



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

VARGAS TINOCO, ALEXANDER

Los borrosos contornos del núcleo esencial del derecho fundamental
a la reparación en Colombia. Reflexiones en torno a su especificación*
Revista de Derecho Privado, núm. 45, 2023, Julio-Diciembre, pp. 173-206
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.45.07>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417575468007>

- [Cómo citar el artículo](#)
- [Número completo](#)
- [Más información del artículo](#)
- [Página de la revista en redalyc.org](#)



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Los borrosos contornos del núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación en Colombia. Reflexiones en torno a su especificación*

» ALEXANDER VARGAS TINOCO**

RESUMEN. Actualmente, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que el derecho fundamental a la reparación tiene un núcleo esencial que los legisladores no pueden traspasar. Sin embargo, la forma en que se ha concretado este núcleo deja muchas dudas sobre la titularidad del derecho, su contenido y la competencia del legislador para modificarlo. Este artículo tiene como objetivo mostrar estas dificultades y proponer algunos elementos teóricos que podrían aplicarse para construir un núcleo genérico del derecho a la reparación, aceptando las limitadas posibilidades de concretar en términos exactos un núcleo esencial para el mismo.

PALABRAS CLAVE: reparaciones, derecho fundamental, núcleo esencial, daños, responsabilidad civil.

* Fecha de recepción: 24 de mayo de 2022. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2023.
Para citar el artículo: Vargas Tinoco, A., “Los borrosos contornos del núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación en Colombia. Reflexiones en torno a su especificación”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 45, julio-diciembre 2023, 173-206. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.45.07>.

El presente artículo es resultado del proyecto de investigación denominado “Filosofía de la responsabilidad civil y medidas reparatorias en el derecho de daños”, que se lleva a cabo dentro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad Externado.

** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; docente investigador. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado y del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Doctor en Derecho, Universidad de Girona, Girona, España. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: alexander.vargas@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0002-3750-2800.

The Blurred Contours of the Essential Core of the Fundamental Right to Reparation in Colombia. Reflections on its Specification

ABSTRACT. Currently, the Colombian Constitutional Court has settled that the Fundamental Right to Reparation has an essential core that cannot be trespassed by Legislators. Nonetheless, the way in which this core has been specified lets many doubts about the entitlement of the Right, its content, and the competence of the Legislator to modify it. This paper aims to show these difficulties and propose some theoretical elements that could be applied to construct a generic core for the Right to Reparation, accepting the limited possibilities of specifying in exact terms an essential core for it.

KEYWORDS: reparations, fundamental right, essential core, torts, harm, tort law.

SUMARIO. Introducción. I. El núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación integral según la Corte Constitucional. II. Elementos para una construcción alternativa. III. Reconsiderando el *núcleo* del derecho a la reparación. Conclusiones. Referencias.

Introducción

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana la tesis del núcleo esencial se ha erigido como un mecanismo argumentativo recurrente en la protección de los derechos fundamentales¹. Dicho en pocas palabras, la invocación de esta idea busca dejar por fuera de las facultades del legislador la posibilidad de alterar el contenido mínimo con el que debe contar cierto derecho para tenerse por respetado en su ejercicio². Según lo entiende la doctrina, y también la jurisprudencia dictada por la misma Corte en años recientes, se trata de una especie de inmunidad del contenido sustantivo de un derecho ante los posibles matices o limitaciones que el legislador

1 Entre ellos, el derecho a la salud (Corte Constitucional, sentencias T-690A de 2007 y T-055 de 2009), a la propiedad privada (Corte Constitucional, sentencias T-245 de 1997, C-1007 de 2002, T-575 de 2011 y C-278 de 2014), a la educación (Corte Constitucional, sentencias T-675 de 2002, T-458 de 2013, T-348 de 2016, T-727 de 2017 y T-613 de 2019), al *habeas data* (Corte Constitucional, sentencias T-168 de 2010, T-658 de 2011 y C-150 de 2020), al debido proceso (Corte Constitucional, sentencias T-039 de 1996, T-745 de 2001, C-089 de 2002 y T-1035 de 2004), a presentar peticiones (Corte Constitucional, sentencias T-134 de 2006, T-077 y T-058 de 2018), a la libertad de culto (Corte Constitucional, sentencias C-088 de 1994, C-616 de 1997 y T-049 de 2019) y al libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, sentencias T-532 de 1992, SU-642 de 1998, C-394 de 2017 y T-156 de 2019), entre otros.

2 Al respecto, Brkan señala que “la esencia –algunas veces referida como el mínimo, esencial o absoluto centro de un derecho– representa el círculo central o interior intocable de un derecho fundamental que no puede ser disminuido, restringido o interferido”. Brkan, M., “The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core”, *European Constitutional Law Review*, n.º 14(2), 2018, 333, trad. libre.

pueda establecer en el ejercicio de sus facultades reguladoras³. Con todo, respecto del derecho fundamental a la reparación integral parecen evidentes algunas dificultades al momento de aplicar esta tesis del núcleo esencial. En particular, en la jurisprudencia constitucional se registran varios argumentos que pueden ser seriamente cuestionados por no llegar a ofrecer unos límites bien definidos para ese contenido mínimo o esencial.

En ese orden de ideas, el presente trabajo busca exponer algunas de esas dificultades en la delimitación del núcleo, así como proponer elementos que pueden integrar una concepción alternativa de este, según la cual se considera el núcleo como un *mínimo argumentativo* para especificar el contenido del derecho en diferentes casos o tipos de casos, y no como un contenido prestacional predeterminado ni homogéneo para todas las situaciones en las que se ejerce. En ese sentido, en el presente trabajo se acoge una tesis relativamente escéptica de la idea del núcleo esencial aplicada al derecho a la reparación, y se interpreta que la mejor manera de entender ese núcleo en este caso sería considerándolo como un *núcleo argumentativo* y *no como un contenido específico de prestaciones siempre necesarias*. Para tal fin, en la primera parte se analiza cuál es el estado actual de la jurisprudencia constitucional en torno al núcleo bajo estudio y se muestran varias indeterminaciones que, en particular, evidencian la falta de especificidad antes denunciada. Posteriormente, se exponen los que podrían ser esos elementos teóricos pertinentes a la hora de especificar el contenido del derecho, y en la parte final se presentan algunas reflexiones sobre la forma en que podría entenderse la idea de núcleo esencial en el caso del derecho a la reparación.

I. El núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación integral según la Corte Constitucional

A grandes rasgos, la tesis actual acerca del núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación integral fue fijada en la sentencia C-344 de 2017, que marcó un hito en la delimitación de ese núcleo. En dicha providencia se examinó la constitucionalidad de la expresión “materiales y morales” contenida en el artículo 94 c. p., concerniente a la reparación del daño derivado de la conducta punible. Según el demandante, dicha expresión restringía injustificadamente el derecho a la reparación integral, pues limitaba la posibilidad de recibir indemnizaciones por concepto de otros tipos de daños diferentes a los “materiales y morales”, como los daños a la vida de relación o a los derechos o bienes constitucionalmente protegidos, reconocidos por otras altas cortes. Al respecto, la Corte determinó que la expresión demandada se ajustaba a la Constitución, siempre que se entendiera que “las categorías de per-

3 Corte Constitucional, sentencia C-756 de 2008. Para una crítica sobre la teoría del núcleo esencial, véase Maldonado Muñoz, M., “Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)”, *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, 2020, 79-112.

juicios allí indicadas son meramente indicativas y no excluyen la reparación integral de todos los perjuicios tanto materiales, como inmateriales, que hayan sido causados a las víctimas como consecuencia del delito y resulten debidamente probados”. Para llegar a tal conclusión, argumentó lo siguiente respecto del comentado derecho fundamental a la reparación integral:

(i) el derecho fundamental a la reparación integral, como los otros derechos constitucionales, no es un derecho absoluto que excluya *per se* toda posibilidad de limitación. (ii) No existe un mandato constitucional que determine el contenido de la reparación integral, razón por la cual la determinación de dicho asunto (iii) le corresponde al legislador[,] quien dispone en la materia de un margen de configuración para determinar los perjuicios reparables, así como la fijación de topes a los reconocimientos pecuniarios para dichas categorías. No obstante (iv) las medidas legislativas que delimiten el derecho a la reparación integral deben ser razonables y proporcionadas, al tiempo que no pueden afectar el núcleo esencial del derecho mismo[,] el que implica la posibilidad de reparar[,] por medios pecuniarios y no pecuniarios, todos los perjuicios que resulten probados, independientemente de su denominación o calificación jurídica. (v) Estas limitaciones son únicamente predicables de las medidas pecuniarias de reparación, pero no excluyen las medidas no pecuniarias que han sido reconocidas como formas constitucionalmente exigibles para lograr la reparación integral (restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) a las que se hizo referencia en esta sentencia.

Hasta el momento, las tesis recogidas en este fragmento han sido reiteradas en varias oportunidades por el mismo tribunal y, en mi entender, reflejan fielmente la posición de la Corte sobre este punto, razón por la que se toma el citado texto como muestra representativa de la posición actual de esta corporación sobre el núcleo esencial del derecho a la reparación⁴. Añádase a lo anterior que se trata de argumentos que componen la *ratio* de una sentencia de constitucionalidad, lo cual constituye una razón con el peso suficiente para considerarla como un precedente relevante que debe ser tenido en cuenta por la misma Corte y los demás funcionarios judiciales al momento de decidir casos que impliquen el ejercicio del derecho a la reparación integral⁵.

Con todo, la interpretación, implicaciones y forma de aplicar esta tesis dista de ser diáfana, comoquiera que, a pesar del esfuerzo de la Corte, es posible percatarse de dificultades no menores a la hora de determinar de manera clara y precisa ese contenido mínimo para el caso de la reparación integral. Dichas complejidades vienen dadas por la indeterminación que propician los mismos términos con los que

4 Véase Corte Constitucional, sentencias T-718 y T-738 de 2017, T-296 de 2018, T-066, T-067, T-154 y C-588 de 2019 y SU-150 de 2021, entre otras.

5 Respecto de la fuerza del precedente, Corte Constitucional, sentencias C-836 de 2001, C-621 de 2015 y SU-354 de 2017, entre otras.

la Corte se ha referido a este derecho fundamental y a su núcleo, como se verá a continuación.

