que deben permitir la materialización del principio de reparación integral, donde las víctimas puedan realmente acudir al derecho de daños para que por ésta vía se les resarza, lo más completo posible, las lesiones que le fueron causadas y no debía padecer. Así, cualquier clasificación de daños que pretenda imponerse debe tener el fin de reparar integralmente, lo cual resulta de suma importancia porque es una manera de reivindicarle validez a un ordenamiento jurídico que fue puesto en duda, garantizando como hemos visto que se respeten y reconozcan todos los derechos, se disuadan de cometer daños contra terceros, pero sobre todo que aquella persona que se vio forzada a soportar un daño, tenga la posibilidad de superar dicho impase y quede en una situación lo más cercana posible a la que se encontraba antes de que se materializara el daño, pues claro está que en la esfera inmaterial del ser humano la reparación integral no puede aplicarse como una fórmula matemática.

En consiguiente, la propuesta de DOMÍNGUEZ contempla unas buenas bases teóricas que de ser aplicadas le permitirán al juez acercarse tanto como pueda a la reparación integral, toda vez que al reparar todos los derechos comprende la

²³² VALENCIA. Op.Cit.

totalidad del daño puesto que permite tener en cuenta todas las condiciones de existencia afectadas. Además, limita la reparación a la extensión del daño, por lo que siendo implementada adecuadamente, y reforzándose lo concerniente a las formas de reparación no genera ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento sin justa causa a ninguna de las partes, evitando también que se duplique la reparación.

Por tanto, pese a que todavía requiere de un desarrollo más preciso, sobretudo al dejar todo en manos de la discrecionalidad judicial, cuenta con elementos determinantes para permitir el cumplimiento de éste principio, y por consiguiente permite garantizar la justicia por propender que a la víctima se le devuelva aquello que por derecho le corresponde, mediante la responsabilización del victimario por sus actos.

Cabe aclarar que la presente investigación no acude al principio en cuestión de manera aislada, sino que lo ancla al principio de legalidad, es decir, a todo el ordenamiento jurídico; toda vez que el mismo ha sido utilizado en repetidas ocasiones como la excusa jurídica adecuada para satisfacer los más variados intereses individuales, aumentar el valor de las indemnizaciones y reparar indiscriminadamente los daños inmateriales, valiéndose de la inexistencia de referencias previas al valor del tipo de bienes jurídicos comprometidos, lo cual impide establecer un límite al que se deban sujetar²³³. En consecuencia, pese a las dificultades que este principio acarrea por su difícil determinación, se busca que el concepto de daño jurídico no se vea en ningún momento desbordado al anclarlo a la normatividad vigente que es la que tiene vocación para determinar los daños.

²³³ ROSSO.Op.cit.,p476.

CONCLUSIONES:

Como efectivamente se ha visto a lo largo de ésta investigación, la clasificación y reparación de daños inmateriales ha sido un tema de gran complejidad para el Derecho de daños, especialmente por la naturaleza de los mismos. Debido a su complejidad, y ante el afán de la jurisprudencia y la doctrina por clasificarlos y repararlos de la manera más garantista posible, se ha creado una multiplicidad de daños incontrolables que son efectivamente un problema de suma importancia para la responsabilidad. Ello ha desbordado un riachuelo por la cantidad de pretensiones resarcitorias generadas, el cual debe ser solucionado edificando compuertas que logren contener el flujo de agua y su cauce, mediante la limitación a los mismos con un sistema de reparación que ponga freno a la imaginación judicial y ate al juez al ordenamiento jurídico bajo los postulados del principio de legalidad. Asimismo, debe ser un sistema que propenda por la reparación integral del daño.

