



MAESTRÍA EN DERECHO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

El juez y el dolor en el contexto de la responsabilidad civil
extracontractual: un análisis desde la decisión justa

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

Modalidad: Derecho Procesal - Cohorte: XI



Autor: Andres Felipe Villa Sierra
Director: Oscar Alberto García Arcila y Yeizon Octavio Macías González

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín – 2022

<http://derecho.udea.edu.co> - maestriaderecho@udea.edu.co

CONTENIDO

RESUMEN Y PALABRAS CLAVES	
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
LA DECISIÓN JUSTA	3
1. Introducción	3
2. La visión ideológica de la decisión judicial: entre la resolución de conflictos y la realización de derechos	3
2.1. El movimiento garantista y la resolución de conflictos	5
2.2. La “socialización del proceso”: posición activa del juez y realización de derechos	6
3. Michelle Taruffo: Hacia la decisión justa	9
3.1. El uso de un procedimiento válido y justo para alcanzar la decisión: garantismo y garantías	14
3.2. La comprobación confiable de los hechos relevantes para el caso: la verdad y la prueba en el proceso	20
CAPÍTULO II	24
EL DOLOR Y EL DERECHO DE DAÑOS	24
1. Introducción	24
2. Una aproximación al dolor	25
3. La institucionalización jurídica del dolor sufrido	28
3.1. El daño moral y la tradición jurídica del derecho continental	28
3.2. La prueba del dolor sufrido en el derecho civil	31
3.3. El análisis económico del derecho de daños, las teorías basadas en la justicia de la responsabilidad civil extracontractual, y una solución ecléctica	37
3.3.1. El análisis económico del derecho de daños	37
3.3.2. Las teorías basadas en la justicia de la responsabilidad civil extracontractual	39
3.3.3. Una solución ecléctica	40
3.4. La equidad, el sistema de baremación de daños, y los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil	42
3.4.1. La equidad judicial	43
3.4.2. El sistema de baremación de daños	45
3.4.3. Los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil	47
3.5. Algunas posiciones doctrinarias sobre la reparación del dolor sufrido	49
CAPÍTULO III	59
EL DOLOR Y EL JUEZ CIVIL	59
1. Introducción	59
2. Una aproximación descriptiva del dolor desde la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del daño moral	60
2.1. El fallo fundacional del daño moral en materia civil y la función de la prueba pericial	61

2.2. La influencia de la doctrina francesa en el daño moral, el límite en su cuantificación indemnizatoria, y el arbitrio judicial	63
2.3. La jurisprudencia del siglo XXI de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la tasación de la indemnización por perjuicios morales	66
3. El vacío legal en materia civil sobre la tasación de la indemnización por perjuicios a la persona	70
4. La doctrina probable fijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida o víctima directa	71
4.1. La sentencia SC 13925-2016	74
4.2. La sentencia SC 15996-2016	77
4.3. La sentencia SC9193-2017	80
4.4. Síntesis y reflexión final de la doctrina probable fijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida	87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES	98

RESUMEN. Este trabajo busca confrontar tres elementos: la doctrina de Michele Taruffo sobre la justicia en la sentencia de los jueces; los criterios teóricos que pueden tenerse en consideración para indemnizar el dolor sufrido por una víctima, en un proceso de responsabilidad civil extracontractual; y la reflexión de la doctrina probable, fijada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la víctima directa. Este planteamiento, tiene como finalidad responder la pregunta: ¿cuáles son los criterios jurídicos y probatorios, que pueden servir de guía al juez para cuantificar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual y tomar una decisión justa?

Palabras clave: Justicia, dolor, responsabilidad civil extracontractual, Corte Suprema de Justicia.

EL JUEZ Y EL DOLOR EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: UN ANÁLISIS DESDE LA DECISIÓN JUSTA

INTRODUCCIÓN

Colombia cuenta con más de 50 años de conflicto armado, con inequidades históricas profundizadas por la desigualdad de la pandemia de COVID 19, y la administración de justicia pilar del Estado democrático a través del cual se hacen valer los derechos de los ciudadanos, presenta dificultades de acceso y eficiencia en materia civil, que no permiten satisfacer las demandas de la población.

Como lo plantea Uribe (1999), en Colombia la guerra y la violencia han sido ejes estructurantes y vertebradores del Estado nacional, o de lo que tenemos por tal, además el conflicto armado ha permitido en diferentes territorios y regiones, la conformación de varios órdenes políticos alternativos con pretensiones soberanas, que han disputado el control político al aparato público (p.24).

La situación histórica, social, cultural y política del país, afecta y condiciona los procedimientos de gestión de conflictos por parte de la pluralidad de órdenes en disputa: las comunidades, los grupos armados ilegales, y el “monopolio” estatal de la justicia. Desde la consciencia del entorno, pretendo llevar a cabo la confrontación entre la doctrina y la praxis del derecho judicial; plantear una perspectiva amplia, reflexiva y contemporánea del derecho procesal, en la cual confluyen lo político, filosófico, epistémico y jurídico, para luego responder la pregunta: ¿cuáles son los criterios jurídicos y probatorios, que pueden servir de guía al juez para cuantificar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual y tomar una decisión justa?

Para tratar de responder esta pregunta, el escrito se encuentra estructurado en tres capítulos: en el primero, expongo la problemática de la decisión justa a partir de factores ideológicos, y abordo la justicia en la sentencia de los jueces a partir de la obra de Michele Taruffo. En el segundo, identifico desde la doctrina, los criterios teóricos que pueden tenerse en consideración para indemnizar el dolor sufrido por una víctima, en un proceso de responsabilidad civil extracontractual. En el tercer capítulo, i) describo la posición jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para indemnizar el daño moral, ii) interpreto la doctrina probable fijada por ese tribunal sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida o víctima directa, y iii) expongo las conclusiones y consideraciones finales.

La construcción metodológica de la investigación, parte del enfoque cualitativo y busca indagar y comprender a través del análisis documental, cuáles son los criterios jurídicos y probatorios que le permiten al juez, indemnizar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual y

tomar una decisión justa. Esta reflexión crítica, se fundamenta en el paradigma teórico post-positivista y el análisis hermenéutico.

En relación a lo anterior, debe aclararse que la institucionalización jurídica del dolor sufrido, es una temática que se extiende a la responsabilidad civil contractual, piénsese, por ejemplo, en un accidente de tránsito, en el cual los demandantes pretenden que se declare que la empresa transportadora y su aseguradora son responsables contractualmente de los daños extrapatrimoniales derivados de las lesiones y secuelas sufridas, cuando los accionantes viajaban como pasajeros en el automotor afiliado a la transportadora demandada. No obstante, ante los distintos tipos de instituciones de la responsabilidad civil, y por razones metodológicas relacionadas con acotar el objeto de estudio, este trabajo se ocupará únicamente de los criterios jurídicos y probatorios, que pueden servir de guía al juez para cuantificar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual, y tomar una decisión justa.

CAPÍTULO I

LA DECISIÓN JUSTA

1. Introducción

Para desarrollar el tema propuesto en el primer capítulo, expondré la problemática de la decisión justa a partir de factores ideológicos; perspectiva que permite comprender otra faceta del fenómeno procesal, y específicamente de la función de administrar justicia en los casos de responsabilidad civil extracontractual, en los cuales el juez debe cuantificar el dolor. Lo anterior, no implica que la exposición vaya a limitarse a la ideología del derecho procesal, pues como lo plantea Taruffo (2020) la sentencia es un tema complejo que tiene múltiples dimensiones: dialéctica, epistémica, jurídica, lógica, axiológica, del sentido común y retórica (p. 537).

En la primera sección surge la pregunta: ¿la ideología incide en la forma como se toman las decisiones en el proceso civil?, interrogante que trataré de responder desde dos visiones ideológicas de la justicia de la sentencia: la resolución de conflictos y la realización de derechos. Luego, me adentro en el tema central de este capítulo: abordar la justicia en la sentencia de los jueces a partir de la obra de Taruffo.

2. La visión ideológica de la decisión judicial: entre la resolución de conflictos y la realización de derechos

El concepto de ideología es polémico y polisémico, para Courtis (2006) “la ideología es un modo de ver, aprehender, interpretar, valorar, simbolizar o producir significado sobre la realidad, el mundo o al menos alguna parte de ellos” (p. 350). Para este autor, la concepción descriptiva de la ideología constata la existencia de ideologías o manifestaciones ideológicas, pretende dar cuenta de su contenido, “proporciona elementos de análisis potencialmente útiles, capaces de echar luz sobre aspectos de la estructura y funcionamiento tanto del derecho, como de la teoría jurídica”, y puede aplicarse a diferentes objetos o niveles discursivos, entre estos: i) las normas jurídicas; ii) el producto discursivo de los operadores del derecho, en especial, de la jurisprudencia; y iii) la dogmática o doctrina jurídica (Courtis, 2006, p. 350).

Teniendo en consideración los lineamientos del análisis ideológico del derecho, planteados por Courtis (2006), la intención de este trabajo corresponde a una concepción descriptiva de dos visiones dogmáticas en pugna: garantismo y publicismo procesal. Estas dos posturas intentan estructurar el proceso civil, el rol de los jueces, y la justicia de la sentencia desde dos preferencias axiológicas antagónicas, la versión garantista ligada a la resolución de conflictos, y la versión del publicismo procesal, también denominado “modelo socializador”, correspondiente a la realización de derechos, ejes de oposición ideológica a partir de los cuales se iniciará el camino hacia la decisión justa, el cual se encuentra construido sobre los principios, distinciones y categorías de la

teoría de Taruffo (2020), expresión de una mirada acerca de la justicia en la sentencia de los jueces que se fundamenta en los siguientes criterios integrativos y necesarios: a) la corrección de la elección e interpretación de la norma general aplicable al caso, b) la comprobación confiable de los hechos relevantes para el caso, y c) el uso de un procedimiento válido y justo para alcanzar la decisión (p. 510).

Desde el derecho procesal clásico, el tratadista Carneluti (1968) entiende que el proceso civil es un instrumento para resolver conflictos, concepto que desde la dogmática jurídica procesal conlleva a realizar una escisión entre fines y medios, perdiéndose de vista las perspectivas axiológicas y políticas, pues al hablar de la ciencia del proceso, resultan indiferentes el resultado o el análisis del contenido de la decisión, debido a que el juez debe resolver las dudas y decidir. En palabras de Carnelutti (1968), decidir quiere decir, precisamente, cortar por el medio. Por difícil que sea encontrar el cuchillo que separe la razón de la sinrazón, el juez tiene que emplearlo (p. 119).

La mirada de Damaška (1986), brinda un análisis del derecho procesal comparado que vincula el origen y desarrollo de los sistemas de administración de justicia, a las formas características que asume el fenómeno del poder. Este autor propone identificar los aspectos ideológicos implícitos en los sistemas de administración de justicia, combinando sistemas de administración de justicia ideales (ideal jerárquico y el ideal paritario, modelo activo y el modelo reactivo) que dependen de la organización del poder o de la estructura del Estado. Asimismo, distingue un proceso entendido como resolución de conflictos, y otro concebido como implementación de políticas del Estado.

La complejidad de la relación íntima entre proceso judicial e ideología, ha generado apasionadas discusiones en la dogmática procesal. Montero Aroca (2006) al analizar la Ley de Enjuiciamiento civil española (Ley 1 de 2000), ha esbozado la concepción política de lo que debe ser el proceso civil, tema que ha desbordado las fronteras y generada polémica. La posición del autor español, también es asumida por diferentes doctrinantes, entre ellos el argentino Adolfo Alvarado Velloso. Esta corriente doctrinaria plantea un derecho procesal denominado garantista, el cual plantea -en el marco de un Estado liberal-, que la administración de justicia debe estar al servicio de los particulares y en razón de ello, el juez debe ser un tercero imparcial e imparcial, llamado a respetar el debido proceso, el cual iguala jurídicamente a las partes, quienes gozan del principio dispositivo.