A. Indeterminación de la titularidad del derecho fundamental

El primero de esos factores que dificultan la determinación de un núcleo esencial para el derecho a la reparación se basa en el hecho de que el grueso de los pronunciamientos de raigambre constitucional que se han producido al respecto recaen sobre la constitucionalidad de normas jurídicas sobre la reparación en los ámbitos penal, de los derechos humanos o de la justicia transicional, que involucran violaciones de derechos o daños producidos dentro de esos respectivos ámbitos jurídicos⁶. Aunque en sí misma esta circunstancia no implica que teóricamente el derecho a la reparación integral tenga que reservarse solo para algunas víctimas (cosa que aún parece indeterminada), esta situación propicia serias dudas acerca del alcance del derecho en lo que tiene que ver con su titularidad a favor de las víctimas de daños producidos fuera de aquellas áreas jurídicas, como sería el caso de la responsabilidad civil en el derecho privado o en lo contencioso administrativo, entre otras. A esto se suma el hecho de que la regulación de ciertas medidas de reparación, que según la jurisprudencia componen ese núcleo esencial del derecho, también han tenido un desarrollo legislativo particular dentro de aquellos ámbitos del derecho y no en otros, manteniendo la incertidumbre respecto de si ese contenido se aplica restrictivamente a ciertos casos solamente⁷.

Esta cuestión representa una dificultad *ab initio* a la hora de hablar de un derecho a la reparación como derecho fundamental y, en consecuencia, para hablar de un núcleo esencial *común* a todas las reparaciones. En efecto, el núcleo esencial del derecho aplicaría solo para algunas víctimas de ciertos daños y no para todas, lo cual implica que ese derecho solo se predicaría de esas víctimas, dado que no podría haber un ejercicio del mismo derecho que estuviese vacío de su contenido esencial en otras áreas jurídicas. Esa aplicación selectiva del contenido esencial entraría en

6 Sobre la reparación integral en el ámbito penal o transicional, véase Corte Constitucional, sentencias C-715 de 2012, C-438 y C-753 de 2013, C-286 y C-795 de 2014, C-069, C-161, C-221 y C-330 de 2016, C-166 y C-344 de 2017, y C-070 de 2018, entre otras.

7 Por ejemplo, la Ley 1448 de 2011 estableció varias medidas no pecuniarias a favor de las víctimas del conflicto armado interno. Lo propio había hecho la anteriormente expedida Ley 975 de 2005, conocida como “Ley de Justicia y Paz”. En ambos casos, los beneficiarios de las medidas son víctimas de delitos perpetrados por grupos armados al margen de la ley. Por otra parte, la Ley 1719 de 2014 (art. 25 ss.) estableció también medidas no pecuniarias de reparación a favor de las víctimas de delitos sexuales, y en especial de aquellas que lo fueron con ocasión del conflicto armado interno. Ahora bien, este tipo de medidas ha sido reconocido jurisprudencialmente por el Consejo de Estado para reparar daños a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, pero su aplicación más común se ha dado en el marco de las violaciones a los derechos humanos por las que el Estado debe responder. Con todo, debe destacarse que el Consejo de Estado no es el tribunal que tiene a su cargo la interpretación de la Constitución y, en esa medida, es la Corte Constitucional la principal llamada a estructurar el núcleo del derecho bajo estudio.

tensión con el carácter fundamental del derecho, en virtud del cual podría pensarse que se trata de una situación favorable a todas las personas que sufren daños y no solamente a algunas. Sobre este punto se volverá más adelante; por ahora, solo se dirá que parece claro que, al menos en algunas de las sentencias de la Corte, se lee que el contenido del derecho fundamental que incluye ciertas medidas de reparación, como las no pecuniarias, se predica específicamente de las “víctimas del delito”, mientras que en otros pronunciamientos esa restricción no aparece⁸. Esto evidencia que hay razones para que esa indeterminación siga siendo motivo de inquietud para los operadores jurídicos; inquietud que se alimenta del hecho de que en los asuntos que tienen que ver con la responsabilidad civil por daños no se hable con la robustez teórica con la que se habla del núcleo esencial en la reparación de las víctimas de hechos punibles⁹.

B. Indeterminación de los límites de configuración legislativa

Una dificultad adicional respecto de los límites del contenido esencial radica en las amplias facultades de configuración legislativa que por virtud de la misma jurisprudencia se reconocen respecto de las prestaciones que componen el derecho a la reparación. En particular, ciertas afirmaciones sobre esa libertad de configuración terminan por entrar en tensión con la idea de un núcleo mínimo que resulta obligatorio respetar. Esto se evidencia, por ejemplo, cuando se sostiene que el legislador puede establecer límites a la reparación pecuniaria y no pecuniaria, sin que haya claridad sobre cuáles pueden ser esas limitaciones. Por una parte, se dice que la reparación es “integral”, pero por otra, se afirma que el legislador *puede* limitarla “proporcional y razonablemente”. El problema no radica solamente en que se denomine “integral” a una reparación que puede ser limitada (cuantitativa o cualitativamente), reside también en que se indique simultáneamente que el núcleo esencial de ese derecho (que es limitable) consiste en reparar “todos los perjuicios que resulten probados”. Si esto es así, no sería cierto que el legislador dispone en esta materia “de un margen de configuración para determinar los perjuicios reparables”, porque no podrían dejar de repararse todos los perjuicios que sean probados en el proceso. Se evidencia entonces una tensión entre la “integralidad” de la reparación y la posibilidad de limitarla legislativamente.

Sin embargo, parece ser que establecer limitaciones al derecho a la reparación no es una cuestión dispositiva del legislador sino, más bien, *necesaria* para la realización del derecho. Al menos en lo que tiene que ver con los objetos reparables por parte del derecho, una delimitación resulta necesaria, pues de lo contrario todos

8 Corte Constitucional, sentencias T-1267 de 2001, C-916 de 2002, C-409 de 2009, C-715 de 2012 y C-069 de 2016; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2018, exp. 33948.

9 Esto me parece evidente en algunas sentencias como la C-424 de 1997, la C-1008 de 2010 y la C-111 de 2018, entre otras.

los daños que se produjeran dentro del territorio nacional serían jurídicamente reparables, y no es el caso. Para captar este punto hay que resaltar que el derecho a la reparación se entiende como parte de una secuencia lógica en la que opera como continuación de un derecho primario en relación con el objeto dañado, que ahora se repara en razón al derecho secundario que la víctima tiene después del daño¹⁰. El encargado de disponer u otorgar esta protección jurídica primaria a favor de alguien es el legislador, paradigmáticamente (o el juez en su labor interpretativa y adjudicativa del derecho)¹¹, y, en esa medida, no se ve cómo puede haber algo así como un derecho a ser reparado que sea independiente de otros derechos, puesto que reparar no es una obligación primaria en sí misma, ni una protección jurídica primigenia de algún interés o derecho que pueda ser afectado¹². Si esto es correcto, entonces no es cierto que *todos* los perjuicios que se producen se reparan si son probados en un proceso, pues lo son *solamente* aquellos que recaen sobre objetos protegidos por el ordenamiento anticipadamente (mediante derechos, intereses legítimos, o ambos, según se defina el daño). Lo anterior supone, se insiste, una delimitación necesaria o, si se quiere, una elección o distribución por parte del legislador respecto de lo que es objeto de protección mediante el derecho a la reparación. Si esto es así, entonces los límites a la reparación no son una cuestión de la cual el legislador pueda prescindir como cuestión facultativa de sus competencias, sino más bien una condición necesaria para la reparación, que difícilmente puede aquel abstenerse de concretar

-
- 10 Sobre la idea de continuidad ya se ha planteado en la teoría de la responsabilidad civil que ella puede tener dos aproximaciones diferentes. En particular, una perspectiva sostiene la continuidad de las razones que fundamentaban un deber primario a favor de la víctima y que luego deben ser satisfechas de la segunda mejor manera (Gardner, J., “What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice”, *Law and Philosophy*, vol. 30, n.º 1, 2011, 1-50). Por otro lado, se señala que lo que continúa es el derecho de la víctima que, una vez transgredido, cambia a la forma de un derecho a un remedio (Weinrib, E., *La idea de derecho privado*, E. Páez [trad.], Barcelona, Marcial Pons, 2017).
- 11 Sobre la labor distributiva del juez, Papayannis, D., *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, 218-223; asimismo, Gardner, J., “What is Tort Law For? Part 2. The Place of Distributive Justice”, en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 335-353, 340-342.
- 12 Si así fuese, difícilmente se podría inteligir el respeto por los derechos, porque se entendería que el derecho es respetado cuando es reparado, lo cual no tiene sentido. Si ese fuera el caso, tendríamos, más bien, derecho a estimaciones sustitutivas de lo que, creíamos, era nuestro derecho. Al respecto, Vargas Tinoco, A. “El valor de no dañar. De la responsabilidad civil a la prevención”, en Papayannis, D. y Pereira, E. (eds.), *Filosofía del Derecho Privado*, Barcelona, Marcial Pons, 2018, 327-357. Incluso, aunque se admitiese una interpretación amplia de la reparación que comprenda la prevención del daño futuro o la cesación de una actividad ilícita, dicha protección sigue dependiendo de una protección jurídica a otro derecho. Respecto de la autonomía del derecho a la reparación, es interesante que la Corte Constitucional, en sentencia C-330 de 2016, haya señalado que la restitución de tierras a las víctimas es un “derecho en sí mismo y es independiente de que las víctimas despojadas [...] retornen o no”. Allí, se estima, habría que diferenciar la relación entre la voluntad para retornar y ser titular del derecho al retorno, cosas que en efecto son independientes, del derecho al retorno y el derecho sobre las tierras que fueron despojadas, que de ninguna manera pueden ser independientes. Esto se ve reflejado en la sentencia C-715 de 2012, donde la Corte declaró la exequibilidad de los apartes de la Ley 1448 de 2011 que condicionaban el retorno a las tierras a la existencia de derechos o relaciones de detentación sobre esas tierras.

si pretende proteger eficazmente los derechos de las personas mediante ese derecho secundario a la reparación.

En consonancia con lo anterior, alguien podría defender que las afirmaciones de la Corte deben entenderse como referidas a los derechos e intereses que legislativamente se ha decidido proteger. Así las cosas, la idea de una reparación “integral” hará alusión a una cuestión convencional, según la cual se entenderá que todas las personas titulares de derechos o intereses primarios que son objeto de la reparación (provista jurídicamente) disfrutan de un derecho a la reparación “integral”, porque son provistas con prestaciones reparadoras a favor de los objetos cobijados por este derecho. El problema con esta interpretación, sin embargo, es que torna fútil el carácter constitucional del derecho a la reparación. En otras palabras: si se entiende que será “integral” todo lo que el legislador considere que será una reparación integral, entonces el carácter constitucional y/o fundamental del derecho a la reparación no incidirá en nada en la comprensión de lo que es “integral”. Simplemente, será integral toda reparación que el legislador diga que lo es, lo que supondrá una suerte de petición de principio respecto de ese carácter.