Bajo este entendido, se valora el esfuerzo que CORTÉS ha hecho con su investigación para establecer éste problema, así como por buscar una solución coherente y juiciosa, que atienda a principios tan importantes como los de dignidad humana, igualdad y solidaridad, para identificar verdaderos daños autónomos. No obstante, la presente investigación considera que la mejor manera de limitar la proliferación de daños inmateriales que aquejan la disciplina, es a través de la reparación de los derechos como propone DOMÍNGUEZ. Sin embargo, no se defiende la misma en su totalidad, pues no resulta oportuno reparar todos los derechos sin distinguir la fuente de los mismos, puesto que genera muchos inconvenientes a la hora de su aplicación. Por tanto, pese a defender la necesidad de reparar los derechos, es pertinente agregar que solo deben ser reparados los derechos constitucionales²³⁴, cuya naturaleza sea inmaterial, toda vez que aunque

²³⁴ Tanto los de la constitución, como los del bloque de constitucionalidad.

todos los derechos que se encuentran en el ordenamiento jurídico gozan de gran importancia, y tienen una razón de ser, resultan ser a su vez expresión de las normas constitucionales, es decir, todos los bienes jurídicos difuminados en el ordenamiento terminan teniendo un sustento constitucional del cual se derivaron y en el cual se fundamentaron. Esto en razón a que dichas normas gozan de supremacía por fundamentar la validez de todo el ordenamiento jurídico²³⁵, y consagran valores y principios fundamentales que rigen una sociedad, así como las demás normas de inferior jerarquía, y los bienes jurídicos allí dispersos, “los cuales expresan no solo los anhelos sociales más arraigados o trascendentales para una comunidad política determinada, sino también aquellos que son universales e inherentes a la persona.”²³⁶ Por lo tanto, los bienes jurídicos constitucionales terminan absorbiendo o agrupando los demás derechos de orden legal, y por tanto permitir la reparación de todos ellos sin distinción del grado o jerarquía que ocupan, puede generar doble reparación como vimos anteriormente, si se repara por ejemplo un derecho legal y el derecho constitucional del cual emanó.

Adicionalmente, se prefiere centrarse únicamente en los derechos constitucionales, pues ello resuelve la problemática evidenciada en la postura de DOMÍNGUEZ, al facilitar la labor del juez a la hora de establecer los daños, así como la tasación y la comprensión de los mismos. Toda vez que el operador judicial no estaría conminado a encontrar voces de daño por todo el ordenamiento jurídico, y justificar la procedencia de los mismos, sino que después de haber analizado las obligaciones y los bienes jurídicos que se derivaron de una situación en particular, procederá a buscar el bien jurídico constitucional de naturaleza inmaterial en el que se encuadra, quedando limitado a reparar menos daños, y por tanto desobligándose de justificar la procedencia y reparación de cada uno de ellos, con lo cual podía

²³⁵ DEL ROSARIO, RODRIGUEZ. Marcos Francisco. La supremacía Constitucional: Naturaleza y alcances. [En línea]. En: *Dikaion*. Octubre. 2011. Vol.20. N°.1. P.97-117 [Consultado 8 Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v20n1/v20n1a06.pdf>

²³⁶ *Ibíd.*

haberse llegado a afectar la celeridad de los procesos. Además, permite establecer una clasificación clara de daños, toda vez que la clasificación de bienes jurídicos hecha por VALENCIA ZEA y soportado por DOMÍNGUEZ en su aplicación estricta, terminaría ocasionando la clasificación de tantos daños como bienes jurídicos existan, lo cual no permite tener un desarrollo concienzudo y minucioso de cada figura de daño.

En este sentido, reparar los Derechos constitucionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad de un determinado Estado, conlleva a establecer una clasificación objetiva, en la cual el juez no tiene ningún tipo de injerencia, que es además aprobada por toda una sociedad al ser la fiel representación y encarnación de la voluntad popular, la cual ha decidido regirse por esas normas, determinando con claridad las conductas que pueden y que no pueden hacer los individuos, y las sanciones que acarrearán las segundas, al enmarcarse completamente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, es una propuesta garantista tanto para la víctima, al propender por proporcionarle una reparación de la totalidad de los daños efectivamente causados, y permitiendo el restablecimiento o protección de sus derechos, así como para el victimario, el cual gozará de seguridad jurídica al ser obligado a reparar únicamente ante la comisión de conductas previamente determinadas como prohibidas.

Además, acoger la postura de DOMÍNGUEZ con la aclaración anteriormente mencionada, garantiza que el Derecho de daños reconozca la importancia que tiene el ordenamiento jurídico y el principio de legalidad, para el mantenimiento adecuado y sano de una sociedad, pues como se expuso previamente, los daños tendrían como fuente una norma ya existente, que habilita la consecuencia jurídica de la reparación, y permite a los ciudadanos pre ordenar sus acciones sin temor a ser sancionados de manera intempestiva.