De otro lado, existe una comprensión del proceso no únicamente como una cuestión entre partes, sino que reconoce al proceso como un asunto público, pese a que sea utilizado por privados. Esta posición teórica publicista o también denominada "modelo socializador", considera que "frente al modelo clásico del juez pasivo inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia" (Junoy, 2006, p. 120), y para

que su labor resulte eficaz, el juez goza de poderes de instrucción que deben orientarse a la búsqueda de la verdad.

2.1. El movimiento garantista y la resolución de conflictos

El movimiento del garantismo procesal, debe diferenciarse de la propuesta de Luigi Ferrajoli, quien ha elaborado el concepto de "garantismo" como la base de una teoría del derecho. El garantismo procesal cuenta entre sus autores a Cipriani y Monteleone en Italia, donde son llamados revisionistas, Montero Aroca, en España, y Alvarado Velloso en Argentina. Este enfoque plantea tensiones entre corrientes publicistas y corrientes privatistas del proceso, entre los conceptos de garantismo y eficacia; entre los valores de libertad y autoridad; entre posiciones políticas liberales y autoritarias, totalitarias o fascistas; entre sistemas procesales publicistas y garantistas; listado que no tiene la intención de reducir una polémica procesal profunda, misma que en Italia se remonta al *Codice di Procedura Civile* de 1940, proferido bajo el régimen fascista de Mussolini, en el cual colaboraron reconocidos procesalistas seguidores de Giuseppe Chiovenda como Enrico Redenti, Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei, norma que dio lugar a la disputa entre revisionistas y negacionistas (Montero, 2006, pp. 12-34).

La discusión procesal planteada por el garantismo, corresponde a la pugna de dos tradiciones políticas: el autoritarismo de derecha o izquierda del siglo XX, representado en el modelo publicista o inquisitorio de ciertos códigos procesales, y la ideología liberal propia del siglo XIX con la que se identifican quienes entienden el proceso civil como asunto de las partes, donde prevalece la autonomía privada, con la finalidad de resguardar el valor político de la igualdad formal, orientados hacia un sistema dispositivo en lo civil, y acusatorio en lo penal (Tapia, 2010, pp. 233-251).

En el contexto latinoamericano, el autor argentino Alvarado (2006) reflexiona que la justicia es un valor jurídico de carácter relativo, y que la búsqueda de la verdad no es problema primordial del derecho, pues su misión es lograr y mantener la paz de los hombres que conviven en un tiempo y lugar determinados (p. 235). Este autor considera que el proceso solo es medio pacífico de debate, y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social, lo que solo puede conseguirse garantizando a través del juez la efectividad de los derechos subjetivos de todas las personas. Por tanto, el proceso no es meta a cumplir o lograr, sino por el contrario, método o instrumento neutro para llegar a una meta: la sentencia, y el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión, pues de lo contrario el juez privilegiaría la obtención de la meta sobre la legitimidad del método, dando razón a Maquiavelo: el fin justifica los medios (Alvarado, 2006, p. 240).

La anterior posición teórica entiende que el único método de enjuiciamiento debe ser el dispositivo en lo civil, y el acusatorio en lo penal, cuyas normas que regulan el proceso deben estar orientadas

a dos principios: la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador. La imparcialidad del juzgador asegura la igualdad jurídica de las partes, igualdad que debe lograrse mediante la bilateralidad de la audiencia y la paridad de oportunidades, garantías que no deben romperse para igualar realmente a las partes (Alvarado, 2006, p. 243).

En este orden de ideas, para Alvarado (2006) la figura del juez no debe ser central como en el sistema inquisitivo, pues ello revela su carácter autoritario, y por el contrario el eje del sistema dispositivo es el hombre actuando en calidad de litigante. Por tanto, el juez actúa como tercero imparcial, imparcial e independiente; garantiza la igualdad jurídica de los litigantes, tal y como lo disponen la ley y la constitución, sin propender por una supuesta e inalcanzable igualdad real, pues ello desequilibra la balanza de la justicia y hace ilegítima la sentencia (p. 254).

Además, la imparcialidad del juzgador no le permite ocuparse de probar hechos litigiosos, pues esta labor les corresponde a las partes. En consecuencia, ante la carencia de elementos probatorios acerca de los hechos, el juez no puede ordenar por sí mismo la producción de medios probatorios, sino que debe aplicar las reglas objetivas de la carga probatoria, sin involucrarse en el problema por justa que le parezca la solución a darle (Alvarado, 2006, p.262).

2.2. La “socialización del proceso”: posición activa del juez y realización de derechos

Picó Junoy (2006) expone:

Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se ha desarrollado en el siglo XX ha sido la “publicización” o “socialización” del proceso, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*dispositionsprinzip*), va a poner en tela de juicio el de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*), al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. (p. 120).

Para este autor, el fenómeno de la “socialización” del proceso distingue entre objeto del proceso, y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos. En consecuencia, los litigantes pueden disponer del objeto del proceso, pero no del desarrollo del proceso, debido a que este no solo se concibe como un instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, quien se interesa por el mejor cumplimiento de esta función (Picó Junoy, 2006, p. 120).

El problema radica, como lo presenta Junoy (2006), en dotar de contenido el valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar un excesivo decisionismo judicial, cuestión

a la que el autor encuentra claridad en el ensayo *¿Qué es Justicia?* en el cual Kelsen concluye que esta se “da en aquel orden social bajo cuya protección puede lograrse la búsqueda de la verdad” (p. 135). En este sentido, como han indicado Ramírez & Taruffo (2017) al estudiar el principio de independencia, “Sería plausible afirmar que, para la sociedad contemporánea, en la decisión del juez es tan importante la justicia como la verdad pues, en realidad, estos valores son interdependientes: no puede haber justicia sin verdad y viceversa” (p.22).

Siguiendo con esta argumentación, Junoy (2006) dice que aceptando las limitaciones propias del hombre para alcanzar la preciada “justicia”, “ello no debe ser un obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que esta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno” (p. 135).

Por su parte, Taruffo (2008) considera que en la distinción entre la concepción “publicista” y “privatista” resulta irrelevante el tema de los poderes probatorios del juez, y en tal sentido prefiere un modelo de proceso inspirado en la ideología legal-racional de la justicia, a entender el proceso civil únicamente como un método de resolución privada de las controversias. Al respecto, este autor expone que el término “inquisitivo”, tiene una carga retórica debido a que es utilizado habitualmente, con la finalidad de generar una valoración negativa sobre todo aquello a lo que se refiere de tal manera; además este término resulta confuso, pues en la práctica no existen ordenamientos inquisitorios puros, en el que las partes no tengan derechos o garantías, y todo el proceso sea adelantado oficiosamente por el juez. En consecuencia, propone una terapia lingüística para no usar el término “inquisitorio”, y hablar de modelos mixtos para referirse a los ordenamientos procesales, en los que se prevén poderes de instrucción del juez, junto a la posibilidad de las partes de aportar las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos (p. 160).

Desde el punto de vista político, Taruffo (2008) rechaza que la atribución de poderes de iniciativa probatoria al juez, pueda considerarse como la aceptación implícita de una ideología política antiliberal, autoritaria o totalitaria. El jurista italiano se opone a la tesis asumida por los doctrinantes Cipriani, Monteleone, Montero Aroca, y Alvarado Velloso, por varias razones. En primera instancia, considera que el problema se plantea en términos confusos¹. En segundo lugar,

¹ Si se entiende que sería autoritario y antiliberal el proceso en el cual el juez dispusiera poderes de instrucción, el discurso corre el riesgo de reducirse a un juego circular de definiciones, debido a que se puede estipular llamar autoritario al proceso en el cual el juez tenga poderes de instrucción, y llamar liberal al proceso en el cual el juez esté privado de tales poderes. No obstante, si el proceso se define liberal por tener las partes el monopolio de los medios probatorios, podría ser antiliberal desde otros puntos de vista como no garantizar la independencia del juez; asimismo, si el juez tiene poderes de instrucción, no puede catalogarse, per se, el proceso como autoritario, pues resulta posible configurar tales poderes como supletorios respecto a los de las partes; aunado a lo anterior, el juez puede dejar de ejercer sus poderes de instrucción, y en ese evento no tendría una gestión autoritaria. En caso de entenderse como autoritario, totalitario, o antiliberal también el sistema político en el que tales poderes estuvieran atribuidos al juez civil, se advierte la falta de una teoría política creíble y articulada, debido a que no se distingue entre los diferentes

explica que tal posición no cuenta con sustento en el derecho comparado, debido a que los ordenamientos democráticos como el de Alemania, Estados Unidos y Brasil, atribuyen poderes de iniciativa instructora al juez, sin que se hayan transformado en sistemas políticos autoritarios, mientras, en el caso de España e Inglaterra, el ordenamiento no permite de manera expresa poderes de iniciativa instructora por parte del juez, pero éste desempeña un papel activo en la adquisición de las pruebas al otorgarles poderes de dirección y control, por ejemplo, indicando a las partes las pruebas que considere oportunas para que aquellas las propusieren. Por tanto, este doctrinante se pregunta si en este contexto, los mencionados países se convirtieron en regímenes políticos autoritarios (p. 160-172).

En tercer lugar, la elección ideológica sobre la función del proceso civil y la decisión con la que éste concluye, se aparta de un análisis de las concepciones políticas generales liberales o autoritarias. En este sentido, si se parte de la premisa de que la única función del proceso civil es la de resolver conflictos, poniendo fin a los conflictos entre individuos privados, se tiene como consecuencia un juez que se encuentra en la condición de un árbitro pasivo, que juzgará exclusivamente sobre la base de los elementos de juicio que las partes hayan proporcionado, sin que importe el contenido de la decisión, ni los criterios con que ésta se formula, concluyéndose en tal sentido que la determinación de la verdad de los hechos resulte una cuestión prescindible, como un objetivo imposible de alcanzar o como una eventualidad desagradable y contraproducente. En este escenario, el ritual procesal serviría para legitimar la decisión, presentándola como aceptable, sin que su naturaleza o contenido tengan importancia, pues el proceso y la adquisición de las pruebas tendrían como única finalidad hacer que la decisión, al margen de su justicia intrínseca y de su relación con los hechos de la causa, sea aceptada por sus destinatarios (Taruffo, 2008, p. 172-176).

En otras palabras, Taruffo (2020) indica que en un sistema procesal orientado exclusivamente a la resolución de la controversia, y asentado exclusivamente en la actividad de las partes, la verdad de los hechos no constituye un objetivo que se considere digno de ser perseguido, y antes bien puede servir de obstáculo a la eficiente solución del conflicto. En consecuencia, emerge una tensión entre el valor representado por la comprobación de la verdad, como condición de justicia y de legalidad de la decisión, y la idea de que el proceso sea simplemente un lugar de desencuentro y de competencia individual, que por definición lleva a una solución aceptable de la controversia (p. 98, 99).

regímenes calificados como autoritarios, tratando conjuntamente fascismo, comunismo, socialismo, el Estado asistencial e intervencionista, el Estado social, resultando vaga, genérica y carente de sentido la calificación de autoritarismo; asimismo, no se distingue entre los distintos tipos de liberalismo, y no se entiende si se habla de la concepción de Nozick, de Rawls, o de cualquier otro exponente de la teoría política liberal (Taruffo, 2008, p. 161-162).