C. Indeterminación en el contenido de la reparación

Esta indeterminación en la integralidad de la reparación se extiende al contenido particular que las reparaciones pueden tener en cada caso. En particular, surgen preocupaciones cuando la Corte afirma que el legislador debe respetar, como parte del núcleo esencial, “la posibilidad” de que la reparación se produzca por medios pecuniarios y no pecuniarios. Allí, la indeterminación de la manera en que las diferentes medidas pecuniarias y no pecuniarias podrían satisfacer ese núcleo esencial es evidente. ¿Qué implica dejar a salvo esa “posibilidad” de ser reparado por ambos tipos de medidas? Dejarlas como “una posibilidad” para la víctima lo único que indica es que ellas no podrían ser prohibidas, lo cual no aclara mucho el panorama, por el contrario, propicia inquietudes adicionales. Por ejemplo, no queda claro si la limitación a las medidas de reparación es permitida respecto de las que no son pecuniarias, como sí es posible con las pecuniarias. Se dice que las limitaciones legislativas son “únicamente” aplicables a las medidas pecuniarias, “sin que se excluyan” las no pecuniarias, lo cual no ayuda al intérprete a determinar si el legislador puede prohibir algunas de ellas o si, definitivamente, quedan por fuera del alcance de quien legisla.

Lo razonable sería, al parecer, limitar también las medidas no pecuniarias. Al menos, se podría pensar en limitaciones de *tipo*, que seleccionen las medidas que pueden implementarse para ciertos eventos dañosos, como también en limitaciones de *grado* o intensidad, para cuando esas medidas se ordenen en un caso concreto, dada la limitación previa del tipo. Si no fuese así, podría ser jurídicamente exigible un homenaje público por causa de un arañazo en la pintura de mi vehículo, después de sufrir un accidente de tránsito causado involuntariamente. Y no solo eso, también serían aplicables medidas de no repetición, disculpas o solicitudes de búsqueda de

la verdad sobre por qué sucedió la alteración a la pintura de mi carro, cosa que resultaría, por decir lo menos, exótica. En este sentido, una teoría y una regulación un tanto más detalladas son necesarias, porque existen variables que justifican más o menos esas medidas según las circunstancias. Piénsese en cuán injustificado podría ser ordenar garantías de no repetición en casos de responsabilidad civil objetiva de actividades que sistemáticamente están permitidas, donde no haya habido culpa alguna del agente dañador: ¿tendría sentido que se tomaran medidas de prevención a futuro para que el suceso no se repita? La respuesta habrá de ser negativa si aceptamos que se trató de un accidente respecto del cual se tomaron las medidas óptimas de precaución que, por definición, serían inmejorables para el caso particular¹³.

Por último, no debe dejarse de lado la indeterminación que existe respecto de los criterios para considerar que las limitaciones del legislador deben ser proporcionales o razonables. Existen diferentes perspectivas que podrían incidir en una “razonable y proporcionada” limitación del derecho a la reparación. Claro está, lo que sea proporcionado lo será respecto de otro derecho o elemento argumentativo que haga contrapeso, y lo razonable informará de lo que parece aceptable normativamente para las circunstancias en particular. Pero ese tipo de circunstancias pueden ser de diversa índole, y la alusión a la proporcionalidad y a la razonabilidad no informa nada más allá de lo que es deseable para las conclusiones que se obtengan de un juicio que evalúa tales cuestiones, sin que se sepa qué elementos componen ese juicio. Puede haber, por ejemplo, circunstancias de diversa índole que pueden incidir en lo proporcional de la reparación. Verbigracia, bien podría dudarse de la proporcionalidad de ordenar a una persona extremadamente pobre la reparación integral a favor de alguien extremadamente adinerado a raíz de un daño involuntariamente causado por aquel. La mera alusión a la proporcionalidad no indica mucho allí. Uno diría que, en un caso como ese, parece que existen ciertas razones para que, excepcionalmente y en equidad, se maticen ciertos efectos regresivos que podría tener la *restitutio in integrum*, pero sobre esto la idea de núcleo esencial no dice mucho¹⁴. Otra cuestión que también puede incidir en la proporcionalidad de la medida está ligada al respeto por la víctima. En ese sentido, cabe cuestionar si es razonable y proporcionado dejar de lado el absurdo desprecio del agente dañador para con la víctima a la hora de indemnizar el daño moral o extrapatrimonial que le causó¹⁵. En ese orden de ideas,

13 Puede matizarse que el hecho de que una actividad esté regulada por un régimen de responsabilidad objetiva no excluye la posibilidad de que el daño se produzca por la violación de un estándar de conducta determinado. En ese sentido, una medida de no repetición podría justificarse también en el ámbito de esas actividades.

14 Sobre la regresividad en el derecho de daños, véase Keren-Paz, T., *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, G. Perrotta (trad.), Barcelona, Marcial Pons, 2016.

15 En alguna ocasión, cuando se examinó la constitucionalidad de indemnizaciones estatales a raíz de atentados terroristas de terceros, se sostuvo que “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite” (Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1993). Sin embargo, la misma Corte ha dejado abierta la posibilidad de que se establezcan legislativamente, y dentro de los límites de lo razonable, los llamados daños

¿sería necesario circunscribir ciertas medidas –por ejemplo, las no pecuniarias– a casos “grotescos” de irrespeto hacia las personas, como sucede en el derecho internacional, o deben permitirse en cualquier caso de daño injustificado?¹⁶.

D. Indeterminación del sentido de la reparación

Una última forma de indeterminación, íntimamente ligada con la anterior, se relaciona con el sentido que la reparación tiene respecto de su objeto y, en esa medida, con la idoneidad de las prestaciones que la componen para concretar ese sentido. La cuestión tiene relevancia en cuanto no es claro que el sentido que se le otorga al núcleo esencial de la reparación sea realizable con independencia de las consideraciones que se hagan respecto del objeto sobre el que recae. El objeto de la reparación debería permitir que se realice el sentido con el que ella se implementa, si es que se insiste en asignarle a la reparación un sentido específico.

Al respecto, es pacífica en la doctrina la idea de que el sentido de la reparación es “volver las cosas al estado en que se encontraban” antes del daño¹⁷. Paradójicamente, se admite que ese sentido no es posible en muchas ocasiones, como en el caso del daño moral, caso paradigmático de esa imposibilidad. Esta tensión interna respecto del sentido de la reparación suele tener dos tipos de respuesta interpretativa. Uno de ellos apela a la idea de “compensación”, según la cual el objeto del daño no siempre se repara, sino que se sustituye de manera deficiente por otro que pueda brindar algún alivio o “satisfacción” a la víctima¹⁸. Un segundo tipo de respuesta aboga por la existencia de un sentido sancionatorio de la reparación, asimilando el pago de la indemnización a una especie de pena privada a favor de la víctima¹⁹. Nó-

punitivos, que al menos en principio no guardan esa correspondencia con el daño causado (Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002).

- 16 Son pocas las luces que ha dado la Corte respecto de lo imprescindible o esencial en este derecho. Por ejemplo, sostuvo que la restitución hace parte del núcleo esencial de la reparación de las víctimas de desplazamiento forzado (sentencia C-129 de 2019). Evidentemente, este contenido no podría cumplirse para el caso en que no hubiese habido despojo de la cosa detenida por la víctima previamente.
- 17 Así, se ha sostenido, por ejemplo, en Corte Constitucional, sentencias C-588 de 2019 y SU-150 de 2021. Doctrinalmente, véase Henao Pérez, J. C., “Formas de reparación en la responsabilidad del estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2015, 277-366, esp. 286.
- 18 V. gr., Cortés Moncayo, É., *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿Un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 154.
- 19 Al respecto, Diez Schwerter señala que en el caso chileno “la jurisprudencia le ha reconocido también un rol ‘punitivo’ y ‘preventivo’”. Así se ha resuelto que ‘habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación del monto de la indemnización asume un carácter sancionador [...] Esta situación permite considerar que al fijarse el monto de la indemnización se atiende también una finalidad preventiva’ (Corte Suprema, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. 14 de junio de 2002, Registro Oficial n.º 630, de 31 de julio de 2002, 30, considerando 8)”. Diez Schwerter, J., “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de

tese que, aunque la primera tesis sea la más popular en nuestra tradición, para ambos tipos de tesis es cierto que reparar implica algo más que satisfacer ese *desideratum* de restaurar un estado de cosas. Más bien, se da por sentado que reparar comprende una idea más general que incluye proveer una *respuesta* jurídica, compensatoria o sancionatoria, según se interprete, en casos en los que no es posible recomponer ese estado de cosas perturbado. Si así se admite, entonces la idea de reparar se extiende a las hipótesis de irreparabilidad en las que se pretende *responder* ante una situación que se aprecia injustificada y ante la cual se provee una medida que se estima adecuada para proteger el derecho que fue desconocido²⁰.

No se pretende resolver aquí la cuestión de si la reparación implica elementos sancionatorios o no. No es preciso siquiera tomar posición al respecto para advertir que la irreparabilidad fáctica del daño abre la puerta a debates muy serios acerca del sentido de la reparación y su objeto. Tales debates concuerdan en el hecho de que no siempre es posible atender a la deseable circunstancia de dejar a la víctima en un estado similar al anterior, y ello abre la puerta, a su turno, a debates sobre la forma de justicia que subyace a la respuesta jurídica que se otorga. En ese sentido, el núcleo esencial del derecho a la reparación integral también parecería indeterminado respecto del sentido que tiene la idea de reparar y la forma de justicia que le subyace. Lo anterior se maximiza gracias a la inclusión de medidas no pecuniarias de “reparación” que poco tienen de reparadoras y, más bien, parecen reivindicatorias del derecho conculcado previamente. Es el caso de las llamadas garantías de no repetición, que muy discutiblemente restauran un estado de cosas, sino que previenen la ocurrencia de hechos similares *a futuro*. Asimismo, la cesación de la conducta ilícita tampoco tiene ese efecto, y es discutible que lo puedan tener las disculpas o los homenajes públicos a favor de la víctima, o la persecución y el castigo de los responsables del ilícito, todas ellas medidas no pecuniarias contempladas en los documentos internacionales que han servido de base para ciertas regulaciones en Colombia²¹.

II. Elementos para una construcción alternativa

Dicho lo anterior, cabe poner de presente algunos elementos que pueden ser pertinentes a la hora de especificar el que podría ser el contenido mínimo del derecho fundamental a la reparación, según las circunstancias de cada caso o tipo de caso. Esto implica, en vez de comprometerse con un contenido mínimo específico, que sea igual para todos los casos en los que se habla de reparación integral, proponer

Bello a nuestros días”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 9, 2005, 177-204.