Recordemos entonces que esta postura respeta el principio de legalidad porque, en primer lugar, toma en cuenta todos los bienes jurídicos y las obligaciones que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, sobre los cuales edifica su clasificación, acogiendo todos los derechos que se encuentran en este, incluso los que se derivan de todas aquellas actividades que no están prohibidas.

En segundo lugar, porque reparar los derechos que surgen como contracara a una obligación, garantizan la protección de esa esfera individual que debe quedar libre de intervención Estatal, y le brinda garantías además a los ciudadanos para que su actuar sea libre, y solo se vea limitado por aquello que se encuentre prohibido. Ello, proporciona previsibilidad y seguridad jurídica para actuar, al ser una propuesta que parte de normas previas y escritas que permiten estabilizar las expectativas de todos los individuos, toda vez que quedarnos anclados solo a los principios o a la imaginación judicial, y a merced de las creaciones que deliberadamente los jueces impongan, generarían decisiones cambiantes y disímiles que amenazarían la libertad de todos los individuos, al no saber qué esperar al someter un caso a juicio. Además, como ésta propuesta solamente repara aquellas conductas que se encontraban prohibidas, hay mayor garantía para la libertad de los individuos.

En tercer lugar, al proteger todos los bienes jurídicos del ordenamiento jurídico, le reconoce importancia a aquellas valoraciones que el legislador y el constituyente previamente valoraron como necesario para regular la convivencia de la sociedad en la que se aplique, haciendo que sus valoraciones no se reduzcan a meros conceptos vacíos, carentes de aplicación, o que constituyan letra muerta por su inexigibilidad, sino que les da vida a todos los derechos que hay en el ordenamiento jurídico al encontrar en el Derecho de daños una herramienta útil para exigir su reclamación.

Asimismo, porque reparar los derechos es efectivamente una forma idónea para limitar la clasificación de los daños inmateriales y contener la proliferación de los

mismos, toda vez que los bienes jurídicos son finitos, y más si nos enmarcamos en los constitucionales, por lo que la imaginación judicial se vería plenamente reducida a darle vida directamente a los preceptos constitucionales, aumentándose únicamente cuando el constituyente así lo disponga.

Por otro lado, reparar los derechos constitucionales y hacer a un lado los testafellos, garantiza que el Derecho de daños se comprometa con la reparación integral de la víctima, y busque alcanzarla en la mayor medida de lo posible. Pues como vimos anteriormente, ello permite comprender todos los daños que ocurrieron y reparar a las víctimas tanto directas como indirectas en todos los daños que les hayan sido ocasionados. Además, la reparación se facilita en gran medida al reparar cada derecho de forma individual, y no agrupándolos junto a una gran serie de consecuencias, como hacen las demás clasificaciones.

En este mismo sentido, como cada daño es un bien jurídico que puede individualizarse y distinguirse de los demás, esta postura facilita la exploración de diferentes formas de reparación, como vimos anteriormente, al permitir que se impongan prestaciones de dar, hacer o no hacer para lograr que la víctima pueda volver a disfrutar de ese derecho, en condiciones similares a las que tenía antes del daño²³⁷. Además, al adoptar esta postura, y limitarla a los derechos constitucionales, se logra evitar que se reparen dos o más veces un mismo daño, al ser cada bien jurídico un concepto autónomo, de contenido propio y excluyente.

Sin embargo, pese a que es una postura que goza de unas bases teóricas sólidas que permiten esbozar un buen sistema de reparación de daños inmateriales, y que protege además el principio de legalidad y de reparación integral, es una propuesta todavía incompleta, por lo que debe hacerse el llamado a los distintos doctrinantes que cuentan con interés en el tema para que llenen los vacíos que ésta presenta.