De otra parte, este autor explica que el panorama cambia si se parte de una posición ideológica distinta, y se adopta la que Jerzy Wróblewski ha definido como “ideología legal-racional” de la decisión judicial, la cual pone en el centro del problema de la administración de justicia la calidad de la decisión, destacando que ésta debe basarse en una aplicación correcta, y racionalmente justificada del derecho. En esta concepción, el proceso está orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa, en razón a que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta, y por tanto justa, si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere (Taruffo, 2008, p. 176-177).

En relación a lo anterior, Taruffo (2008) aduce que en el derecho comparado, ninguno de los ordenamientos procesales modernos renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, ni confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir ese objetivo, sino que surge la figura de un juez que asiste al “juego de las partes”, y que interviene cuando se percata que dicho juego corre el riesgo de llevar a decisiones injustas, porque se basa en una determinación inadecuada de los hechos. Lo anterior, no significa que los ordenamientos en los cuales el juez ejerce poderes de instrucción, no garanticen el derecho de defensa y se reconozca y asegure el derecho a la prueba que corresponde a las partes, ni pierda su imparcialidad e independencia, pues la imagen del juez a la que se hace referencia, es la de una persona capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, que garantice el cumplimiento del principio de contradicción, ofrezca una motivación analítica, completa, y racionalmente estructurada de la decisión sobre los hechos (p. 179-183).

3. Michelle Taruffo: Hacia la decisión justa

La idea de la decisión justa como fin del proceso, fue uno de los temas de interés en la obra de Taruffo, tanto es así que el último de los libros que publicó antes de su muerte se titula “Hacia la decisión justa”. Pero ¿qué entendía este autor por decisión justa? En el prólogo del mencionado texto, González (2020) indica que los artículos que lo componen articulan una teoría procesal completa y confiable sobre la decisión justa, que busca reorientar:

- (i) la mera conformidad de la regla de derecho positivo aplicada al caso individual;
- (ii) la consecuencia de tan solo un proceso justo o de una justicia procesal sin configurar sus condiciones generales ni específicas de realización, y, (iii) las definiciones vagas y viciosas de justicia que inducen al escepticismo sobre la decisión correcta (p.36).

En relación a lo anterior, Aramburo (2020) entiende que cuando en la obra de Taruffo se habla de decisión “justa” o “correcta”, “se habla en realidad de adecuación a un modelo racional fijado ex ante para la aceptabilidad de la decisión adoptada”, asunto que es conceptualmente diferente e independiente de la justicia material de la decisión (p. 308).

El ensayo “Ideas para una teoría de la decisión justa”, permite visualizar lo que Taruffo entendía por decisión justa, y será el punto de partida para alcanzar el objetivo general de la investigación: analizar los criterios probatorios y jurídicos que le permiten al juez cuantificar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual y tomar una decisión justa. Por tanto, describiré sintéticamente tal teoría.

En el mencionado texto, el autor italiano entiende que la justicia es un requisito indispensable de las decisiones judiciales, tema que presenta una serie de problemas. La primera cuestión que se trata de aclarar, es que existen numerosos criterios generales de justicia sustancial, como a cada quien en el mismo modo, a cada quien sus necesidades, a cada quien según sus méritos, etc. los cuales no resultan aplicables a la decisión judicial, por ser demasiado vagos o generales, y en consecuencia, no son adecuados para fungir como criterio de referencia para decisiones de casos concretos (Taruffo, 2020, pp. 505-506).

Ante la insuficiencia de los criterios generales de justicia sustancial, para responder al problema de la decisión justa, se propone como alternativa la legalidad y legitimidad, es decir, la conformidad del fallo a la regla de derecho positivo aplicable al caso concreto, contestación que se entiende lejos de ser satisfactoria por las siguientes razones: i) implica la reducción de la justicia a la ley, y del derecho positivo vigente en cierto lugar y en determinado momento. Por tanto, este presupuesto no sería aceptado por quienes no comparten la tesis del positivismo jurídico riguroso, por ejemplo, quienes siguen las tesis deconstructivistas de Derrida, que proponen una distinción irreductible entre derecho (ley) y justicia. ii) La reducción de la justicia de la decisión a su conformidad a normas, resulta simplista y reductiva (Taruffo, 2020, p. 506).

Al no encontrar en los criterios de justicia sustancial y de legalidad, los requisitos suficientes de la decisión judicial justa, Taruffo plantea que muchos teóricos del derecho identificaron en el proceso la condición necesaria y suficiente para la justicia de la decisión, y propusieron la noción de justicia procesal como único criterio de valoración, siendo justa la decisión que deriva de un “proceso justo”. Esta definición también es descartada, al considerarse que: i) reenvía al problema cambiando los términos, pues para saber si una decisión es procesalmente justa se necesita definir cuáles son las condiciones generales que se precisan para que se pueda tener un proceso justo, tarea compleja, debido a que sería necesario verificar si es justo el proceso específico que ha producido aquella decisión específica. ii) Implica una concepción reductiva de la justicia de la decisión, bajo la idea que la decisión es el resultado de un procedimiento, en otras palabras, implica renunciar a valorar si una decisión es o no justa por su contenido o por los efectos que produce (Taruffo, 2020, pp. 506-507).

En consecuencia, al descartarse las repuestas que ofrecen los criterios de justicia sustancial, de legalidad y de proceso justo para hablar de justicia de la decisión, se plantea que tal escenario

podría llevar al escepticismo, y considerar que la justicia de la decisión es “un eslogan propagandístico destinado a disimular una realidad en la que no existen decisiones justas” (Taruffo, 2020, p. 507). Sin embargo, se propone una hipótesis de trabajo diferente, que “tome en cuenta las dificultades en las cuales incurren muchas de las definiciones corrientes de la justicia de la decisión, pero que no obstante admita la eventualidad que se elabore una teoría atendible de la justicia de la decisión judicial” (Taruffo, 2020, p. 507).

En segundo lugar, el profesor italiano considera que la definición más conveniente de decisión judicial, es la que se refiere a la decisión como elección, es decir, a la escogencia que el juez realiza a fin de resolver una controversia, entre diversas alternativas posibles, cada una de las cuales corresponde a una hipótesis de decisión. A partir de lo anterior, se establece el raciocinio que el juez debe elaborar frente a los criterios de hecho y de derecho para llegar a la decisión final, de la siguiente manera: i) con relación a los hechos relevantes del caso, siempre existe la posibilidad al menos de dos hipótesis sobre cada hecho, y aún más numerosas son las posibilidades de decisión cuando los hechos del caso son complejos. ii) La decisión de derecho, puede derivar de elecciones y argumentaciones de naturaleza diversa, como “la determinación de la norma aplicable, la identificación de su interpretación más correcta, y su aplicación a la configuración de diferentes hipótesis posibles de la solución de la *quaestio iuris*” (Taruffo, 2020, pp. 507-508).

Además, Taruffo (2020) enseña que el conjunto de las hipótesis posibles de decisión puede ser más vasto y generoso, si considera que toda hipótesis de hecho y toda hipótesis de derecho pueden combinarse entre sí de varias maneras. Al respecto, hace alusión a la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, en función del grado de dificultad del problema consistente en la elección de la hipótesis que está destinada a representar el contenido de la decisión final del caso. Un caso es fácil, si los hechos son sencillos y no es difícil establecer cuál norma tiene aplicación. Un caso es difícil, si los hechos son complejos o resulta problemática e incierta la delimitación del criterio para la decisión en derecho. Por tanto, “la decisión judicial siempre implica la elección entre varias hipótesis alternativas de decisión, la única posible variación está referida al ámbito, al contenido y a la complejidad, además de al número, de las posibles alternativas” (Taruffo, 2020, p. 509).

Y como idea central, se plantea: “Si el problema de la decisión consiste en la elección entre varias hipótesis de decisión, se puede decir que el problema de la decisión justa corresponde al problema de la elección de la mejor decisión” (Taruffo, 2020, p. 509). La calificación de mejor decisión es relativa, y no absoluta, pues el juez puede elegir la mejor hipótesis de decisión entre aquellas posibles dentro del contexto particular en el que la decisión debe formularse, estando determinado el contexto por un lado, por la situación de hecho, y por otro lado, por las reglas jurídicas, sustantivas y procesales, que pueden o deben ser aplicadas a tal situación (Taruffo, 2020, p. 509).

Hasta aquí, se considera que el problema de la decisión justa no se resuelve, sino que se transforma en un ulterior problema: identificar, dentro del ámbito de las decisiones posibles de una

controversia, los criterios que deben regir la determinación de cuál de ellas puede considerarse relativamente mejor que las otras, y por tanto justa (Taruffo, 2020, p. 509).

En tercer lugar, debido a que la teoría de Taruffo (2020) se funda sobre el presupuesto de que no existe un único criterio idóneo, que pueda constituir el punto de referencia para las valoraciones atinentes a la justicia de la decisión, proyecta tres criterios integrativos y necesarios de evaluación de la corrección que modelan la decisión del juez, pues considera que “la justicia de la decisión asume la forma de un algoritmo que vincula tres órdenes de valores” (Taruffo, 2020, p. 509), y solamente a partir de su combinación podrá resultar un esquema de valoración que permite determinar, si la decisión es justa, y también cuando no lo es. Los criterios de justicia de la decisión, son los siguientes:

a) Corrección de la elección e interpretación de la regla jurídica aplicable al caso. Se entiende que ninguna decisión puede definirse como justa, en ningún sentido de la palabra, si se fundamenta sobre una elección errada, inválida o incorrecta de la norma. b) Comprobación confiable de los hechos relevantes para el caso. Ninguna decisión puede considerarse justa, si se funda sobre hechos equivocados, es decir, sobre una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias en las que se basa la controversia. c) Empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión. Un buen procedimiento es lo que se necesita para preparar de la mejor manera la decisión final (Taruffo, 2020, p. 510).

En cuarto lugar, Taruffo (2020) determina la naturaleza de los criterios de justicia de la decisión, reconociendo que estos no están analíticamente definidos, sino que se trata de estándares generales y vagos, principios más que reglas, o valores más que conceptos rigurosos. Lo anterior, debido a varias razones: para empezar, se dice que tales criterios son relativos a contextos, y por tanto, ninguno de ellos puede definirse en términos precisos y absolutos. Al respecto, se ejemplifica, que el criterio de corrección de la elección e interpretación de la regla jurídica aplicable al caso, es relativo al contexto representado por el ordenamiento dentro del cual debe formularse la decisión, a la cultura jurídica existente en el ordenamiento, y a las reglas hermenéuticas reconocidas. En relación al criterio de comprobación confiable de los hechos relevantes para el caso, se dice que este es relativo al contexto representado por las teorías procesales, por las garantías fundamentales y por la disciplina del proceso, así como por las expectativas en el entorno social respecto a la administración de justicia. En el empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión, se dice que es relativo al contexto de los modelos procesales que se consideran apropiados en una determinada cultura jurídica y en un cierto momento histórico (Taruffo, 2020, pp. 511-513).

Por otro lado, se indica que los criterios examinados no son definibles en términos rigurosos, porque remiten a nociones de “grado” no cuantitativo. “En otras palabras, los criterios corresponden a escalas de valores en las que entre dos extremos existen numerosas posiciones

intermedias” (Taruffo, 2020, p. 512). Para explicar tal gradación, debe pensarse en términos de “más o menos justo” en una escala delimitada en un extremo por la injusticia y por el otro extremo por el grado relativamente máximo de justicia, asimismo, se recurre a la metáfora de un espectro de colores, con todos los pasos graduales de un color a otro, y las infinitas variedades y tonalidades que se colocan entre los extremos del espectro; y en relación a cada uno de los criterios, se explica lo siguiente:

En la corrección de la elección e interpretación de la regla jurídica aplicable al caso, en algunas ocasiones es posible decir que la interpretación de una norma es errónea o incorrecta, pero la mayoría de veces se configuran diversas interpretaciones que no están equivocadas, y que más bien son válidas y legítimas, pero son diferentes en cuanto derivan de diversas operaciones hermenéuticas, resultando necesario tratar de determinar cuál es, entre varias hipótesis interpretativas legítimas (posibles o aceptables) aquella que parece relativamente “mejor” como criterio de solución de la controversia específica (Taruffo, 2020, p. 512).