20 Al respecto, Gardner, J., “What is Tort Law For? Part I”, cit.

21 De hecho, algunas de estas medidas tienen un carácter marcadamente sancionatorio. En la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 60/147, del 16 de diciembre de 2005, se dispone como medida de satisfacción “la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones” (principio IX, 22, f).

ciertas bases argumentativas mínimas que, de no ser tenidas en cuenta, podrían derivar en la estructuración de un contenido extraño al derecho. Y resultaría extraño porque no respondería a esos aspectos mínimos que parecen estar presentes tanto en los fundamentos teóricos y morales de lo que implica gozar de este derecho como en buena parte de la práctica jurídica sobre la reparación. Se trata de elementos argumentativos a partir de los cuales puede llegar a determinarse, razonadamente, un contenido mínimo más adecuado de este derecho, que en todo caso se derivará de haber considerado ponderadamente las tensiones que pueden producirse entre aquellos elementos argumentativos en cada caso o tipo de casos. Ello implica que estas bases no pretenden ser conclusiones finales sobre el contenido específico de todas las reparaciones que se otorgan dentro del ordenamiento jurídico, sino más bien puntos de partida cuya reflexión y ponderación permitiría llevar a cabo esa especificación del contenido en mejor manera. No se trata de conclusiones finales sobre el contenido porque son elementos que también requieren una especificación que está en función de cómo se resuelvan las tensiones entre ellos y, además, porque esas tensiones entre los mismos pueden dar lugar a diferentes contenidos mínimos de la reparación para diferentes casos, que pueden ser igualmente válidos.

La proposición de estos elementos parte de un escepticismo relativo sobre la posibilidad de especificar *ex ante* y con detalle un núcleo esencial específico que sea igualmente aplicable a todas las situaciones en las que se requiera reparar, independientemente de las particularidades de cada tipo de situación. Así, a diferencia de lo que sucede con otros derechos como el de petición, cuando se dice que se transgrede su núcleo si la administración no contesta una solicitud de manera completa, clara y oportuna, no será el caso que siempre que una reparación carezca de una petición de disculpas, por ejemplo, se entienda transgredido el núcleo esencial del derecho. Ello es así porque la variedad de situaciones en las que puede ser posible una reparación es tal que deben tomarse en consideración ciertas bases para la especificación racional de ese núcleo en cada tipo de caso, y no homogenizar con prestaciones específicas ese contenido mínimo para todas las circunstancias. En ese sentido, dada la complejidad de este derecho y las diferentes áreas jurídicas que puede abarcar su aplicación en tanto fundamental, los elementos que se propondrán son bases argumentativas mínimas y generales cuya ponderación permitiría especificar el contenido mínimo y determinar si en el respectivo caso o tipo de caso se violaron los aspectos básicos bajo los cuales tiene sentido hablar de este derecho. Como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, la norma superior no dice nada respecto del contenido de este, por lo que, si se quisiese rescatar la idea del “núcleo esencial”, el ejercicio de especificación de su contenido siempre partirá de un nivel de abstracción alto que contrastará con la tradicional especificidad con la que se aplica la idea de un núcleo esencial para otros derechos fundamentales. Con todo, y a pesar de este nivel de abstracción, en el caso de la reparación los elementos que se propondrán podrían coadyuvar a esa especificación mejor que los términos en los que actualmente la Corte se refiere a ese núcleo. Esto es así porque ellos implican aceptar lo que la

misma Corte ya ha reconocido, y es que este núcleo requiere de un ejercicio de ponderación y razonabilidad, y además porque ponen sobre la mesa argumentos que se relacionan con el trasfondo de lo que está en juego cuando se habla de la reparación como derecho fundamental. Veamos.

A. La universalidad del derecho

En primer lugar, y respecto de la indeterminación en la titularidad del derecho fundamental, parece que hay razones para considerar que este derecho y su respectivo contenido esencial no tienen por qué circunscribirse solamente a los casos de daños derivados de hechos punibles. En primer lugar, si la obtención de una reparación se considera una cuestión *fundamental*, entonces ese carácter debería ser indicativo de que, en principio, no se trata de una situación predicable solo para algunos miembros de la sociedad que han sufrido ciertos tipos de daños. Al menos, parece pacífico en la doctrina que una de las características de los derechos fundamentales es precisamente que su titularidad es, o tiende a ser, universal, no necesariamente porque todos tengan derecho a las mismas prestaciones como una cuestión fundamental, sino porque se trata de prerrogativas más bien indispensables –muchas veces entendidas como “inalienables”²²– a las personas en cuanto tales, debiéndose justificar suficientemente las excepciones a esa titularidad²³. Al respecto, no se encuentra en la jurisprudencia actual ningún tipo de argumento para excluir a las víctimas de daños no derivados de hechos punibles de la titularidad de este derecho o de su contenido esencial.

Ahora, si alguno insistiese en predicar la titularidad de este contenido solo para ciertas víctimas, con base en las diferencias entre las conductas que originaron el daño, debería tener en cuenta que tales diferenciaciones no necesariamente demuestran daños distintos. Ellas tienen sentido a la hora de reflejar jurídicamente cómo se expresan las distintas relaciones entre el colectivo y la persona, o entre las personas mismas, mas no buscan diferenciar el estatus o la aptitud de las víctimas para ser titulares de ciertos derechos, ni para modificar las características de los daños que pueden sufrir por los ilícitos que se califican jurídicamente de manera distinta. El conductor ebrio que comete delito y culpa civil contra la víctima le causa el mismo daño, independientemente de cuál vía jurídica, penal o civil, propicia su repara-

22 La idea de inalienabilidad aparece en la carta política colombiana, en particular en los artículos 5.º y 94. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que “[l]a inherencia e inalienabilidad a la que aluden las disposiciones citadas, designan o se refieren al atributo que se predica de un derecho debido a su conexión inescindible con la naturaleza del ser humano” (Corte Constitucional, sentencia C-284 de 2015).

23 Escobar Martínez, L., “El concepto de derechos fundamentales y el papel del juez en el estado social de derecho colombiano”, *Estudios de Derecho*, 61, n.º 137, 2003, 111-118.

ción²⁴. No debe perderse de vista que las barreras entre el daño producido en el ámbito penal y en el civil no son infranqueables. Los daños que se producen en diferentes ámbitos del derecho no tienen por qué diferenciarse por el solo hecho de una regulación distinta de las conductas que los produjeron. En ese orden de ideas, no es extraño observar cercanías que son evidentes, como sucede especialmente con los tipos penales que requieren denuncia por parte de la víctima y que, en ese aspecto, difieren muy poco de la acción civil que busca la reparación. La posibilidad de castigar al victimario marca una diferencia, ciertamente, pero en ambos casos se pone en cabeza de la víctima la disponibilidad de una reclamación y eventual reparación del daño. Añádase que el proceso penal puede propiciar la reparación mediante un incidente posterior a la sentencia, o bien permitir que la víctima opte por la vía civil, mostrando así que la finalidad reparadora del daño no es exclusiva del ámbito penal²⁵.

A lo anterior habría que agregar que, si el núcleo esencial de la reparación operara solamente en los casos en que el derecho sanciona al agente dañador, tampoco sería claro que ese ámbito solo fuese el del derecho penal, porque interpretativamente puede adscribirse también –y en efecto se ha hecho– una finalidad sancionatoria a ciertas instituciones del derecho civil. En ese sentido, el carácter sancionador del derecho penal no ha sido dominio exclusivo de este, sino que también en el derecho civil se han presentado interpretaciones sancionatorias de dicha institución y de algunas indemnizaciones que allí se ordenan, en especial las que versan sobre el daño extrapatrimonial²⁶.

Para cerrar este punto, y no menos importante, debe tenerse en cuenta que, si bien las formas de reparación no pecuniarias que según la Corte componen el núcleo esencial de la reparación tienen su génesis contemporánea en el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos²⁷, su implementación en Colombia no se ha ceñido exclusivamente a esos casos. Nótese que en la citada sentencia C-344 de 2017 se afirma que la reparación versa sobre todo perjuicio que resulta probado, “independientemente de su denominación o califica-

24 Darwall, S., *Morality, Authority and Law. Essays in Second-Personal Ethics*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2013, 31.

25 Lo dicho aquí no pretende defender que el proceso penal y el civil son idénticos, o siquiera que tengan un fundamento compartido. Claramente, el proceso civil sigue respondiendo a una relación bilateral precedente entre las partes, mientras que el proceso penal se centra, paradigmáticamente, en el castigo al victimario. Con todo, el hecho de que se produzcan reparaciones en el ámbito penal acorta esas distancias, como quiera que el destinatario de la reparación sea la víctima del daño y no el público en general. Esa cercanía, además, se resalta en las situaciones en las que el proceso mismo requiere de la denuncia o querrela de la víctima del hecho punible, porque pone de presente la existencia de una posición jurídica especial de la víctima en relación con su victimario.

26 Sobre la función sancionatoria en este ámbito, Martínez Alles, G., “La dimensión retributiva del derecho de daños”, en García, J. y Papayannis, D. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 107-131.

27 Claramente, se destacan aquí la Resolución 60/147 de 2005 y la Resolución A/RES/56/83 de 2002 de las Naciones Unidas.

ción jurídica”. De hecho, la misma Corte ha implementado formas de reparación variadas en asuntos que competen a derechos fundamentales, y no necesariamente por violaciones grotescas o masivas de estos²⁸. A su turno, el Consejo de Estado ha hecho lo propio en ciertas ocasiones donde están comprometidos derechos, sin que necesariamente se constituya una violación de aquel tipo²⁹.

B. El sentido interpersonal de la reparación

Ahora bien, que se defienda que este derecho fundamental no está restringido a ciertos hechos representa un reto, consistente en construir una idea de núcleo del derecho que pueda ser compatible con diferentes ámbitos jurídicos o, dicho de otra manera, que pueda ser común a las víctimas de injustos dañosos de diferente calificación jurídica (en términos de la Corte).