²³⁷ CÁRDENAS. Op.Cit

En este sentido, esta postura requiere mayor desarrollo en las formas de reparación de los daños, especialmente en la tasación de los mismos, por lo que resulta clave establecer topes indemnizatorios y baremos, exigentes pero no definitivos, en la reparación de cada daño a un bien jurídico constitucional, para que no entre en juego la subjetividad del juez, ni se dificulte aún más por la propia naturaleza de éste tipo de daños. Además, es también un llamado a que la jurisprudencia le preste mayor importancia a las distintas formas de reparación de los daños inmateriales, y no se auto limite únicamente a compensarlos, sin importar si el problema está siendo ventilado en casos de responsabilidad civil o del Estado.

En la misma línea, es importante también que tanto la doctrina como la jurisprudencia delimiten adecuadamente el alcance de los bienes jurídicos constitucionales, para que al momento de establecer los daños a reparar, haya plena certeza sobre los bienes que fueron lesionados, sin temor a confusiones, o dobles reparaciones, y se pueda encontrar la real independencia entre los derechos.

Por otro lado, resulta clave reevaluar la pertinencia entre la distinción de daño y perjuicio, toda vez que ante la reparación de los bienes constitucionales, anclados a los daños normativos, y el sistema de responsabilidad propuesto por DOMÍNGUEZ, se debe reparar el daño, el cual es un concepto creado por el legislador, y no los perjuicios que se refieren a los hechos representados en consecuencias, pues se concibe el daño como un elemento normativo y no ontológico.²³⁸ Bajo este entendido, ahora se repara la lesión a un derecho (no física), más allá de las consecuencias que una lesión física acarreo.

Muchos podrán considerar que permitir que el hecho de que la reparación de los daños inmateriales se centre en la reparación de los derechos constitucionales, incentiva a que el Derecho de daños termine reparando cualquier lesión a un

²³⁸ DOMÍNGUEZ. Op.Cit.p.,535

derecho, por más mínima que sea. Sin embargo, es importante acotar que todos los derechos son importantes, y han sido incluidos en el ordenamiento jurídico porque se consideran valiosos y necesarios para una determinada sociedad, por lo cual, no resulta pertinente utilizar dicho argumento para invalidar esta propuesta, pues sería considerar que existen derechos que no son importantes y no merecen reparación, y si en realidad la vía judicial o el derecho de acción no es el camino para poder exigir el respeto de los derechos de un individuo, esto significa que en realidad ese bien jurídico fue nada más que un concepto vacío enunciado en una norma, pues si no se pueden hacer efectivos, ¿para qué los predicamos?

Frente a este mismo punto, es importante destacar además que el hecho de que se pretendan reparar los derechos, no conduce inexorablemente a que por ello muchos individuos verán la oportunidad de alcanzar una reparación cuantiosa por la mera lesión a cualquier derecho constitucional de naturaleza inmaterial, y aumentarán las demandas, pues en realidad el papel del juez seguirá siendo el de otorgar a cada quién lo que merece, dando cuenta en su tasación de lo realmente afectado. Además, como bien se expresó, se debe fomentar con esta propuesta la implementación de las distintas formas de reparación, por lo que las lesiones a un derecho no conllevaría necesariamente a que el juez otorgue grandes sumas de dinero, sino también a imponer prestaciones de hacer o no hacer como reparación.

Asimismo, algunos se preguntarán cuál es la necesidad de reparar derechos constitucionales, cuando existen herramientas como la acción de tutela, la cual se especializa en ello. Sin embargo, la aplicación de ésta postura no es incompatible o contradictoria con la tutela, pues, conforme al artículo 86 de la Constitución Política Colombiana, ésta última sigue siendo una acción tendiente a exigir la protección inmediata de derechos fundamentales (y la propuesta se refiere no solo a los fundamentales sino a los constitucionales), para que ante la urgencia de la situación, y al no contarse con otro medio para hacerlo, se exija que el victimario realice una prestación de hacer o no hacer. Además, es una acción subsidiaria, por lo que

primero deberá intentarse acudir a la acción aquiliana, y su objetivo es dar protección inmediata por la premura de la situación, característica de la cual no revisten todos los casos, siendo imposible que encuentren respuesta en esta figura. Adicionalmente, a través de ésta no se logra una indemnización económica. Por tanto, la acción aquiliana acogería todos esos daños que la acción de tutela no alcanza a abarcar. Es importante resaltar, que el estudio de la acción de tutela y la naturaleza de la misma no es objeto de análisis de la presente tesis.