Sobre la comprobación confiable de los hechos relevantes para el caso, se analiza que el grado de veracidad o de credibilidad de la versión de los hechos que adopta el juez como base de la decisión, depende del método probatorio empleado, de la amplitud y credibilidad del material probatorio disponible, y de otros factores inherentes a la valoración de las pruebas que constituyen la base para el juicio de hecho, el cual nunca es explicativo en términos absolutos de verdadero o falso, sino en términos de mayor o menor “grado de confirmación” que las pruebas allegadas atribuyen a cada hipótesis de hecho (Taruffo, 2020, p.513). El aspecto fáctico es uno de los puntos claves de este trabajo y será ampliado en los párrafos subsiguientes.

En el empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión, se dice que los sistemas procesales actuales están fuertemente diversificados porque tienen estructuras diferentes, actualizan en diversa medida los principios de “justicia procesal”, tienen diversa funcionalidad y eficiencia como métodos para preparar buenas decisiones. Entonces, se imagina la posibilidad de dos extremos: en el grado más elevado de la escala, se piensa un modelo de proceso relativamente ideal que maximice las garantías fundamentales, y se adopten las mejores técnicas para la preparación de la decisión, el cual podría fungir como punto de referencia para la determinación de la corrección del proceso. En el otro extremo, en el grado más bajo de la escala, se colocan los procesos en los que faltan las garantías fundamentales y no aseguran las condiciones mínimas para la consecución de decisiones no erróneas o arbitrarias. Entre estos extremos pueden encontrarse numerosas situaciones intermedias, en las que un proceso en particular es más o menos “justo” o correcto, según las distancias que lo separan del modelo ideal o del modelo negativo (Taruffo, 2020, pp. 513-154).

Finalmente, en quinto lugar, la teoría de Taruffo (2020) analiza la aplicación de los criterios de justicia, y explica que para una decisión justa se necesita, que ninguno de los tres valores sea

inferior al nivel mínimo que se considere aceptable. Por tanto, si los tres criterios son equivalentes al nivel mínimo, o alguno o todos son superiores al mismo, la decisión es justa. Entonces, se piensa en un área conceptual, en la cual se coloquen todas las posibles combinaciones de los criterios examinados, y en las cuales cada uno de los respectivos valores sea al menos igual al grado mínimo aceptable. En consecuencia, la justicia de la decisión no deriva de una calificación unívoca y simple, sino que puede tener, diversos grados y contenidos, según la combinación de los valores a los que corresponde la decisión concreta (Taruffo, 2020, p. 514-515).

Al respecto, surge entonces el problema de definir cuál es el nivel más bajo en el que la decisión no puede considerarse justa, cuestión frente a la que no existen definiciones, ni cantidades con validez general y determinables a priori, sino que encuentra respuestas diversas y contingentes, condicionadas por los singulares contextos normativos y culturales en los que se coloca el problema (Taruffo, 2020, p. 516).

Una ulterior consideración sobre la aplicación de los criterios de justicia, es que debe excluirse toda forma de compensación entre ellos, es decir, que si uno de los tres requisitos falta absolutamente o está presente en un nivel insuficiente, la decisión resulta injusta, aun en el caso que los demás requisitos estén presentes en alto grado. En síntesis, la justicia de la decisión resulta de la combinación de los valores relativos de los tres criterios, pero no del promedio de estos valores. Por tanto, la justicia de la decisión no es un valor global unitario, resultado de una suma algebraica, sino un algoritmo en el cual cada criterio mantiene su autonomía y trabaja en la determinación de valores autónomos que deben estar presentes para que pueda hablarse de decisión justa (Taruffo, 2020, pp. 516-518).

Marcada la ruta teórica de la justicia en la sentencia de los jueces civiles, la cual se conecta con el primero de los objetivos específicos de la investigación: explicar el proceso judicial como un instrumento generador de una decisión justa, en los procesos de responsabilidad civil extracontractual donde el juez civil debe cuantificar el dolor, dividiré lo que resta del capítulo en dos secciones siguiendo la obra de Taruffo, la primera corresponde a un breve contexto del escrito titulado “Reflexiones sobre garantismo y garantías”, y la segunda parte al texto “Verdad y prueba en el proceso”.

3.1. El uso de un procedimiento válido y justo para alcanzar la decisión: garantismo y garantías

El uso de un procedimiento válido y justo para alcanzar la decisión, en el sistema procesal colombiano, se relacionan con un gran conjunto de principios y garantías constitucionales y procesales, recopiladas en el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P. y 14 C.G.P.), como máxima de corrección de los derechos fundamentales. Taruffo (2020) analizó este criterio desde múltiples puntos de vista, y de acuerdo a los intereses de este trabajo, se abordará desde sus

reflexiones sobre garantismo y garantías, escrito que permite conocer la posición del autor italiano sobre la dialéctica entre las ideologías de la justicia de la sentencia, planteada en párrafos precedentes.

El profesor Taruffo (2020) explica que el discurso jurídico que tenga por objeto la administración de justicia civil, debe aclarar de la mejor manera posible el significado de los términos que usa. En relación al término “garantismo” considera que se ha empleado a menudo de “manera genérica y semánticamente ambigua, provocando confusiones y polémicas muy a menudo inútiles”, razón por la cual trata de precisar cuáles pueden ser los posibles significados del término (p. 57).

El significado de garantismo que según Taruffo (2020) se encuentra muy difundido e históricamente consolidado, “está referido a una actitud favorable al reconocimiento y actuación de las garantías fundamentales del proceso civil”. Este significado emerge con las garantías del proceso enunciadas en las constituciones europeas posteriores a la segunda guerra mundial (1948), especialmente en Italia y Alemania, con la jurisprudencia de las cortes constitucionales, y en el ámbito de la doctrina del derecho procesal europeo, en la década de los años setenta y ochenta del siglo XX, en estudios como “Acceso a la Justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General” de Cappelletti & Garth publicado en el año de 1978. En este contexto, se considera que “la actitud garantista debería dirigirse a aquellas situaciones en las que los discursos sobre las garantías no faltan, pero falta su adecuada protección práctica” (p. 59).

Hoy en día, dice Taruffo (2020) nadie se define “enemigo de las garantías” o “antigarantista”, y autodefinirse garantista no representa un mérito, sino que significa “reconocer a las garantías el rol fundamental que estas cumplen en el sistema de justicia” (p. 59). Sin ninguna pretensión de exhaustividad, el autor enlista las principales áreas en las que se hace referencia a las garantías, de la siguiente manera:

- garantías del juez, como la independencia, externa e interna, y la imparcialidad;
- garantías de acceso de todos los ciudadanos a la tutela jurisdiccional, eventualmente con la previsión de acciones colectivas o de clase y con una efectiva asistencia judicial a los pobres;
- garantías del proceso, que debe ser rápido, simple y eficiente;
- garantías de las partes, es decir, el derecho de la prueba directa y contraria, el contradictorio efectivo en todas las fases del proceso y preliminar respecto a la decisión;
- garantías de la decisión, como la justicia y la veracidad de la resolución, y la obligatoriedad de la motivación de la sentencia; y
- garantías de la completitud de la tutela, como la disponibilidad de medidas cautelares y de formas de ejecución capaces de garantizar siempre la tutela efectiva de los derechos. (Taruffo, 2020, p. 60)

Frente a este listado, se expone que “el verdadero garantista no se contenta con alguna garantía elegida al azar: se ocupa por el entero sistema de las garantías que deben subsistir para que haya una buena administración de justicia civil”, y remarca que un discurso no superficial sobre las garantías no puede limitarse a su identificación y su enunciación abstracta y teórica, sino que debe ser realizado esencialmente en términos de efectividad (Taruffo, 2020, pp. 59-60).

Siendo consciente de los límites de este trabajo de investigación, el cual no tiene como finalidad desarrollar de manera profunda la totalidad de las mencionadas garantías procesales, expondré de manera sintética, desde la obra de Taruffo, las garantías del juez, tema que tiene conexión con las visiones ideológicas de la justicia de la sentencia; y luego, abordaré la garantía de la decisión, desde el texto “Sobre la complejidad de la decisión judicial”.

La imparcialidad e independencia judicial, son estudiadas por Taruffo (2020) desde el sistema estadounidense, el sistema inglés, y en los ordenamientos del *civil law*. Debido a que la tradición jurídica de Colombia se inscribe a los ordenamientos del *civil law*, se abordará la exposición desde esta perspectiva, lo que no implica desconocer la complejidad de las dimensiones transculturales de la justicia civil, a las que también hace alusión el autor italiano, y que en el ámbito nacional, recientemente ha explorado López (2020) en un artículo titulado “La historia de otros: ideología del derecho procesal europeo y su trasplante a América Latina” explicando de manera crítica cómo los resultados historiográficos de la obra de Chiovenda se han recibido en América Latina como parte de nuestra propia historia oficial, y cómo este trasplante histórico-doctrinal ha generado consecuencias ideológicas fundamentales (p.8).

En los ordenamientos del *civil law*, la imparcialidad del juez busca protegerse a través de causales de impedimento, sistema que es criticado por Taruffo (2020) indicando que pueden presentarse otras causales de impedimento diferentes a las establecidas por el legislador, y que para las sociedades modernas fragmentadas, multiétnicas, multiculturales y globalizadas tales causales son obsoletas, debido a que se pueden presentar por ejemplo “prejuicios en sentido propio (raciales, religiosos), afiliación política y no por una valoración neutral apartada de la controversia” (Taruffo, 2020, pp.81-82). Por tanto, este autor plantea el problema de:

...encontrar la línea de distinción entre la discrecionalidad ineliminable del juez, en la que encuentra espacio la referencia a valores culturales, políticos, sociales y religiosos, y el que se podría denominar abuso de discrecionalidad, que se verifica cuando el juez se deja condicionar por sus idiosincrasias personales y por sus prejuicios (Taruffo, 2020, pp.82-83).

Otra problemática, se refiere a la conexión entre la imparcialidad y el ejercicio de los poderes instructorios del juez. Al respecto, en los sistemas procesales de *civil law* ha surgido, sobre todo

en la segunda mitad del XX, la tendencia de atribuir al juez civil un rol activo en la adquisición de las pruebas y en la búsqueda de la verdad, sin poner en discusión el principio dispositivo, la garantía de la defensa y la regla del contradictorio, y “en ningún caso se ha configurado un proceso civil "inquisitorio" centrado en la figura de un juez que busca las pruebas violando los derechos de las partes” (Taruffo, 2020, p. 88). Por tanto, se entiende que los poderes instructores atribuidos al juez tienen naturaleza integrativa y supletoria, y están destinados a ser usados muy rara vez, cuando las partes no hayan deducido todas las pruebas disponibles para la comprobación de los hechos, sin que el objetivo sea eliminar su imparcialidad frente a las partes y respecto al objeto de la controversia (Taruffo, 2020, p. 89).