Al respecto, la respuesta podría subyacer en la lógica misma de la reparación como un derecho que reacciona ante la vulneración o desprotección de otro objeto de protección. En condiciones normales, bajo esa lógica de la reparación se provee una *respuesta* jurídica a quien ha sido víctima de un injusto por parte de otro a quien se le *atribuye* esa situación jurídicamente. Este proceder supone dos ideas más básicas que subyacen a la reparación como pretensión y que son las dos caras de una misma moneda. Una de ellas es la idea de *responsabilidad*, en virtud de la cual quien causó el daño se hace cargo de lo que produjo en el mundo, en particular a su víctima. La otra idea es la de *reconocimiento* de la persona que sufrió el daño como víctima, idea que puede ilustrar sobre el sentido más básico de lo que está implícito cuando se “repara” a alguien. Se diría que, en cualquier escenario del derecho, ambas ideas contribuyen a afirmar que reparar supone reconocer y tratar a alguien como destinatario de un deber primario de abstención del daño injusto, es decir, como alguien a quien se le debe respeto en la situación en la que estaba y ante quien se responde por la alteración injustificada de esa situación. Esta idea de reconocimiento interpersonal hunde sus raíces en la filosofía de la Modernidad y encuentra ecos contemporáneos. No es posible aquí más que caracterizar esta idea con trazos gruesos, pero resulta útil destacarla en la medida en que, cuando se habla de reparación como derecho, se supone un *contexto interpersonal* que implica una interacción en la que de por medio hay expectativas normativas cruzadas que ameritan un pronunciamiento sobre lo que es debido a otro.

28 Entre muchas, Corte Constitucional, sentencias T-088 y T-576 de 2008, T-366 de 2013, T-677 de 2014, T-141 de 2015, T-291, T-187 y T-507 de 2016, T-423 de 2017 y T-005 de 2018.

29 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 32988; Consejo de Estado, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 29.146; Consejo de Estado, sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 22-076; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de octubre de 2020, exp. 3759. También, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-066 de 2019, refiriéndose a la acción de reparación directa señaló que “[e]ste mecanismo permite así a las víctimas, obtener la reparación integral de sus perjuicios, no solo en términos económicos, sino a través de una serie importante de medidas de satisfacción”.

En esa línea, cabe destacar que un importante sector de la filosofía moral y jurídica se orientó a resaltar la idea del individuo como uno que se piensa respecto de otros, lo que le permite a su turno su individualización en las relaciones con los demás. Así, filósofos como Fichte plantearon desde la Modernidad un sentido de reconocimiento básico de alto interés para el ámbito jurídico. Según el mencionado autor, la individualidad es un concepto recíproco que “solo puede pensarse en relación con otro pensar y está condicionado según la forma por éste”³⁰. Lo anterior conlleva que un individuo solo puede atribuirse una esfera de su libertad en tanto se excluya de la esfera de otro, y ese otro puede limitarse “sólo porque posee un concepto de mí como ser libre”³¹. Esto permite que uno pueda exigirle al otro coherencia en el trato, dado el concepto previo que tiene de sí mismo como ser racional. Hegel añadiría a esa reciprocidad un aspecto dinámico según el cual las bases de una relación ética entre los individuos suponen un proceso de alternancia entre el conflicto y la reconciliación, dado que el individuo viene a saber de su propia identidad distintiva y opuesta a la del otro gracias al dinamismo de sus relaciones y a una búsqueda de formas más demandantes de su individualidad³². A ello se suma que, cuando esas demandas interpersonales se hacen desde una posición normativa especial, de manera que su transgresión implica la violación de un derecho individual, se ha defendido que el transgresor debe responder ante la víctima como una forma de respetarle como a alguien que tiene una autoridad individual para responsabilizarlo por el injusto³³.

Por supuesto, todas estas ideas subyacen, principalmente, en un plano moral que anticipa la idea de reconocimiento como elemento implícito del derecho a la reparación *frente a* cualquiera que nos dañe antijurídicamente. Con todo, ellas iluminan sobre el hecho de que, si se defiende la existencia de un derecho fundamental a la reparación, en cabeza de cualquier persona –que a su turno es titular de otros derechos–, es porque se admite desde el nivel jurídico que las interacciones en las que se produce el injusto dañoso se dan entre personas que están en un contexto de igualdad en el que es necesaria una reciprocidad en el trato y en la consideración de su esfera de libertad. En ese sentido, la reparación se otorga como una manera de delimitar el ámbito propio a partir de lo que es debido al otro, lo que reivindica simultáneamente la esfera ajena que fue transgredida. Esto permite relacionar estrechamente la reparación con la justicia y ubicar al derecho fundamental a la reparación en cabeza de todos, para darle un sentido interpersonal como el que en efecto tiene en la práctica jurídica.

30 Fichte, J., *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, J. L. Villacañas et al. (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, 140.

31 *Ibíd.*, 143-144.

32 Honneth, A., *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*, J. Anderson (trad.), Cambridge, The MIT Press, 1995, 17.

33 Darwall, S., *Morality, Authority and the Law*, cit., 195.

Entender que el derecho a la reparación responde a un ámbito de trato interpersonal resulta ilustrativo. Como es sabido, no se afirma la violación del derecho fundamental a la reparación cuando no se compensa a quien resultó dañado por circunstancias en las que no medió ninguna conducta voluntaria directa o indirecta –no necesariamente intencional– con precedencia. En ese sentido, el desvalor que tiene dejar a la víctima de un terremoto sin reparación, por ejemplo, no es el tipo de desvalor del que se ocupa el derecho a la reparación integral, porque allí no habría un tratamiento interpersonal precedente que permita la responsabilización por el daño sufrido. El derecho a la reparación, en cambio, versa sobre las afectaciones que son disvaliosas porque representan un desconocimiento de una posición normativa que debió ser respetada y que provino de otro igual a quien fue afectado, aun cuando el género de la actividad precedente haya sido permitido³⁴. Así las cosas, cuando se dice que se tiene un derecho a la reparación se está afirmando que se tiene un derecho frente a otro para que responda ante uno por todas las afectaciones antijurídicas que produjo y que le son atribuibles³⁵. Esto marca una notoria diferencia con otras formas de preocupación por el daño, pues cuando se habla de reparar integralmente se supone una relación de la reparación solo con aquello que se ha derivado de la conducta de otro y no de un infortunio que no pueda serle atribuido.

C. El sentido expresivo de las respuestas jurídicas *reparadoras*

Dicho lo anterior, podría afirmarse que un derecho fundamental a la reparación supone una pretensión subyacente pero condicionante de la reparación misma, consistente en ser reconocido por otro como víctima de un evento disvalioso, ya sea por la conducta que precedió la interacción, el resultado de ella o ambos, según se argumente. En ese sentido, toda reparación, en tanto interpersonal, supone una pretensión para que quien ha sufrido el daño sea reconocido como víctima y, en esa medida, se le provea una respuesta jurídica ante el daño. Para ello puede exigirse la verificación de ciertos elementos tendientes a dilucidar que esa afectación en particular puede ser atribuida a otro, jurídicamente hablando. Una vez determinada esa atribución, se dicta una medida que judicialmente ha sido denominada *reparadora*, pero que en realidad engloba una serie de *respuestas jurídicas* que tienen en común un contenido expresivo que puede variar en intensidad, según el caso. Ese contenido expresivo consiste en transmitir a la víctima, principalmente, pero también a la sociedad que es espectadora de cómo opera la justicia en ese caso, que ha ocurrido un suceso dañoso que no debe quedarse sin una reacción por parte del derecho, un

34 Sobre este punto, Papayannis diferencia entre la acción que causa el daño y la que está permitida pero regulada por la responsabilidad objetiva, diciendo que solo la primera está prohibida, no también la segunda. Véase Papayannis, D., *Comprensión y justificación de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Marcial Pons, 2014, 175.

35 Sobre la idea de responsabilidad civil ante uno por una infracción normativa dañosa, Goldberg, J. y Zipursky, B., *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2020.

evento indeseable que amerita una muestra de respeto hacia los derechos que se vieron afectados en la interacción, procurando eliminar los efectos del injusto cuando ello es posible.

En efecto, el sentido expresivo que en general está implícito en este reconocimiento hacia la víctima permite la inclusión de medidas que van desde la tradicional indemnización hasta las contemporáneas medidas no pecuniarias, pues si bien todas tienen ese sentido o carga, no todas la tienen en igual intensidad. Además, este sentido expresivo permite explicar más fácilmente que no todas las medidas que se entienden como *reparadoras* realmente pueden restaurar un estado de cosas, sino que tienen un sentido de reconocimiento más básico que no siempre se transmite con la restauración de una situación pasada. Así, mientras algunas medidas, como, por ejemplo, la rehabilitación, se pueden subsumir claramente en el género de las reparaciones *in natura* que tienen esa pretensión restauradora, otras medidas, como las de no repetición, no pueden tener ese mismo sentido, pues lógicamente se proyectan hacia el futuro sin poder recrear una situación similar a la del pasado. Ese tipo de medidas no pecuniarias, que, estrictamente hablando, no reparan, son interpretadas en el presente trabajo como formas de reconocimiento de la posición normativa de la víctima que fue afectada de manera antijurídica³⁶. Ellas tienen, claramente, un mayor grado de expresividad que las tradicionales, pues es notorio que mientras la indemnización transmite un mensaje de reconocimiento a otro de manera más implícita o tácita, estas medidas no pecuniarias reconocen expresamente el estatus normativo afectado y, en ese sentido, transmiten de manera explícita el mensaje de respeto hacia la víctima dentro de la sociedad.

Así, cuando se habla en general de un derecho a la reparación se habla de un reconocimiento a la víctima con el que se pretende reivindicarle de una manera tal que los efectos de la perturbación que sufrió desaparezcan, de ser posible, reconociéndole en todo caso de manera implícita o explícita, según el caso, como alguien que debió ser respetado a pesar de lo sucedido³⁷.

Esta interpretación permite que dentro de la idea de reparación se engloben otro tipo de respuestas jurídicas que no necesariamente buscan restaurar o volver las cosas al estado anterior en que se encontraban, como se observó antes, sino proveer

36 Para una asimilación de ciertas medidas no pecuniarias a la idea de reparaciones *in natura*, Henao Pérez, J. C., “Formas de reparación en la responsabilidad del Estado”, cit., *passim*. Para algunas discrepancias con esta tesis, Vargas Tinoco, A., “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el Derecho privado”, en García, J., y Papayannis, D. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 57-131. Sobre el sentido expresivo que puede tener la justicia correctiva en general, Smith, S., “Why Courts Make Orders (and what this Tells Us About Damages)”, *Current Legal Problems*, vol. 64, n.º 1, 85.