Esta propuesta, presenta una clasificación de daños que puede ser aplicada tanto a la responsabilidad civil, como a la responsabilidad del Estado. Por lo cual permite zanjar las diferencias que existen hoy en día entre las distintas corporaciones.

Bajo este entendido, la propuesta de DOMÍNGUEZ de reparar todos los daños, más la delimitación a que solo se reparen los bienes jurídicos constitucionales, es una propuesta garantista de la ley, de la víctima y del victimario, que logra servir como compuerta para cerrar ese gran flujo de agua, o voces de daño, que estaban amenazando con colapsar, al limitar la imaginación judicial. Además, pese a que limita la imaginación judicial, tampoco deja al juez desprovisto de su capacidad de aplicar la ley, al limitarlo a categorías creadas, sino que le permite realmente inmiscuirse en ella y aproximarse mejor a la reparación de las víctimas, que es de suma relevancia para la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY,R. “Teoría de los derechos”. Citado por: HERRERA, José. Robert Alexy, el filósofo de la argumentación jurídica.[En línea]. En: Repositorio Institucional Ulima. Octubre, 2017. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet:http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5081/Avila_Jose.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ARIAS, HOLGUIN. Diana Patricia. Proporcionalidad, pena y principio de legalidad.[En línea]. En: Revista de Derecho Universidad del Norte. 2012. N°38. PP. 142-171.[Consultada 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n38/n38a05.pdf>

BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Bogotá:Editorial TEMIS. 2006 .P.136

BUSNELLI, Francesco Donato. La parábola de la responsabilidad civil. [En línea]. En: *IUS ET VERITAS*. 2002, Vol. 12, N°24, p.12-36. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/16165/16582>

----- *El daño a la persona*. [en línea].En: Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Autónoma de México. (S.F). p,275-287. [Consultado: 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/17.pdf>

CARBONNIER.J. *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. 2, París, puf, 2004. Citado por: HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. [En línea]. En: *Revista De Derecho Privado*, N°28.PP. 277-366. [Consultado el 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4477>

CÁRDENAS MESA, John.Arturo La reparación del daño evento en Colombia [En línea]. En: . *Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif. Bolivar*. 2015, vol.45, n.123 pp. 317-363.[Consultado 6 Noviembre 2018]. Disponible en internet: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862015000200002

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth. Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México. [En línea]. En: Cuestiones Constitucionales. Julio-Diciembre. 2015. N°33. PP.33-51.[Consultado 9 Noviembre 2018]. Disponible en internet: www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000200002&lang=pt

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°8: Libertad Personal. [En línea]. 2017. P.94.[Consultado 9 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf>

CLERC-RENUAND, cit. N°7..220. Citado por: PINOCHET, OLAVE. Ruperto. El principio de reparación integral del daño y su relación con la función social del derecho civil. Estudios de Derecho Civil VIII. X Jornadas Nacionales de Derecho civil. Santa Cruz: Legal Publishing Thomsons Reuters, 2013. P. 661.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. (5 de Julio de 2001). Sentencia C-710 de 2001. [MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño]. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena (24 de Mayo de 2017). Sentencia C-344 de 2017. [MP. Alejandro Linares Cantillo]. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena (5 de Julio de 2001). Sentencia C-710 de 2001. [MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño]. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. (18 Diciembre de 2012). Rad.2004-00172. [MP. Dr Ariel Salazar Ramírez] . Bogotá

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de Noviembre de 1998). Sentencia Exp. 5002. [MP. Rafael Romero Sierra]

Colombia. Congreso de la República. Ley 446 de 1998 Art 16. Diario Oficial. Bogotá, D.C. 1998. No.43.335.

CORTÉS, Edgar. El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H. [En línea]. En: *Revista de Derecho Privado*. Julio-Diciembre. 2007. N°12-13. P.307-323. [Consultado:

6 de Noviembre de 2018] Disponible en internet:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/570>

CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. P. 268.