Cuando el juez de la causa decreta una prueba de oficio, resulta evidente que el medio probatorio incide en la situación en la que se encuentra la controversia, al añadirse a los ya adquiridos por iniciativa de parte, y podrá producir efectos que favorecerán a una parte o a la otra. Sin embargo, plantea Taruffo (2020), esto no implica que el juez haya perdido su imparcialidad, debido a que este poder judicial “deriva de la oportunidad de llegar a una comprobación más completa de los hechos de la causa, y debe disponer en tanto esta responda a los normales criterios de relevancia y admisibilidad” (p. 89). Además, “el juez no conoce ex ante el resultado que aquella prueba podrá tener, y por ende es difícil sostener que él la dispone con el fin de favorecer a una parte en lugar de a la otra” (Taruffo, 2020, p. 89). En consecuencia, lo que “el juez debe favorecer es el descubrimiento de la verdad, independientemente de la eventualidad que ello implique la victoria de una u otra parte” (Taruffo, 2020, p. 89).

Frente a la posibilidad de abusos del poder de instrucción por parte del juez, se plantea que estos deben ser evitados, y debe tratarse de abusos "reales", es decir, de decisiones que efectivamente causen daños a una parte y beneficios indebidos a la otra, empero, la posibilidad de que se cometan no puede llevar a la anulación de los poderes del juez (Taruffo, 2020, p. 89). La anterior posición evidencia el realismo de Taruffo frente a la problemática que puede producir el poder de instrucción judicial, y la confianza que demostraba en la autonomía de un juez racional.

Entendiendo que la imparcialidad como garantía judicial se relaciona con el rol del juez como un sujeto procesal objetivo, que no tiene un interés diferente en el proceso, que atender a un criterio de justicia y de verdad (Ramírez & Taruffo 2017 p.25), se critica la doctrina italiana y de lengua española “que sostiene que la atribución al juez de poderes de iniciativa instructoria marcaría una involución del sistema en sentido autoritario y eliminaría la imparcialidad del juez” (p.89). La crítica se desarrolla en dos argumentos, el primero, relacionado con la posición de algunos autores para quienes un sistema procesal "liberal" no debería atribuir al juez ningún poder autónomo, argumento que se considera infundado debido a que “ninguno de los ordenamientos que ha otorgado al juez poderes instructores autónomos se ha tornado iliberal ni autoritario” (Taruffo, 2020, p. 89).

El segundo argumento crítico a la doctrina denominada “garantista”, deriva de una interpretación radical del principio dispositivo, según el cual el juez no debe poder asumir iniciativas instructorias autónomas para no violar el derecho de las partes a obtener una decisión imparcial, pues se considera que si el juez decreta una prueba de oficio, pierde su independencia de juicio y no estaría en condiciones de valorar correcta e imparcialmente el resultado de la prueba. Esta posición, es asimilada por Taruffo (2020) a la propuesta por los teóricos del sistema adversarial estadounidense, y la considera infundada al cimentarse en una premisa discutible y no justificada de carácter psicológico, que confunde dos cosas que resulta necesario distinguir: “una cosa es considerar que sea necesaria la prueba de un hecho y, por ende, dispone su adquisición, otra cosa es valorar la eficacia de esta prueba” (Taruffo, 2020, p. 90).

En consecuencia, para Taruffo (2020) la atribución al juez de poderes de instrucción no determina la “involución iliberal del sistema”, ni pone en peligro la imparcialidad del juez, pues la imparcialidad:

...no se garantiza relegando al juez al rol de un espectador pasivo de la contienda que se desarrolla entre las partes privadas, sino actuando efectivamente las garantías fundamentales del proceso, es decir, el derecho de defensa en todas sus manifestaciones (incluso el derecho de las partes de deducir pruebas contrarias y de poner en discusión las pruebas adquiridas de oficio), y el deber de motivación de la sentencia con especial referencia a la valoración de las pruebas y la comprobación de los hechos (Taruffo, 2020, p. 90).

Sobre las garantías de la justicia de la decisión, Taruffo (2020) considera que los procesos se han hecho con el fin de producir decisiones que resuelvan controversias según criterios legales y racionales controlables. Por tanto, el contenido y la calidad de las decisiones que concluyen los procesos no son indiferentes o irrelevantes, pues operan principios constitucionales y normas procesales ordinarias, lo que implica construir una narración relativa a los aspectos fácticos y jurídicos de la decisión que ha tomado (p. 538). Tomando en cuenta la complejidad estructural que deriva de la pluralidad de las dimensiones que están presentes en la decisión judicial, se describirán sintéticamente las dimensiones dialéctica, epistémica, jurídica, axiológica, y del sentido común, las cuales se intersecan y combinan tanto en la fase heurística del razonamiento del juez, como en el discurso de la motivación de la sentencia, donde se enuncia y justifica la decisión (Taruffo, 2020, p. 552).

La dimensión dialéctica para Taruffo (2020) es doble, la primera corresponde a una dimensión dialéctica diacrónica que se articula con el tiempo y el desarrollo del proceso, y la segunda es la dimensión dialéctica sincrónica, que se atiene a la estructura de la narración que el juez desarrolla en la decisión final. La primera de las dimensiones enunciadas, se trata de una dinámica dialéctica que inicia con la demanda y sigue a lo largo de todo el procedimiento hasta desembocar en la

sentencia, esta dimensión se relaciona con el contradictorio, no solo como garantía fundamental de las partes, sino también como el método que se sigue en el proceso para llegar a una formulación correcta de la decisión, a través de la dialéctica de las partes regulada por la ley procesal. Además, el juez participa en la dialéctica procesal, al resolver cuestiones relativas al procedimiento o pronunciar una sentencia (pp. 539-540).

La dimensión dialéctica sincrónica, se refiere a la estructura argumentativa del discurso que el juez desarrolla en la sentencia, función de motivación que en el ámbito del discurso justificativo permite identificar una estructura dialéctica al reflejar la contraposición entre las argumentaciones de hecho y de derecho desarrolladas por las partes, las cuales representan el objeto sobre el que versa la decisión final. Lo anterior, implica que el juez deba argumentar críticamente sobre diversos aspectos y contenido de esta dialéctica (Taruffo, 2020, pp.540-541).

De otro lado, en caso de reconocer que una de las finalidades es la comprobación de la verdad de los hechos, y el juez tiene que decidir sobre la verdad o falsedad de los enunciados que los describen, se reconoce la existencia de una dimensión epistémica del proceso y de la decisión que lo concluye. El proceso tiene una función en sentido amplio cognoscitiva, que incluye entre sus aspectos la recolección de pruebas que son necesarias para tomar la decisión final. La sentencia, también tiene una dimensión epistémica cuando el juez decide sobre los hechos de la causa, pues la historia que narra incluye la afirmación de verdad de los hechos, y la confirmación probatoria de esa afirmación, mediante la referencia a los datos cognoscitivos que justifican dicha afirmación (Taruffo, 2020, pp.541-542).

La dimensión jurídica de la decisión es hermenéutica, al centrarse en la elección e interpretación de la norma que regula el caso. La importancia de esta dimensión, radica en la justicia y en la formulación de la decisión, así como en la estructura del discurso que el juez desarrolla en la motivación de la sentencia. La decisión del juez, referida a la elección de la norma jurídica aplicable al caso, debe ser justificada con argumentos racionalmente controlables, aduciendo en forma lógicamente estructurada las razones por las que ha decidido que aquella norma, con aquel significado, debe ser aplicada a aquellos hechos tal como resultan comprobados (Taruffo, 2020, pp.543-545).

La dimensión lógica en la actividad decisoria del juez, resulta relevante por múltiples razones. Por una parte, el juez para llegar a formular la decisión debe realizar un contexto de descubrimiento que implica emplear instrumentos racionales y formas lógicas, como la abducción. Por otra parte, respecto a la justificación de la sentencia, esta debe contener una estructura lógica fundamental de justificación interna y externa. La justificación interna consiste en la correlación lógica deductiva entre la premisa de hecho y de derecho de la decisión; mientras la justificación externa, son los argumentos con los que se justifica la premisa de derecho y la comprobación de los hechos de la causa (Taruffo, 2020, pp.545-546).

La dimensión axiológica de la sentencia, corresponde a los juicios de valor que el juez formula en el proceso de toma de decisiones, y debe expresar en la narración final. Esta dimensión está presente en todos los aspectos del razonamiento del juez y de la decisión que concluye el proceso. Los juicios de valor no son simples opciones subjetivas, emotivas e irracionales, sino elecciones que pueden y deben ser realizadas según criterios racionales, que deben guiar al juez al momento en que desarrolla su discurso en la decisión final de la controversia. Lo anterior, implica que el juez haga referencia explícita a los criterios de valoración que ha adoptado, justifique su elección, y muestre cómo los juicios formulados están racionalmente justificados por la aplicación de los criterios (Taruffo, 2020, pp.547-549).

En la dimensión del sentido común, debe indicarse que la narración del juez en la sentencia se sirve del lenguaje ordinario a través del cual emergen nociones de sentido amplio pertenecientes al sentido común. Al respecto, la doctrina procesal habla de hechos notorios y máximas de la experiencia, o lo que William Twining denomina “*stock of knowledge*” que corresponde a las fuentes o repertorios de las nociones no jurídicas que el juez utiliza. Estas nociones extrajurídicas, pueden servir de factor de justificación en la narrativa de la sentencia, surgiendo el problema que muchos de estos recursos carecen de fundamento cognoscitivo y por ende carecen de justificación, razón por la cual su uso correcto requiere por parte del juez autocrítica y disponibilidad a controlar su fundamento cognoscitivo (Taruffo, 2020, pp. 549-552).

Finalmente, Taruffo (2020) excluye la dimensión retórica o persuasiva, al considerar que si bien estos aspectos pueden estar presentes en la narración del juez, no son esenciales, ni relevantes. En la fase heurística del razonamiento del juez, éste busca identificar la solución justa de la controversia, y no tiene que persuadir a nadie, sino valorar racionalmente las pruebas y justificar lógicamente la elección del significado de la norma que asume como regla de juicio. En consecuencia, el juez está en la posición del sujeto pasivo de la persuasión, y los abogados en la posición activa. Lo anterior, no implica que el razonamiento del juez tenga una dimensión retórica, y por el contrario debe evitar dejarse persuadir por la retórica de los abogados, sirviéndose del control racional sobre su propio razonamiento. Además, la motivación de la sentencia no debe persuadir a nadie de la bondad de su decisión, sino justificar racionalmente, aduciendo las razones por las que esta debe ser considerada como verdadera y jurídicamente fundada (Taruffo, 2020, pp. 552-553).

3.2. La comprobación confiable de los hechos relevantes para el caso: la verdad y la prueba en el proceso

Aramburo (2020) al analizar el juicio de hecho en la teoría de la decisión judicial en la obra de Taruffo, indica que este autor dialoga con doctrinas como el “fundherentismo” de Susan Haack, y la que denomina “teoría de la prueba española” representada por Marina Gascón Abellán, Jordi

Ferrer Beltrán, y Daniel González Lagier (p. 21). Por tanto, si bien en el tema de la búsqueda de la verdad en el proceso, seguiré la teoría de Taruffo, ante la mencionada afinidad doctrinaria citaré a Susan Haack y Marina Gascón Abellán cuando resulte pertinente.

Para empezar, debe aclararse que los hechos no entran al proceso en su realidad material, sino a través de narraciones que diversos sujetos hacen de él. Entonces, la verdad debe concebirse en el proceso como descripciones fácticas, siendo el enunciado que describe el hecho el que será verdadero o falso. Al respecto, surge el problema de establecer qué se entiende por verdad de la descripción de un hecho, resultando razonable adoptar una concepción alética y realista de la verdad, según la cual una descripción fáctica es verdadera si corresponde a la realidad del hecho que describe. El anterior concepto es el de verdad como correspondencia, y siguiendo el enunciado de Alfred Tarski se ejemplifica así: la nieve es blanca es verdad solo si la nieve es blanca (Taruffo, 2020, pp. 189-190).