37 Hay quienes asignan un contenido expresivo a las indemnizaciones por daño moral, por ejemplo. Sobre este punto, Pino Emhart, A., “Restaurar para corregir: la dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual”, en Papayannis, D. y Pereira, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Barcelona, Marcial Pons, 2018, 359-376.

una reivindicación de los derechos de la víctima a través de respuestas que reconocen su posición normativa frente a los demás³⁸. De esta manera, cuando, por ejemplo, se ofrece una disculpa por el evento dañoso causado se admite la ocurrencia de una situación indeseable que juzgamos injustificada, así como el hecho de que ella no debió suceder en primer lugar³⁹; o cuando se ordena una medida de no repetición ante el daño, lo que se afirma implícitamente es un repudio del hecho que dio origen al reclamo; lo propio podría decirse de una conmemoración o un homenaje a las víctimas, que emula un acto de disculpa en el que se encuentran ciertos elementos simbólicos que refuerzan un rechazo ante el suceso dañoso. En esas situaciones, el sentido de las respuestas jurídicas no es proveer una restauración o reparación del daño estrictamente hablando, sino ofrecer un reconocimiento al estatus normativo de la víctima como alguien que debió ser respetado en primer lugar⁴⁰.

D. La situación protegida

Los elementos anteriores caracterizan la estructura básica de la reparación y su connotación expresiva más fundamental, como un derecho que se ejerce interpersonalmente; pero también hay otros elementos que pueden incidir en el contenido sustantivo de esas medidas o respuestas *reparadoras*.

Tal vez, el elemento que tiene la mayor incidencia en el contenido de una respuesta *reparadora* tiene que ver con el estado de cosas protegido jurídicamente y que fue alterado por el daño. Es decir, un derecho fundamental a la reparación no podría estar desligado de las circunstancias que fueron alteradas por la conducta que provoca la respuesta jurídica *reparadora*. En ese sentido, las respuestas jurídicas que se entienden reparatorias versan sobre una alteración de un estado de cosas protegido, independientemente de que este pueda ser reconstruido o restaurado posteriormente. Puede discutirse en qué sentido el injusto sirve de referencia para la medida jurídica que desencadena, esto es, si necesariamente determina esa reacción para que sea equivalente al daño, o simplemente es una condición para la respuesta⁴¹, pero

38 Este propósito no reparador es explícitamente afirmado por las altas cortes en punto de la indemnización de daños extrapatrimoniales, a la cual se le atribuyen capacidades satisfactorias o de mitigación (v. gr., Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 17 de agosto de 2001, exp. 6492).

39 Esto no niega que pueda haber disculpas por daños derivados de conductas que se juzgan inevitables, pero pareciera ser que el sentido de las disculpas en estos casos es distinto al sentido en el cual nos disculpamos genuinamente por algo incorrecto (en el sentido de reprochable). En este último caso no solo sentimos haber causado el resultado, sino lamentamos obrar de una manera injustificada, inadecuada respecto de la víctima.

40 Se ha sostenido que esta interpretación de las medidas no pecuniarias debería conducir al intérprete a destacar la centralidad de la prevención del daño como mejor forma de respuesta jurídica que protege el derecho en ciernes. Sobre este punto, Vargas Tinoco, A., “El valor de no dañar. De la responsabilidad a la prevención”, cit., *passim*.

41 Al respecto, Weinrib, E., “Civil Recourse and Corrective Justice”, *Florida State University Law Review*, vol. 39 n.º 1, 2011, *passim*, esp. 294, para una diferenciación entre ambas tesis.

me parece que, cualquiera sea la tesis acogida, un derecho a la reparación debe mirar hacia atrás para apreciar la alteración injustificada y reflexionar acerca del sentido en que la respuesta jurídica se ocupará de lo que sucedió, para así afectar positivamente el estado actual de la víctima y sus perspectivas frente a un futuro diferente al que se proyectaba antes⁴².

Esta es la razón por la que los teóricos suelen vincular la idea de reparación con la justicia correctiva, que tiene esa perspectiva sobre lo que ya ocurrió⁴³. Pero ello no quiere decir que la reparación tenga que producirse en determinado marco de interpretación de la justicia correctiva⁴⁴, sino que necesariamente lidia con algo que sucedió antes del reclamo interpersonal. Así, la manera en que se interpreta la justicia que opera en la reparación puede variar, según se comprendan los términos en que se relacionan las partes, o el sentido en que la respuesta jurídica trata con ese pasado. El asunto es que lo ocurrido antes no deja de ser un punto de referencia que provee el suficiente espacio para interpretar de diferentes maneras los principios de justicia que subyacen a la reparación, en especial, los que relacionan a las partes de la interacción⁴⁵.

En ese orden de ideas, la relevancia del pasado tutelado fuerza a que se justifiquen en debida manera las respuestas que por exceso o por defecto no se ajustan a lo efectivamente afectado o a la manera en que aquel es valorado socialmente⁴⁶. Así, por ejemplo, si alguien choca un vehículo ajeno y es obligado a pagar una suma mayor al coste de la reparación del coche en el mercado, entonces el participante de la práctica jurídica podría rechazar ese sobre coste porque no hace parte de la manera en que la justicia de la reparación opera respecto de lo que se protegía, según la interpretación de aquella. En ese caso, o bien tendría que darle a esta medida un

42 En relación con ello resulta ilustrativo Herschovitz, S., “Tort as a Substitute for Revenge”, en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 86-102, donde se afirma que la justicia correctiva debe proveer a la víctima de una medida que le permita afrontar el futuro, en razón a que la mayoría de las veces los daños pasados no son reparables.

43 En ese sentido, Gardner señala que la justicia correctiva en la responsabilidad civil mira hacia atrás para tratar de atender las razones que no fueron satisfechas inicialmente (Gardner, J., “What is Tort Law For? Part I”, cit., 11).

44 Con todo, tendría que rechazar una interpretación de la justicia correctiva que separe a la víctima y al agente dañador diametralmente, para desligarlos del todo. Una separación tal conllevaría el desconocimiento de la estructura de reconocimiento interpersonal que parece estar presente, sin duda, en el derecho fundamental en estudio. Una tesis que defendía esta separación fue formulada por Coleman bajo la idea de una “justicia correctiva anuladora” (Coleman, J., *Riesgos y daños*, D. Papayannis (trad.), Barcelona, Marcial Pons, 2011, cap. XVI).

45 Solo así puede entenderse que exista un debate interesante sobre la función de la indemnización por daño moral, por ejemplo, porque se entiende que hay una falta de equivalencia entre lo dañado y lo dado por concepto de reparación. En ese sentido, no pueden descartarse lecturas vindicativas o restaurativas de la justicia subyacente a la reparación, por ejemplo.

46 En nuestro ordenamiento, habría que justificar el desconocimiento del valor de mercado en el caso de los daños patrimoniales, por ejemplo, o el de los topes indemnizatorios que jurisprudencialmente se han reconocido para la compensación de los daños extrapatrimoniales.

sentido que va más allá de la mera recomposición del bienestar perdido, argumentando que tiene una finalidad compensatoria adicional, como la indemnización del daño inmaterial, por ejemplo, o bien tendría que adjudicarle un sentido sancionador que, en todo caso, habría de justificar en tanto exceda o carezca de correspondencia con lo que pretende recomponer.

E. Respeto interpersonal

Lo anteriormente dicho conduce a otro elemento que incide en el contenido de la reparación, que es el respeto. Por supuesto, la literatura sobre este asunto abunda y sería un tanto arbitrario seleccionar solo una parte de ella⁴⁷. Sin embargo, parecería ser que la idea de respeto que es pertinente a la reparación es una bastante sencilla de enunciar y que tiene que ver, primero, con la no irrupción o no alteración de una situación determinada que está protegida (como se dijo en el acápite anterior) y, en segundo lugar, con la manera en que se puede producir esa posible alteración, esto es, la consideración que observó o no el agente dañador respecto de la víctima del daño y su posición normativa⁴⁸.

Esto significa que puede haber medidas reparadoras que se deriven de esa idea de inalterabilidad, aun cuando no haya habido culpa del agente, por ejemplo, pero también que la presencia de esa culpa no necesariamente tiene que ser indiferente a la hora de ordenar una respuesta jurídica reparadora. Ahora, bajo la idea de inalterabilidad no defiende que sea posible impedir todas las interferencias accidentales a las esferas jurídicas de las personas, o que cuando hablo de la actitud hacia la víctima estoy defendiendo solamente la existencia de regímenes basados en la culpa. Una interferencia accidental puede dar lugar a una mera indemnización por el daño material y moral que se cause, pero un comportamiento displicente, vejatorio o palmariamente desconsiderado hacia la víctima no tiene por qué ser ignorado a la hora de reparar, sea porque puede ocasionar un mayor daño inmaterial, o sea porque es necesario recomponer la posición de la víctima ante la sociedad y contrarrestar el mensaje errado que ese injusto dejó tras de sí⁴⁹. En ese caso, se haría más explícito el sentido expresivo que subyace a las reparaciones y que no aparece con la misma intensidad en todas las medidas o respuestas de *reparación*. Al punto que se quiere llegar es que el respeto práctico que se debe hacia la víctima puede ser, no solamente un elemento cualitativo de las medidas que componen la reparación, esto es, un elemento que permite su comprensión y justifica su implementación, sino también

47 Para un análisis de varios sentidos en que se puede comprender el respeto, Darwall, S., "Respect and the Second-Person Standpoint", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 78, n.º 2, 2004, 43-59.

48 Sobre esta forma de respeto en particular, Raz, J., *Valor, respeto y apego*, M. Bergas (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 209.

49 Al respecto, Herskovitz, S., "Tort as a Substitute for Revenge", cit., *passim*.

un elemento que puede tener efectos en la graduación e intensidad de las medidas –pecuniarias o no– que se dicten como parte de la reparación, según el caso⁵⁰.

En la práctica, esa falta de respeto es tomada en cuenta cuando se verifica que el demandado se ha desviado de un estándar de conducta razonable, solo que no se explicita judicialmente que esa conducta no corresponde al trato respetuoso que se le debió haber dado a la víctima, su cuerpo y/o sus bienes. De explicitarse de esa manera, habría que admitir que las conductas que no observan ese respeto interpersonal no necesariamente implican un estado mental por parte del victimario (dolo o culpa en el sentido subjetivo), sino que pueden aun observarse en las perturbaciones al *statu quo* protegido; y, en caso de tratarse de comportamientos objetivamente desconsiderados o irrespetuosos, la pertinencia y graduación de ciertas medidas puede variar, no con base en un análisis subjetivo de la psiquis del agente dañador, sino con base en los hechos que causaron el daño.