DEL ROSARIO, RODRIGUEZ. Marcos Francisco. La supremacía Constitucional: Naturaleza y alcances. [En línea]. En: *Dikaion*. Octubre. 2011. Vol.20. N° 1. P.97-117 [Consultado 8 Noviembre de 2018]. Disponible en internet:
<http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v20n1/v20n1a06.pdf>

DOMÍNGUEZ ANGULO, Juan Pablo. *El concepto normativo del daño*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2016.P. 655

DOMÍNGUEZ ÁGUILA. Ramón. Los límites al principio de reparación integral. [En línea]. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*. Diciembre, 2010. N° 15. pp. 9-28.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. P.991 Citado por: NEIRA, PALACIOS. Adalgiza. Principio de legalidad y arbitrio judicial en la determinación de la pena. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2008.P. 239

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMON, FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas. 2011., P. 872

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos. [En línea]. En: *Revista de Administración Pública*. 1958. N° 27., P.63-88. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112350.pdf>

----- El principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución.[En línea]. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Enero-abril 1984.Vol.4.N° 10.P.11-61. Disponible en Internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249929.pdf>

- GIL BOTERO, Enrique. El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento.[En línea]. En: *Revista Digital De Derecho Administrativo*. Julio-Diciembre,2012. No.8,p.89-145. [Consultado: 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385>
- GÓMEZ, VÁSQUEZ. Carlos Fernando. El daño corporal, una crítica a la jurisprudencia colombiana en materia de indemnización de daños extrapatrimoniales. [En línea]. En: *Opinión Jurídica*. 2005. Vol.4 Núm.8. P. 95-126. [Consultado:9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1280>
- HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.1998. P. 346
- , Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. [En línea]. En: *Revista De Derecho Privado*. Enero-Julio. 2015. N°.28. P, 277-366. [Consultado el 8 Noviembre 2018] Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4477>
- JAÉN VALLEJO, Manuel. Crisis del principio de legalidad en el Derecho penal Internacional. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2008. P.172
- KOTEICH, Milagros. La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado.2012.,P. 365
- LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Madrid: Ed. Aguilar. 1976.P.185
- LONDOÑO LAZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Mayo-agosto,2010. Vol. 43. N°128. P.97-117. [Consultado: 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719870007>

MAGALÓN PINZÓN, Miguel. La revolución francesa y el Derecho administrativo Francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. [En línea]. En: *Diálogos de saberes; investigaciones y ciencias sociales*. 2005. N°23.P. 167-190.,. [Consultado:9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1706971.pdf>

M^a CAUSLAND. María Cecilia. *Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial*. En: Estudios de derecho civil obligaciones y contratos Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. PP., 325-343

MEDINA CRESPO. Mariano. La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada. [En línea]. En: Revista de responsabilidad civil y seguro. (S.F).pp-25-42. [Consultado 8 Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina40-2.pdf?phpMyAdmin=7b55e1d0ad7cdadda92b409248219bba>

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho penal: parte general. Valencia:Tirant lo Blanch. 1993.p.129 Citado por: NEIRA PALACIOS,Adalgiza. Principio de legalidad y arbitrio judicial en la determinación de la pena.Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2008.P. 239

NAVEIRA, ZARRA. Maita. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. [en línea].En: Universidade da coruña. 2004. P.1-351. [Consultado el 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://hdl.handle.net/2183/1131>

NAVIA, ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. [En línea]. En: *Revista de Derecho Privado*. Julio-Diciembre, 2007.N°12,13..P.289-306. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/567>

NEIRA PALACIOS,Adalgiza. Principio de legalidad y arbitrio judicial en la determinación de la pena. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2008.P. 239

PAMPLONA FILHO, Rodolfo y VILAS BOAS, Luiz Carlos. A torre de babel das novas adjetivações do dano. Traducción libre. [En línea].En: Universidade Salvador. 2015.N°176. [Consultado el 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/2491>

Ph. Pierre y F. Leduc, *La réparation intégrale en Europe. Études comparatives des droits nationaux*, Buselas, Larcier, 2012, p. 78. Citado por: HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. [En línea]. En: *Revista De Derecho Privado*. Enero-Julio. 2015. N°28. P, 277-366. [Consultado el 8 Noviembre 2018] Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4477>

RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo General y Colombiano. Bogotá: TEMIS.2017.P,601.El principio de legalidad.