Para Gascón (2010), la anterior posición puede ubicarse en las teorías semánticas de la verdad como correspondencia, en la que “la verdad de un enunciado consiste en la adecuación a la realidad (o estado de cosas) a que se refiere, en su correspondencia con los hechos” (p. 51). Según esta autora, el concepto de correspondencia de la verdad implica que un enunciado es verdadero solo si se adecua a una realidad objetiva e independiente, y presupone realismo epistemológico que se asienta en dos tesis: una “metafísica” y otra “gnoseológica”. “La tesis metafísica consiste en presuponer que existe un mundo real, independiente del sujeto cognoscente. La tesis gnoseológica consiste en presuponer que se puede conocer ese mundo real, aunque sea de forma imperfecta” (Gascón, 2010, p. 51).

Para Taruffo (2020), el concepto de verdad como correspondencia parece ser coherente con lo que se dice de la comprobación de la verdad como condición de justicia de la decisión, pues el proceso y la decisión que lo concluye versan sobre hechos que se suponen acaecidos en el mundo real, y a estos hechos se debe aplicar el derecho (pp. 189-190). Al respecto, Haack (2020) recurriendo a la metáfora de Bentham sobre la “la injusticia y su criada la falsedad”, considera que la verdad fáctica es un elemento esencial de la justicia, y el derecho está repleto de cuestiones en las que la epistemología es relevante. En este sentido, expone que la justicia no solo requiere de leyes justas y de su adecuada aplicación, sino también de la verdad fáctica -la verdad fáctica objetiva-; y, en consecuencia, incluso la posibilidad de un sistema jurídico justo requiere que haya indicadores objetivos de la verdad, es decir, estándares objetivos sobre cuándo hay mejores pruebas y peores pruebas (pp.135-136).

Esclarecido lo anterior, surge la problemática de distinguir entre verdad absoluta y verdad relativa, y verdad procesal y verdad “verdadera”. Para Taruffo (2020) el equívoco nace del hecho de que muchos piensan en la verdad solo como verdad absoluta, observan que en el proceso existen límites que impiden la comprobación de la verdad absoluta, y concluyen que en el proceso no se puede

descubrir ninguna verdad. Además, la verdad procesal o formal, es una suerte de verdad obtenible en el proceso, mientras la verdad “verdadera” sería comprobable solo fuera del proceso. Por tanto, el error conceptual de estas teorías es doble: i) es evidente que no existen verdades absolutas, ni siquiera en la ciencia, y por tanto, la idea absolutista de la verdad carece de fundamento. ii) Es indiscutible la posibilidad de comprobar verdades relativas en el contexto del proceso. No obstante, en el proceso la idea de una verdad absoluta no carece de sentido, pues si bien tal verdad no puede ser comprobada, constituye un ideal regulativo que sirve para orientar los comportamientos de las partes y el juez en las actividades relacionadas a la decisión sobre los hechos. Por tanto, “se puede decir que la decisión fundada en una verdad relativa debe tender a aproximarse lo más posible a este ideal” (Taruffo, 2020, pp. 190-191).

En consecuencia, teniendo claro que en el proceso se obtienen verdades relativas, esta relatividad de la verdad “debe ser entendida en sentido objetivo, es decir, en referencia a la cantidad y calidad de las informaciones sobre las que se basa el conocimiento de un hecho, es decir, sobre la conclusión sobre la verdad de un enunciado fáctico” (Taruffo, 2020, p. 191). Al respecto, se explica que epistemológicamente la verdad es relativa al grado de confirmación que el enunciado recibe de las informaciones disponibles en el contexto específico en que se debe establecer su verdad o falsedad. En el contexto del proceso, “se trata de las informaciones que son brindadas por las pruebas adquiridas del “peso probatorio”, es decir, de la adquisición y valoración de todas las pruebas disponibles, como condición para la obtención del grado de confirmación más elevado del enunciado” (Taruffo, 2020, p. 191).

El carácter relativo de la verdad en el proceso, también es descrito y analizado en términos de probabilidad, “en el sentido de que la atendibilidad del enunciado fáctico en cuestión puede ser más o menos probable según el grado de confirmación que a este enunciado se le atribuye en base a las pruebas” (Taruffo, 2020, pp. 191-192).

Establecido el contexto dentro del cual debe ser afrontado el problema consistente en definir la naturaleza y la función de la prueba en el proceso, Taruffo (2020) distingue dos aspectos de este problema: el primero, pertenece a la prueba entendida como fuente de información, es decir, como medio de prueba. En este sentido, se indica que de los medios de prueba se pueda derivar informaciones útiles para establecer la verdad o falsedad de un enunciado fáctico, y la noción de utilidad que debe caracterizar el medio de prueba es su relevancia, es decir, si brinda información que sirve para comprobar el hecho en cuestión (pp.192-193) Además se comenta la diferencia entre prueba directa e indirecta, distinción que puede inducir a error, si se considera que la prueba directa no requiere de operación lógica, y que solo la prueba indirecta se funda en inferencias, pues “basta considerar que varias inferencias son necesarias para establecer la credibilidad de un testigo o la autenticidad de un documento” (Taruffo, 2020, p.193).

El segundo aspecto, corresponde a la prueba "resultado" relativo a la verdad demostrada de un enunciado fáctico. En cuanto a esto, se critica la concepción según la cual la prueba tiene una función esencialmente persuasiva, y se encuentra dirigida a convencer al juez, creando en su mente una creencia sobre la veracidad de una descripción de hecho en cuestión. Por el contrario, se expone que el juez sobre la base de las pruebas adquiridas en el proceso, tiene el deber de fundar una decisión relativa a la verdad de los hechos. Entonces, para el juez la prueba no tiene una función meramente persuasiva, sino una función esencialmente epistémica, tratándose del instrumento del que debe servirse para conocer la verdad relativa a los hechos en cuestión (Taruffo, 2020, pp.193-194).

Finalmente, en lo que tiene que ver con la valoración de la prueba, esto es, “el juicio que el juez formula tomando en consideración todas las informaciones que las pruebas han producido, para establecer si la verdad de aquel enunciado parece justificada en base a aquellas informaciones” (Taruffo, 2020, p.194), se plantean dos aspectos importantes: el primero corresponde a la posición doctrinaria de la tesis holística y de la concepción analítica. La valoración probatoria holística consiste en una consideración inmediata, homogénea y unitaria de todas las pruebas disponibles; se asocia a algunas teorías narrativistas de la decisión, no está claro si tal valoración probatoria corresponde a la realidad, y no dice nada significativo sobre el razonamiento con el que los jueces deberían formular su juicio sobre las pruebas. Por tanto, para Taruffo (2020) resulta preferible una concepción analítica de la valoración relativa, “en la que el juez debe tomar en consideración singularmente, y uno por uno los diferentes medios de prueba, estableciendo cuál es su atendibilidad y determinando la cantidad y calidad de la información que resulta de toda prueba individual” (p.195). Lo anterior, no implica que la valoración no deba ser completa, pues esta debe concluirse con una reconstrucción global final que agrupe los resultados cognoscitivos de todos los medios de prueba individuales (Taruffo, 2020, p.195).

El segundo aspecto importante, se refiere a la naturaleza de la valoración probatoria, donde la doctrina procesalista ha desarrollado dos concepciones que se contraponen: la íntima convicción y la racionalista. La primera, “se trata de una especie de autoanálisis psicológico y moral, es decir, de una introspección realizada por el sujeto que debe decidir con el fin de llegar a la “certeza” quizá “absoluta”, sobre la verdad de los hechos” (Taruffo, 2020, p.195). Frente a esta concepción se observa, que configura la valoración probatoria como un acto subjetivo y arbitrario, debido a que la íntima convicción no se puede conocer, ni controlar; asimismo, se indica que en ciertos aspectos puede vincularse a la concepción holística y persuasiva de la prueba, y que esta doctrina no puede ser aceptada en tanto legitima la irracionalidad y arbitrariedad de la decisión sobre los hechos de la causa (Taruffo, 2020, p.195).

A la anterior doctrina, se contrapone la concepción racionalista de la valoración de las pruebas, que consiste en “la aplicación de criterios racionales que justifiquen lógicamente el juicio final que el juez llega a formular” (Taruffo, 2020, p.196). El ordenamiento procesal colombiano se vincula

a esta concepción, debido a que el artículo 136 del Código General del Proceso prescribe que la apreciación de las pruebas se hará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir, a través de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Para Taruffo (2020) la concepción racionalista se vincula a la concepción analítica de la valoración probatoria, y a la garantía de la motivación de la sentencia (p. 196).

En conclusión, dice Taruffo (2020):

...parece evidente que solo la concepción analítica y racionalista de la valoración de las pruebas permita al juez fundar su decisión en las pruebas, con argumentos e inferencias lógicamente controlables y, por ende, le permita dar actuación efectiva a la garantía de la motivación (p.197).

Expuesta la problemática de la decisión justa a partir de factores ideológicos, y desde la justicia en la sentencia de los jueces a partir de la obra de Michele Taruffo, en el próximo capítulo se identificarán algunos razonamientos doctrinarios sobre la cuantificación del dolor en los procesos de responsabilidad civil extracontractual. Las anteriores secciones, servirán de pilar teórico para analizar los criterios probatorios y jurídicos que permiten a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuantificar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual.

CAPÍTULO II

EL DOLOR Y EL DERECHO DE DAÑOS

1. Introducción

El objetivo de este capítulo es identificar desde la doctrina, los criterios teóricos que pueden tenerse en consideración para indemnizar el dolor sufrido por una víctima, en un proceso de responsabilidad civil extracontractual. Desde un punto de vista sistemático, este trabajo consta de dos partes, en la primera, expondré el hecho existencial del dolor desde otras áreas del conocimiento, y a partir de la filosofía de la responsabilidad civil, lo anterior, con la finalidad de entender e interpretar de una manera más amplia e interdisciplinaria, la complejidad del fenómeno doloroso.

En la segunda sección, describiré la institucionalización jurídica del dolor sufrido, tema que se subdividirá en: i) el daño moral y la tradición jurídica del derecho continental al que se inscribe el ordenamiento jurídico colombiano, pues como advierte Díez-Picazo (2011), el límite de la

resarcibilidad del daño moral, se encuentra implícito en la investigación de este concepto y es inseparable de él (p 312); ii) la problemática probatoria del dolor sufrido en el derecho civil; iii) el análisis económico del derecho de daños, las teorías basadas en la justicia de la responsabilidad civil extracontractual, y las posiciones híbridas; iv) la equidad judicial, el sistema de baremación de daños, y los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil; y iv) finalmente, los argumentos doctrinarios de Papayannis (2018), Koteich (2012), y Vargas (2020) que justifican diferentes respuestas indemnizatorias del daño no patrimonial a efectos de resarcir el dolor sufrido.

2. Una aproximación al dolor

Etimológicamente dolor proviene del latín doloris que significa según el Diccionario Ilustrado Latino-Español “dolor (físico), padecimiento (d.articulorum o pedum gota; d. laterum o lateris pleuresía) //dolor (moral), pena, aflicción, pesadumbre//emoción, sensibilidad//expresión apasionada, patetismo (oratio quoe dolores habeat, elocuencia patética” (párr.13). Origen de la palabra que permite tener contacto con un lenguaje que evoluciona y se alimenta de nuevos e inesperados términos.

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra dolor así:

- “1. m. Sensación molesta y aflictiva de una parte del cuerpo por causa interior o exterior.
2. m. Sentimiento de pena y congoja” (<https://dle.rae.es/dolor?m=form>).