F. Contexto de la interacción

Finalmente, existe una cuestión adicional que parece relevante considerar y que incide en las prestaciones que componen la reparación, es decir, que pueden tener incidencia en su contenido y en la reflexión sobre sus contornos. Se alude al contexto en el que se produjo la interacción dañosa. Evidentemente, apelar al contexto no dice mucho por sí solo, por lo que habría que especificar el tipo de contexto que parecería ser es relevante para la determinación de la reparación. En este caso, se hará referencia al contexto distributivo⁵¹. Este contexto se relaciona con la manera como se entiende que las partes son iguales, que es un presupuesto para que opere la reparación interpersonal como una cuestión que responde a los derechos y deberes recíprocos que se tienen.

Ahora, de la misma manera en que la igualdad puede tener una acepción formal y otra material, este contexto distributivo también puede ser relevante desde esos dos sentidos al momento de dar lugar a la reparación. Bajo un primer sentido, que se podría calificar como *formal*, la reparación se debe en un determinado estado de cosas distributivo, o de unos derechos que fueron previamente distribuidos o asignados en el orden jurídico –no necesariamente desde el ámbito moral–⁵². En el segundo senti-

50 En relación con ello cabe destacar que el Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de aumentar excepcionalmente la indemnización por daño moral en casos de graves violaciones a derechos humanos, entre otros, “cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 32988).

51 No se pretende excluir aquí otros contextos que también podrían ser relevantes, como podrían ser otras condiciones bajo las que se produce el daño a una persona en particular, por lo que, por ejemplo, la idea de una reparación “con perspectiva de género” o “con perspectiva etaria” también responderá al contexto de la interacción que no debe ser desconocido.

52 Al respecto, Gardner, J., “What is Tort Law For? Part 2”, cit., 339.

do, que cabría llamar *material*, se atendería también a las circunstancias particulares y materiales de las partes de la interacción que inciden en las diferencias entre ellas a la hora de hacer efectivas sus libertades formales. Aunque algunos han defendido que estos sentidos deben interpretarse de manera excluyente, dado que consideran que la justicia entre las partes no tiene que ser afectada con las circunstancias particulares de cada una de ellas antes de la interacción⁵³, parecería ser que la existencia de un contexto distributivo es difícil de eludir, pues resulta arduo ignorar que las partes detentaban algo sobre lo cual tienen una titularidad jurídica o derecho (que determina una distribución previa, sea la que fuere)⁵⁴, o bien que el sistema jurídico les ha distribuido esas titularidades que detentan⁵⁵.

Formalmente interpretado, este contexto distributivo se referirá a las condiciones antecedentes bajo las cuales la reparación será una operación interpersonal relacionada solamente con el injusto que afectó ese estado de cosas distribuido, lo que permitiría que hubiese reparaciones con independencia de las circunstancias materiales que fueron ajenas al injusto en particular, como cuán pudiente o necesitada fuera alguna de las partes de la interacción. Ese contexto también impediría que la reparación se ocupase de derechos que no fueron afectados en la interacción injusta, o que ella se produjera en un contexto de desigualdad formal en el que los derechos y deberes no fuesen relacionales. En cambio, el sentido material del contexto distributivo mirará, no solamente esas condiciones, sino también aquellas necesarias para que la reparación no agrave ni mantenga las desigualdades materiales que tienen las partes que son formalmente iguales (dando por sentado que lo fuesen)⁵⁶. Así considerado, podría justificarse que se presenten moderaciones excepcionales a las reparaciones respecto de una situación protegida que terminarían por agravar la situación de personas muy limitadas en sus oportunidades, por carencia de recursos o situaciones de extrema pobreza, o por el hecho de que ciertas reparaciones generarían sobrecargas excesivas para alguna de ellas. En tales casos podría surgir la preocupación por un posible incentivo para dañar a ciertas personas y no a otras, desconociendo el respeto que todos merecen por igual. Pero esto no tiene por qué ser así. Si se ha dicho antes que el contexto distributivo es relevante, se ha dicho solamente en conjunción con otros elementos como el respeto y el estado de cosas del que gozaba la víctima, enmarcados en una respuesta interpersonal que

53 Así se consideraría bajo una tesis formalista como la expuesta por Weinrib, E., *La idea de derecho privado*, cit., 239-242.

54 Una interpretación de este tipo se encuentra en García, J., “El fundamento del derecho de daños. Una propuesta”, en García, J. y Papayannis, D. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 21-56.

55 Así lo defiende Papayannis, D., *Comprensión y justificación de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Marcial Pons, 2014.

56 Para una idea de los remedios como unos que deben observar la igualdad sustancial entre las partes, Dagan, H. y Dorfman, A., “Substantive Remedies”, *Notre Dame Law Review*, vol. 96, 2020, 513-562.

tiene un sentido expresivo. Ello quiere decir que el derecho a la reparación no puede ser implementado solamente atendiendo a circunstancias materiales de desigualdad, como si pudiese haber algo así como una obligación de reparar (o la ausencia de ella) derivada únicamente de las circunstancias materiales de las personas o independientemente de si tuvieron incidencia causal en la producción del daño. Esto sería una aplicación, sin más, de criterios de justicia distributiva incompatibles con la estructura interpersonal de la reparación. En cambio, es claro que el contexto relevante aquí es el de una interacción injusta, y para ello es necesario corroborar que dicha interacción se ha producido. Así las cosas, el contexto distributivo permitiría matizar la reparación, pero solamente en conjunción con la idea de una interacción dañosa en la que es pertinente guardar el respeto debido entre las partes y el estado de cosas que se protegía. Un desbalance a la hora de considerar alguno de estos elementos produciría resultados que podrían transgredir el derecho a la reparación integral, por ejemplo, porque se obligue a alguien solamente a ofrecer una disculpa a pesar de que puede recomponer materialmente el estado de cosas que alteró antijurídicamente⁵⁷.

Dicho lo anterior, el contexto distributivo, por un lado, parece ser un aspecto ineludible de la reparación en tanto se entienda que ella se produce dentro de un contexto de distribución determinado y, por otro, puede llegar a incidir en el contenido de la respuesta *reparadora* si se entiende que ese contexto aporta razones de peso para que, en sede de la reparación, se tengan en cuenta los efectos que las medidas ordenadas tendrían respecto de la igualdad material de las partes. Esta pertinencia del contexto implica que, sea el que fuere el énfasis que un ordenamiento le dé al contexto distributivo, ora formal o material, habrá razones para que ese contexto no genere limitaciones injustificadas respecto de los otros elementos antes expuestos que también inciden en el contenido del derecho a la reparación, en particular, el estado de cosas protegido y el respeto interpersonal inmersos en la estructura interpersonal de la reparación. En esa medida, toda concesión que se haga respecto de estos elementos a favor de la consideración del contexto distributivo habría de estar suficientemente justificada, sin perder de vista que la reparación opera respecto del injusto producido entre las partes⁵⁸.

57 En este ejemplo nada impediría que en virtud de un acuerdo conciliatorio entre las partes se estimen unos remedios distintos entre ellas. Esto no obstaría para que el juez, en circunstancias en que considera que también hay intereses públicos de por medio, valore que el acuerdo al que se ha llegado pueda considerarse violatorio del derecho fundamental por ser palmariamente desconsiderado respecto de la magnitud del daño causado y, en ese sentido, irrespetuoso con la víctima.

58 En ese sentido podría afirmarse que, en principio, una comprensión formal del contexto distributivo tendrá cierta prioridad respecto de la comprensión material, si es que enfocarse en esta última derivará en un argumento para desconocer la responsabilidad del agente dañador respecto de su propia conducta ante la víctima. En otras palabras, la interpretación material del contexto no debería conducir a responsabilizar al agente dañador por circunstancias que no le son atribuibles, esto es, ajenas a la interacción injusta que produjo. Una forma de defender la pertinencia del contexto distributivo material entre las partes sin acudir a la justicia distributiva como fuente de los deberes de reparación se encuentra en la idea de justicia relacional defendida por Dagan, H. y Dorfman, A.,

III. Reconsiderando el *núcleo* del derecho a la reparación

Hasta aquí se ha tratado de exponer algunos elementos que, según se ha argumentado, inciden en el contenido del derecho fundamental a la reparación porque, dada la tensión entre ellos en las diferentes circunstancias en que se puede producir el injusto dañoso, su ponderación puede llegar a proveer el contenido de aquello que consideramos como ejemplificación del derecho a la reparación en diversos ámbitos del derecho.

En ese orden de ideas, se ha pretendido evidenciar que *lo esencial* del derecho fundamental a la reparación no puede ser una cuestión fija o estática y, por tanto, igual a un contenido mínimo de referencia para todas las situaciones, como sucede con otros derechos fundamentales. Más bien, *ese contenido se especifica en la medida en que se quiere proveer a la víctima de respuestas jurídicas que impliquen su reconocimiento interpersonal como tal, de manera implícita o explícita, a través de medidas pecuniarias o no pecuniarias, que atiendan al estado en el que se encontraba, al respeto debido hacia sus derechos, y que sean adecuadas al contexto de la interacción*⁵⁹. Esta sería una sugerencia teórica que podría tener un mejor rendimiento que el llamado núcleo esencial expuesto por la Corte actualmente, porque proveería elementos de argumentación más específicos para considerar cuáles son los límites que tiene el legislador y los aspectos desde los cuales este debería ponderar las respuestas jurídicas que enmarca como reparaciones en diferentes áreas del derecho.

Ahora bien, en estricto sentido, esta propuesta no constituiría una verdadera aplicación de la teoría del núcleo esencial, al menos no si este se considera como límite específico e inmóvil que permita identificar claramente un mínimo infranqueable del derecho. Con todo, tampoco se deja al arbitrio de los intérpretes considerar que cualquier solución puede ser entendida como reparación, porque precisamente se limitan los elementos que entran en juego al momento de ponderar, y se provee una estructura teórica dentro de la cual el legislador tendrá que ofrecer argumentos de peso suficiente cuando pretenda darle mayor énfasis a uno de estos elementos, en sacrificio de los otros. En tal medida, esos elementos que integran esta propuesta han sido planteados de manera suficientemente abstracta como para no llegar a ser considerados un contenido específico y estático, pero tampoco dejan a la merced legislativa la construcción del que podría ser el contenido del derecho fundamental. Así, la ponderación entre los elementos antes referidos habrá de hacerse cada vez que legislativamente se empleen limitaciones a la reparación para favorecer alguna de esas razones en juego por encima de otras, de manera que tales límites deban

“Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice” [en línea], disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3637034> [consultado el 19 de mayo de 2022].

59 Ello se acompaña con los artículos 1.º, 2.º, 13 y 58 de la norma constitucional, que parecen ser pertinentes para evaluar los límites a la reparación en cada caso.

justificarse suficientemente respecto de las demás, en particular de la estructura interpersonal a la que responden según su fundamento moral.