ROMERO, PÉREZ. Jorge enrique. El principio de Legalidad. [En línea]. En: Portal de Revistas Académicas Universidad de Costa Rica. (S.F).p,.128. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en Internet: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/17158/16615>

ROSS, ALF. La lógica de las Normas. Madrid: Editorial Tecnos. Traducción: Jose Hierro. 1971. P-173

ROSSO, ELORRIAGA, Gian. El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño. [En línea]. En: *Revista De Derecho Privado*. Junio. 2014. N°26.,P449-497.. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3808>

SALVI, Cesare. Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni. 1985,p52. Citado por: ROSSO, ELORRIAGA, Gian. El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño. [En línea]. En: *Revista De Derecho Privado*. Junio. 2014. N°26.,P449-497.. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3808>

SANDOVAL GARRIDO. Diego Alejandro. La reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantías de los derechos de las víctimas.[En línea].En: *Revista de Derecho Privado*, Universidad externado de Colombia. Julio-Diciembre. 2013. N°25. PP. 235-271. [Consultado 9 de

Noviembre de 2018]. Disponible en internet:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602>

TAMAYO, JARAMILLO. Javier. De la responsabilidad civil Tomo IV. Bogotá:TEMIS. 1999. P.577

TORRADO, BARRIGA. Laura. La tipología de los daños extrapatrimoniales en Colombia: diversidad de criterios jurisprudenciales y propuestas de armonización. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. Departamento de Derecho privado. 2017.p 98. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en Internet:
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/34219/TorradoBarrigaLaura2017.pdf?sequence=1>

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil: Parte General y Personas*. Bogotá: Editorial Temis. 2000. P.805

VÁZQUEZ ACEVEDO, Enrique. La víctima y la reparación del daño.[En línea]. En: Revista de Derechos humanos. (S.F).,P. 20-26. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26927.pdf>

VELÁSQUEZ, POSADA. Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Editorial Temis. 2011. P. 589

VELÁSQUEZ, Fernando. El principio de legalidad juridicopenal. **Nuevo Foro Penal**. Diciembre. 2016. N°. 32, P. 252-269. [Consultado el 8 Noviembre de 2018] Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4301>

VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: Tipología y valoración*. Barcelona: Bosch. 1994. Citado por: GIL BOTERO, Enrique. El daño a la salud en Colombia: retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. [En línea]. En: Revista digital de Derecho Administrativo. Julio-Diciembre. 2012. N°8. PP.89-145.[Consultado 8 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385>

VIELMA MENDOZA, Yoleida. En torno a la responsabilidad civil y el derecho de daños (La reparación del daño a la persona).[En línea] En: *Commercium*. Mayo. 2012.

Nº.1. P.129-157. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/commercium/article/view/3823/3658>

VIGNOLO, CUEVA. Orlando. La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones. [En línea]. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Mayo-Agosto.2011. [Consultado 9 Noviembre 2018]. Disponible en internet: <http://www.redalyc.org:9081/home.oa?cid=2489899>

VINEY, Genevieve. Tratado de Derecho civil: introducción a la responsabilidad. Traducido por: Fernando Montoya Mateus. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.2007. P.544

WINKLER Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verurdtungsakt, Wicn.p,36. Citado por: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos. [En línea]. En: Revista de Administración Pública, (S.F). Nº. 027. p.77. [Consultado: 7 de Noviembre de 2018]. Disponible en Internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112350>

ZAMORA. Niceto. Tratado de Responsabilidad Civil. Citado por: MEDINA CRESPO. Mariano. La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada. [En línea]. En: Revista de responsabilidad civil y seguro. (S.F).pp-25-42. [Consultado 8 Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina40-2.pdf?phpMyAdmin=7b55e1d0ad7cdadda92b409248219bba>

“El Devenir del Derecho de daños“, conferencia dictada en Bogotá el 24 de marzo de 1999 en el Seminario sobre Responsabilidad Civil organizado por la Association Henri Capitant y la Universidad Externado de Colombia. Citado de: NAVIA, ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. [En línea]. En: *Revista de Derecho Privado*. Julio-Diciembre, 2007.Nº12,13..P.289-306. [Consultado: 9 de Noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/567>