Como lo plantea Sabato (2000), frente a cuestiones inefables es infructuoso tratar de acercarnos por medio de definiciones (p.52), por ello, ante la fragilidad original de la condición humana, y el enfoque de un hombre sufriente connatural al individuo y a las culturas, el dolor ha sido abarcado desde diferentes saberes como la religión, la filosofía, la literatura, la psicología, la medicina, la antropología y el derecho.

Pizarnik (2017), en el último verso de su poema Caminos del Espejo expresa: “Volver a la memoria del cuerpo, he de volver a mis huesos en duelo, he de comprender lo que dice mi voz” (p. 244).

Arendt (2012), al analizar la esfera pública y privada alude al dolor indicando:

En efecto, la sensación más intensa que conocemos, intensa hasta el punto de borrar todas las otras experiencias, es decir, la experiencia del dolor físico agudo, es al mismo tiempo la más privada y la menos comunicable de todas. Quizá no es sólo la única experiencia que somos incapaces de transformar en un aspecto adecuado para la presentación pública, sino que además nos quita nuestra sensación de la realidad a tal extremo que la podemos olvidar más rápida y fácilmente que cualquier otra cosa.

Parece que no exista puente entre la subjetividad más radical, en la que ya no soy «reconocible», y el mundo exterior de la vida. Dicho con otras palabras, el dolor, verdadera experiencia entre la vida como "ser entre los hombres" (Ínter homines esse) y la muerte, es tan subjetivo y alejado del mundo de las cosas y de los hombres que no puede asumir una apariencia en absoluto. (p. 71).

Le Breton (1995), al estudiar la antropología del dolor, explica que los hombres según su condición social o su historia personal, no reaccionan de la misma manera frente a una herida o enfermedad idénticas, debido a que no tienen el mismo umbral de sensibilidad, e indica que el dolor es un hecho situacional, íntimo, pero también impregnado de materia social, cultural, relacional, y es fruto de una educación, por tanto, no escapa del vínculo social (p.9).

La medicina ha estudiado el dolor desde la fisiología, la neurofisiología y la neurociencia, pero otros especialistas se han ocupado de la experiencia subjetiva del dolor, es el caso de los psicólogos, psicoterapeutas, y psicolingüistas.

Desde la neurociencia, Llinás (2020) al referirse a la fisiología de los órganos enseña:

El cerebro es básicamente cerrado en su naturaleza y operación, escapa completamente al examen directo de los sentidos, no lo vemos ni oímos, no lo sentimos palpar, no se mueve en ninguna dirección, no siente dolor si lo golpeamos. Más aún, parece muy distante de su asiento corporal - como cuando nos compadecemos del dolor ajeno u observamos admirados el universo (p. 125).

Además, este neurocientífico considera el dolor y el siguiente paso, el miedo, como estados emocionales. La activación de las vías cerebrales especializadas en dolor (nociceptivas), no se genera en personas con lesiones en el lóbulo frontal (cíngulum), y el cíngulum generalmente se activa ante dolores intratables, crónicos, como el cáncer; al cometer un error u omisión; y por el sentimiento de dolor ante el sufrimiento o desgracia de nuestros seres queridos, dolores que no son localizables (Llinas, 2020, p. 208). En tal sentido, expone este autor:

De hecho no se puede localizar ningún dolor. Una cortadura en el dedo y el dolor asociado parecen localizados, pero esta localización simplemente es la coactivación del dolor y el estado emocional que produce con la estimulación general táctil. El malestar del dolor es un estado emocional generado por el cerebro (Tolle et al., 1999; Treede et al., 1999) y no un evento que ocurre en algún sitio particular del cuerpo (Greenfield, 1995).

Dicho en otras palabras, los receptores periféricos y las vías neurales que generan la percepción central de dolor definen pero no son el proceso de generación del dolor (Llinas, 2020, p. 209-210).

En 2020, la Asociación Internacional para el Estudio del Dolor- IASP- definió el dolor como: una experiencia sensorial y emocional desagradable asociada o similar a la asociada con un daño tisular (perteneciente o relativo a los tejidos de los organismos) real o potencial.

Además, la IASP expuso seis consideraciones para la definición: i) el dolor es una experiencia personal influenciada en diferentes grados por factores biológicos, psicológicos y sociales. ii) El dolor y la nocicepción (percepción consciente del dolor) son fenómenos diferentes. El dolor no puede ser inferido solamente por la actividad de las neuronas sensoriales. iii) Las personas aprenden el concepto de dolor a través de las experiencias de vida. iv) Si una persona manifiesta una experiencia dolorosa, ésta debe ser respetada. v) Aunque el dolor usualmente cumple una función adaptativa, puede tener efectos adversos sobre la funcionalidad y el bienestar social y psicológico. vi) Una de las maneras para expresar dolor es por la descripción verbal; la incapacidad para comunicarse no niega la posibilidad de que un humano o animal experimente dolor (<https://www.iasp-pain.org/Education/Content.aspx?ItemNumber=1698#Pain>).

Una mirada del fenómeno doloroso desde el arte u otras disciplinas diferentes al derecho, representan el dolor en los límites entre una percepción interna y una externa, entre lo corporal y lo anímico. Experiencia dolorosa que, depende de la historia del ser que lo sufre, y del significado que tiene la situación que produce el dolor en el cuerpo, en las emociones, y en el mundo exterior, es decir, desde los vínculos con otros seres humanos.

Desde la filosofía de la responsabilidad civil, Papayannis (2018) se refiere a la diferencia entre dolor físico y dolor emocional, y encuentra sensata la doctrina jurídica que diferencia ambos tipos de dolor, explicando que pese a que los procesos fisiológicos relacionados con la experiencia del dolor sean los mismos, desde la perspectiva de la persona que lo siente, el dolor emocional tiene una naturaleza distinta del dolor físico, pues cuando un individuo siente dolor físico es porque algo va mal en su cuerpo, y cuando siente dolor emocional es porque algo va mal en su vida. Esta distinción es clave desde la perspectiva del sufrimiento, debido a que el sufrimiento en cada caso tiene fuentes categorialmente distintas, de ahí que para comprender el dolor físico se requiere indagar sus causas, ello a la vez presupone un conocimiento del cuerpo humano, de su mecánica, y puede ser evaluado como estadísticamente normal o frecuente; mientras la comprensión del dolor emocional requiere indagar en la psicología de la persona, y no solo puede ser frecuente o infrecuente sino también razonable o irrazonable (p. 8).

Asimismo, Papayannis (2018) juzga imposible distinguir el dolor emocional de otro conjunto de emociones, algunas claramente negativas, como el rencor, el resentimiento, la indignación, la pena,

la angustia, la nostalgia, la tristeza, la melancolía, la inseguridad, el temor o el odio, y expone que cuando una persona experimenta dolor emocional, su sufrimiento está usualmente compuesto por un combinado de emociones como las mencionadas, y cualquier intento de demarcar nítidamente el ámbito del dolor emocional con prescindencia de otras emociones está condenado al fracaso, debido a que no existe algo así como un dolor emocional puro. Lo mismo vale para el dolor físico, pues carece de sentido delimitar el dolor físico de otras sensaciones corporales, como los entumecimientos, los hormigueos o las náuseas, cuyas diferencias con el dolor es de grados (p. 9).

3. La institucionalización jurídica del dolor sufrido

3.1. El daño moral y la tradición jurídica del derecho continental

En la tradición del sistema Continental Europeo a finales del siglo XIX, y gracias a una evolución que inició con la doctrina, siguió más tarde con la jurisprudencia, y encontró por último algunas consagraciones legislativas en los distintos campos del derecho laboral, administrativo y privado en su orden, se habló de *Schmerzengeld* (precio o dinero del dolor) en Alemania, de *dommage moral* en Francia y de *danno non patrimoniale* en Italia. (Koteich, 2012, p. 21).

Díez Picazo (2011), citando a Renato Scognamiglio, señala que el origen del denominado daño moral, se encuentra en lo que en el antiguo derecho común se llamaba *pretium doloris* –precio del dolor- y en el antiguo derecho germánico *Schmerzengeld* (p. 311). Al respecto, Fernández (2003) aduce que a los juristas decimonónicos se les ocurrió llamar moral al dolor o sufrimiento derivado de una lesión a una particular esfera del ser humano como es la afectiva o sentimental, y que el concepto de daño moral resulta impreciso debido a que se confunde lo subjetivo relacionado con la eticidad resentida, o un reproche moral, con un tema jurídico que aparece a partir de la intersubjetividad (p. 89).

Para delimitar el concepto de daño moral, la mayor parte de los autores lo definen de manera negativa limitándose a contraponerlo al daño patrimonial, pues resulta más fácil que enfrentarse directamente a la naturaleza del daño moral. Algún sector de la doctrina propone una concepción del daño moral basada en la clasificación de los daños: materiales o inmateriales, o en la clasificación de los derechos: patrimoniales o extrapatrimoniales, posición que recibe críticas al considerarse que este orden resulta inerte, pues material no quiere decir nada y resulta un término ambiguo, mientras la expresión extrapatrimonial tiene la desventaja de lo que se define en forma negativa, resultando mejor llamar las cosas con su nombre y, por tanto, calificar el daño según el interés afectado: patrimonial, bien de la personalidad, a la vida de relación, a los sentimientos o afectos (Hinestrosa, 2017, p. 21).

Otra tendencia doctrinal, ha situado el daño moral en el campo de los dolores y los sufrimientos. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el daño moral es la afectación de los sentimientos, y lo ha definido, acudiendo a la doctrina, así:

El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., Il danno morale, Milano, 1966; El daño moral-Contribución a la teoría del daño extracontractual, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 20001-3103-005-2005-00406-01, 18 de septiembre de 2009).

En esta concepción de daño, se puede vislumbrar que el aspecto del ser humano que se lesiona es su esfera afectiva o sentimental, y la consecuencia del daño es el dolor o sufrimiento. Las críticas a esta hipótesis, se fundamentan en la trivialización a la que puede conllevar que se aplique en todos los casos de sensaciones desagradables o de algunas que pueden resultar nimias (Díez Picazo, 2011, p.317).

Una posición doctrinaria contemporánea ha extendido la idea de la aplicación del daño moral, y ha construido una concepción que incluye los siguientes elementos: i) los sufrimientos morales y psíquicos, que comprende la idea de pretium doloris o daño moral en sentido estricto; ii) el perjuicio estético; iii) el perjuicio sexual, iv) el daño de la vida de relación; v) daños a los derechos de la personalidad como el derecho al buen nombre, ataques a la intimidad, al honor o al derecho moral del autor y del artista; y v) el daño a la salud (Italia) o perjuicio fisiológico (Francia) (Díez Picazo, 2011, p.321).

En Perú, Fernández (2003) inspirado en la doctrina italiana, y con fundamentos filosóficos en una concepción humanista-personalista del derecho de daños, revaloriza al ser humano como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. En razón de lo anterior, propone sistematizar de manera coherente a partir del concepto genérico de daño a la persona, las especies

de daño moral y daño al proyecto de vida, entendiendo que la persona puede ser dañada en cualquier aspecto de la unidad psicosomática, o en su libertad desde el proyecto de vida (p. 11-12).

El mencionado autor define el daño moral como una perturbación psicológica de carácter no patológico, generalmente transitorio. Al respecto, explica que el mal llamado daño moral no es una instancia autónoma o diferente del daño a la persona, sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma de carácter emocional, por tanto, lo que se daña son los principios morales de una persona, y este daño causa perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En consecuencia, desde el sistema que propone Fernández (2003), el daño moral se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico daño a la persona en la categoría del daño psicosomático, preponderantemente de carácter psíquico (p. 19).