El asunto por resaltar aquí es que, conforme a lo dicho, no parecen plausibles los intentos por proveer delimitaciones detalladas que se formulan *ex ante* sobre el contenido esencial en la reparación, como se ha predicado de otros derechos fundamentales. Ello parece obedecer a dos razones, principalmente. Primero, la que consiste en que, si bien el contenido esencial de los derechos suele conformarse por prestaciones claramente identificadas que permiten distinguir lo accesorio de lo que es la *esencia* de ellos, en el caso del derecho a la reparación el establecimiento de unos mínimos infranqueables no puede darse con independencia de la manera como se relacionan esos factores a los que se ha aludido antes, ya que la idea de reparar recae sobre diferentes interacciones y se deriva de diferentes conductas no siempre homogéneas, respecto de las cuales el derecho y las personas pueden tener intereses de diferentes tipos. Así, la previsión normativa de cómo se relacionarán esos factores e intereses en las diferentes situaciones fácticas es una cuestión sumamente compleja, por no decir imposible para los propósitos de este trabajo, que corresponde preeminentemente al legislador al momento de dotar de contenido a este derecho en ejercicio de su competencia reguladora. Empero, él deberá enfrentar y ponderar los mínimos argumentativos antes expuestos a la hora de confeccionar las respuestas jurídicas reparadoras adecuadas para cada caso o tipo de casos, siendo el juez constitucional el evaluador de que esa ponderación en sede legislativa se haya producido conforme a la tensión entre esos mínimos y de manera razonable a la luz de la Constitución.

La segunda razón, y derivada de la anterior, es la dificultad de un núcleo esencial fijo para todos los casos en que se debe una reparación está en que ese contenido reparador incidirá en la determinación de los derechos que con ella se protegen, de manera que establecer un núcleo esencial para ella es determinar parcialmente el contenido de los otros derechos cuya violación primaria es objeto de la reparación. Así, por ejemplo, si se dijera que la reparación, como cuestión de su núcleo esencial, solo puede provenir directamente del agente dañador en todos los casos (por ser ello parte del núcleo), podría interpretarse que la actividad aseguradora violaría ese núcleo, o que el pago de indemnizaciones administrativas haría lo propio, cuando no necesariamente es el caso. A ese respecto, habría que señalar que si solo tuviésemos fondos de compensación que respondiesen por los daños, entonces la idea de ser reconocidos por otro que cometió un injusto dañoso en nuestra contra se desvanecería y, ciertamente, careceríamos de un derecho a la reparación, según lo expuesto. Tendríamos, más bien, un derecho de asistencia, a acceder a la solidaridad o a la seguridad social ante los riesgos (de cualquier tipo) de los que somos pasibles. Así, la creación y el funcionamiento de un fondo debería tener en cuenta también el respeto y el contexto en el que se produjo el daño, a fin de no desconocer la pretensión de reconocimiento interpersonal que es básica y subyacente a la idea de obtener una reparación. En ese sentido, un fondo de compensación por crímenes anónimos, por

ejemplo, no debería eliminar la posibilidad de perseguir una reparación complementaria para la víctima, o de subrogarse contra el perpetrador del crimen en caso de que sea identificado y tuviese capacidad de responder ante la víctima, porque de lo contrario se eliminaría injustificadamente la posibilidad de ese reconocimiento y de una respuesta de su parte ante ella. La idea es que la claridad de las reglas mínimas esenciales en la reparación solo deviene de la ponderación razonada que se hace para cada caso, preguntándose si la medida de reparación en particular preserva, aunque sea mínimamente, el respeto interpersonal por la víctima y su reconocimiento como tal con la medida que se otorga, si hay una consideración con el estado de cosas protegido y si se adecua al contexto de la interacción⁶⁰. Este análisis habrá de hacerlo el legislador en la confección normativa que haga del derecho, y será evaluada por el juez constitucional que garantice su protección constitucional en esa regulación, cualquiera sea la rama del derecho de la que se trate⁶¹.

Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, se ha tratado de evidenciar parte de la complejidad de pretender delimitar un mínimo común para el derecho fundamental a la reparación. Si fuese posible tal empresa, cabía dudar de que los límites contruidos para ese núcleo fuesen nítidos y estáticos, de manera que pudiesen demarcar con claridad las transgresiones del derecho en todos los casos. Podría entonces afirmarse la existencia de un núcleo “dinámico”, pero el problema de aceptar la existencia de un núcleo así, de naturaleza cambiante, estaría en que apelar a la idea de núcleo esencial perdería utilidad, y ello en un sentido no trivial, porque, al fin y al cabo, ¿de qué sirve defender la idea de un núcleo cuando lo *esencial* puede mutar según las circunstancias en juego que exigen ponderaciones diferentes?

Se ha querido acá, no obstante, rescatar la idea de un *núcleo* para el caso del derecho a la reparación integral, pero para ello se ha preferido un camino intermedio entre el escepticismo total y el optimismo ciego por dicha tesis. Se han planteado, así, varios elementos estructurales y de contenido que se pueden considerar indispensables a la hora de argumentar y determinar cuán tolerables o constitucionalmente razonables resultarían los límites o matices que se introduzcan respecto del derecho a la reparación. En otras palabras, se ha preferido argumentar en pro de ciertos elementos marco, básicos a la hora de discutir lo esencial del derecho, más que afirmar conclusiones sobre una esencialidad predeterminada. Ello se acompasa con la idea del derecho como práctica argumentativa en la que se presentan diferen-

60 Sobre este contexto, García Amado, J. A., “El fundamento del derecho de daños. Una propuesta”, en García, J. y Papayannis, D. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 21-56.

61 En ese sentido no sería inconstitucional que el proceso penal no contemplara un incidente de reparación del daño, siempre que se permita esa reparación por la vía civil.

tes defensas y puntos de vista sobre un mismo problema, así como con la idea de que este derecho se erige como un principio dentro de nuestro ordenamiento jurídico, según su carácter fundamental⁶².

Referencias

- Brkan, M., “The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core”, *European Constitutional Law Review*, 14(2), 2018, 332-368.
- Coleman, J., *Riesgos y daños*, D. Papayannis (trad.), Barcelona, Marcial Pons, 2011.
- Cortés Moncayo, É., *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Dagan, H. y Dorfman, A., “Substantive Remedies”, *Notre Dame Law Review*, vol. 96, 2020, 513-562.
- Dagan, H. y Dorfman, A., “Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice” [en línea], disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3637034> [consultado el 19 de mayo de 2022].
- Darwall, S., *Morality, Authority and Law. Essays in Second-Personal Ethics*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Darwall, S., “Respect and the Second-Person Standpoint”, *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 78, n.º 2, 2004, 43-59.
- Díez Schwerter, J., “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de Bello a nuestros días”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 9, 2005, 177-204.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 2014.
- Escobar Martínez, L., “El concepto de derechos fundamentales y el papel del juez en el Estado social de derecho colombiano”, *Estudios de Derecho*, 61, n.º 137, 2003, 111-118.

62 Sobre el derecho como práctica argumentativa, Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 2014.

- Fichte, J. G., *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, J. L. Villacañas et al. (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- García Amado, J. A., “El fundamento del derecho de daños. Una propuesta”, en García, J. y Papayannis, D. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 21-56.
- Gardner, J., “What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice”, *Law and Philosophy*, vol. 30, n.º 1, 2011, 1-50.
- Gardner, J., “What is Tort Law For? Part 2. The Place of Distributive Justice”, en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 335-353.
- Goldberg, J. y Zipursky, B., *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2020.
- Henao Pérez, J. C., “Formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2015, 277-366.
- Hershovitz, S., “Tort as a Substitute for Revenge”, en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 86-102.
- Honneth, A., *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*, J. Anderson (trad.), Cambridge, The MIT Press, 1995.
- Keren Paz, T., *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, G. Perrotta (trad.), Barcelona, Marcial Pons, 2016.
- Maldonado Muñoz, M., “Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)”, *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, 2020, 79-112.
- Martínez Alles, G., “La dimensión retributiva del derecho de daños”, en García, J. y Papayannis, D. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 107-131.
- Papayannis, D., *Comprensión y justificación de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Marcial Pons, 2014.

Papayannis, D., *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Pino Emhart, A., “Restaurar para corregir: la dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual”, en Papayannis, D. y Pereira, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Barcelona, Marcial Pons, 2018, 359-376.

Raz, J., *Valor, respeto y apego*, M. Bergas (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Smith, S., “Why Courts Make Orders (and what this Tells Us about Damages)”, *Current Legal Problems*, vol. 64, n.º 1, 51-87.

Vargas Tinoco, A., “El valor de no dañar. De la responsabilidad civil a la prevención”, en Papayannis, D. y Pereira, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Barcelona, Marcial Pons, 2018, 327-357.

Vargas Tinoco, A., “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”, en García, J. y Papayannis, D. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 57-131.

Weinrib, E., “Civil Recourse and Corrective Justice”, *Florida State University Law Review*, vol. 39, n.º 1, 2011, 273-297.

Weinrib, E., *La idea de derecho privado*, E. Páez (trad.), Barcelona, Marcial Pons, 2017.
Corte Constitucional, sentencia T-532 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1993.

Corte Constitucional, sentencia C-088 de 1994.

Corte Constitucional, sentencia T-028 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia T-039 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-424 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia C-616 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia T-245 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia SU-642 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia T-1267 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C-089 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-1007 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia T-675 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia T-1035 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia T-134 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-690A de 2007.

Corte Constitucional, sentencia C-756 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-088 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia C-409 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-055 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia C-1008 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-168 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-575 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-658 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia C-715 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia C-438 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-366 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-458 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia C-278 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia C-286 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia C-795 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-677 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia C-284 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-141 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia C-069 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia C-161 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia C-452 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia T-187 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia T-348 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia T-507 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia C-166 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia C-344 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia C-394 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia T-423 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia T-718 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia T-727 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia T-738 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia C-070 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia C-111 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia T-058 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia T-077 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia T-296 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia C-129 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia T-066 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia T-067 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia T-156 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia T-613 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2020.

Corte Constitucional, sentencia T-007 de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 17 de agosto de 2001, exp. 6492.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de octubre de 2013, exp. 22-076.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 29146.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 32988.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de mayo de 2018, exp. 33948.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 15 de octubre de 2020, exp. 3759.

Ley 975 de 2005.

Ley 1448 de 2011.

Ley 1719 de 2014.

Naciones Unidas, Resolución A/RES/56/83 de 2002.

Naciones Unidas, Resolución 60/147 de 2005.