En la doctrina colombiana, autores como Milagros Koteich y Édgar Cortés han planteado desde la constitucionalización de la responsabilidad civil, y con la herramienta del derecho comparado italiano y francés, discutir la reparación del daño como mecanismos de tutela a la persona, haciendo énfasis en el daño a la salud o perjuicio fisiológico. Al respecto Koteich (2012) se refiere al daño (extrapatrimonial) a la persona como un tema que cobra inusitada vigencia en virtud de la protección de los derechos fundamentales del hombre (integridad psicofísica, honra, buen nombre, intimidad, entre otros), y que ha trazado ese nuevo andar de la responsabilidad civil hacia una más completa tutela (resarcitoria) de la persona humana. Esta autora define el daño extrapatrimonial así:

...aquel que está constituido por los efectos perjudiciales de un hecho lesivo que ni tiene una entidad tangible (como el dolor, el sufrimiento moral, los complejos), o que, teniéndola, no admiten una equivalencia exacta en dinero (como el daño a la salud o el perjuicio fisiológico); con prescindencia en ambos casos de los eventuales efectos patrimoniales negativos (Koteich, 2012, p. 20).

Por su parte, Cortés (2009) al referirse a la relación entre el daño moral y el daño a la salud, explica que la primera categoría que debe encontrar lugar al lado del daño a la salud y debe ser objeto de protección por parte de la responsabilidad civil, es el daño moral. Sobre el particular, expone que en principio resulta lógico suponer que cuando se ha causado un daño a la integridad psicofísica de una persona, aparejado a este daño aparezca o se presente un daño moral, pues un menoscabo a la salud, por lo general, comporta para la persona que lo ha sufrido también una aflicción (p. 150).

Además, aduce Cortés (2009), citando a Patricia Ziviz, que el daño moral circunscribe su campo de acción a padecimientos de tipo subjetivo relacionados con el sentimiento de la víctima, por lo que se hace necesario distinguirlo del daño a la salud de carácter psíquico, problema difícil dentro

del ámbito probatorio, pero que allí encuentra respuesta, pues una de las características del daño a la salud es la posibilidad que debe existir de una comprobación médico legal de la existencia y entidad del daño, y el daño psíquico que se traduce en una perturbación anímica, debe basarse en una alteración patológica de las funciones psíquicas del sujeto, mientras que el daño moral debe quedar encerrado dentro de la subjetividad de la víctima. Además, una de las características del daño a la salud, incluido el psíquico, la constituye el impedimento para realizar actividades de la vida cotidiana, que la persona afectada por un daño moral puede realizar. El dolor, entonces, que no comporta una patología no se puede considerar como un daño a la salud y ni siquiera cabría incluirlo en el concepto jurídico y general del bien salud (p. 152).

3.2. La prueba del dolor sufrido en el derecho civil

Ante la necesidad del derecho civil de paliar los efectos negativos del dolor causado por un daño injusto, que afecta la salud física o emocional de las personas, la doctrina ha estudiado la prueba, y las modalidades de reparación del dolor, temas que generan cuestionamientos epistemológicos y prácticos: ¿cómo reparar la causación y el correlativo sufrimiento de dolor? ¿Cómo sabemos si alguien siente dolor y, en su caso, con qué intensidad? ¿Cómo debemos proceder cuando un individuo alega que otro le ha causado un dolor que no podemos comprobar? ¿Tiene algún sentido transferir dinero como indemnización del dolor sufrido? o ¿qué impacto tiene el dinero para paliar los efectos del dolor causado injustamente? (Papayannis, 2018, p. 6). Esta sección, no tiene como finalidad responder problemáticas tan complejas, sino plantear un dialogo entre diferentes posiciones doctrinarias que se han ocupado de estudiar estos temas.

Desde la filosofía de la responsabilidad civil, Papayannis (2018) plantea directrices que pueden lograr una mejor gestión institucional del dolor causado y sufrido en las interacciones privadas. Así, considera sensata la diferencia doctrinal entre dolor físico y dolor emocional, y explica que el dolor sufrido es una experiencia subjetiva, íntima, y privada, razón por la cual, las afirmaciones sobre el dolor que una persona siente no refieren a nada externo (p. 9-13)

Entonces, desde la mencionada concepción del dolor surgen las preguntas: ¿cómo se conoce el dolor? y ¿la indemnización del dolor es un problema de prueba?, problema epistémico que es asumido por Papayannis (2018) desde un modelo cognoscitivista de la prueba, entendiendo que frente a la existencia y gravedad del daño patrimonial y del daño físico, el individuo no es infalible, pues sus creencias sobre la entidad de sus pérdidas o sus lesiones no son en absoluto relevantes al momento de determinar la existencia de un daño, lo que permite adoptar una concepción objetiva de estos daños, y desde el aspecto económico permite una cuantificación, siempre aproximada, que satisface el mínimo de objetividad requerido para que la práctica sea racional y justificable en la relación interpersonal entre el agente y su víctima, de modo que ninguna parte queda al arbitrio de la otra (p. 5-14).

En el caso del daño moral, la persona que siente dolor es infalible sobre la existencia y gravedad de tal daño, y no existen parámetros externos, independientes de la apreciación subjetiva de la víctima, para determinar si ella sufre dolor emocional y con qué intensidad. Al respecto, la barrera epistémica no es tan grave, y su abordaje requiere analizar si existe dolor y cuál es su intensidad aproximada. Por tanto, se reconoce que la prueba del dolor sufrido no es diferente de la prueba de cualquier otro hecho interno o psicológico, como la posesión de mala fe, estados mentales que no resultan comprobables mediante la mera observación, sino que son inferidos de otros hechos que observados directamente, es decir, el conocimiento del dolor es indirecto (Papayannis, 2018, p. 15, 18).

Que el conocimiento del dolor sea indirecto significa que su constatación depende de una inferencia inductiva, realizada a partir de otros hechos y algunas máximas de experiencia, incluyendo las leyes científicas. Así las cosas, el razonamiento probatorio permitirá atribuir un grado de confirmación a la premisa fáctica sobre la existencia e intensidad del dolor, más alto o más bajo, según el caso, pero nunca certeza, pues las inferencias justifican enunciados probabilísticos respecto del dolor que la persona puede estar sufriendo (Papayannis, 2018, p. 18,19).

En relación a lo anterior, Díez Picazo (2011) considera que la prueba del daño moral en sentido estricto, es decir, la *pecunia doloris* que es consecuencia de lesiones de bienes de la personalidad, exige que este tipo de daño no sea simplemente presumido por el tribunal de justicia como consecuencia de determinadas lesiones, que se suponga, y se trate de manera igual para todos. Por el contrario, entiende que este daño debe ser objeto de algún tipo de prueba, porque la experiencia vital enseña que situados ante sucesos parecidos no todos los seres humanos reaccionan de la misma manera (p. 320-323).

Por su parte, Tamayo (2009) aduce que los perjuicios morales subjetivos deben demostrarse en el proceso, y que si bien su cuantificación económica es imposible, dada la naturaleza misma del daño, su intensidad es demostrable, debido a que la medicina contemporánea puede dictaminar casi con exactitud el grado y duración del dolor físico y síquico. En consecuencia, considera que por la naturaleza del daño moral, este no puede demostrarse mediante pruebas directas, sino a través de los indicios (p. 508).

En este sentido, Cortés (2009) expone que en la práctica judicial el daño moral como padecimiento subjetivo se presume cuando hay de por medio una lesión a la integridad psicofísica de la persona, lo que genera que no sea normal presentar pruebas para comprobar la existencia o monto del perjuicio moral, considerándose la existencia de este daño *in re ipsa*, es decir, la demostración del daño moral se resuelve con la demostración del daño a la salud. El anterior automatismo jurisprudencial, es criticado por el tratamiento desigual que se puede generar, cuando por ejemplo, dos personas con lesión similar, tienen sensibilidad y coraje diferentes. De otro lado, la excepción

al daño *in re ipsa*, puede generar reconocer o excluir el resarcimiento o la cuantificación del daño moral, sobre la base de los elementos probatorios aportados al proceso (p. 150-151).

Continuando con el problema epistémico de cómo se conoce el dolor desde el derecho, la doctrina ha analizado los aportes de la neurociencia, y en este sentido Molina (2013) considera que la neurociencia aporta una nueva visión sobre el proceso y es parte de una explicación, pero no es el todo, pues se trata de ampliar nuestro horizonte conceptual, superar la visión normativista para intentar una visión multidisciplinaria que permita acercar más el derecho al hombre (p. 63).

Taruffo (2013) plantea que frente al análisis científico de la estructura y funcionamiento del cerebro, y su posible utilización como prueba pericial en el proceso, no se pone en cuestión la científicidad de la neurociencia y de los métodos que emplea, sino el problema de su capacidad para determinar la decisión sobre un hecho relevante de la causa (p. 16).

Al analizar tal cuestionamiento en el proceso civil, aduce el mencionado autor que con alguna adaptación, teniendo en cuenta que las técnicas de investigación de la neurociencia se encuentran en vías de perfeccionamiento y subsiste incertidumbre acerca de su fiabilidad, se podría extender su ámbito a la determinación del dolor que un sujeto padece a consecuencia de cualquier causa (física, o quizás incluso psíquica), y la evaluación de la intensidad de dicho dolor. Probablemente se podría suponer una especie de analogía entre el daño físico y el dolor, aunque solo sea desde el punto de vista de su resarcibilidad. También una determinación precisa del dolor y de su intensidad, con métodos elaborados por las neurociencias, podrían establecer con relativa certeza que el dolor existe realmente y en qué nivel, superando las dudas que pudieran surgir de la simple declaración de la persona en cuestión o por los simples indicios externos valorados según las máximas de la experiencia (Taruffo, 2013, p. 16, 17).

En la exposición del uso probatorio de las neurociencias, Taruffo (2013) suscita como problema: ¿es posible reducir la mente al cerebro, identificando las actividades mentales con las actividades cerebrales? y establece que responder afirmativamente la pregunta, sería adoptar una perspectiva teórica estrictamente materialista y determinista, según la cual toda la vida mental, espiritual, volitiva y cognitiva se reduciría al funcionamiento de las células cerebrales y sus conexiones (p. 23).

Tal y como se referenció al inicio del presente capítulo, la IASP considera que el dolor no puede ser inferido solamente por la actividad de las neuronas sensoriales, y en este sentido Picó i Junoy (2013) analizó jurídicamente la prueba del dolor. Para este autor, el dolor es un hecho fundamentalmente subjetivo, que es percibido como tal por el cerebro, y por tanto, se trata de una percepción; además, considera que el dolor puede ser físico y/o psíquico; y distingue entre daño moral y dolor, explicando que si bien en muchas ocasiones van unidos, son dos realidades distintas, que pueden generar las siguientes situaciones:

i) La existencia de daño y dolor a la vez, pero que uno perdure en el tiempo más que el otro. Por ejemplo, cuando una mala praxis médica se materializa en una cicatriz, caso en el que normalmente, el dolor será menor respecto al mantenimiento de la cicatriz que puede durar toda la vida si no se elimina con posteriores intervenciones quirúrgicas, por lo que finalmente podrá existir daño moral sin dolor.

ii) Que haya daño sin dolor. Este caso se ilustra con la tetraplejía de una persona derivada de un accidente de tránsito, donde resulta evidente que existe un daño indemnizable y puede haber ausencia de dolor debido a la falta de sensibilidad en las extremidades.

iii) Existencia de dolor sin daño moral indemnizable. Para demostrar esta circunstancia, se propone el caso de una persona que practica la religión del sijismo a quien se le corta el pelo porque ingresa a un centro penitenciario, lo que causa dolor inmenso, pues el pelo es un símbolo de sumisión a la voluntad divina (p. 83-85).

Como consecuencia de la subjetividad del hecho doloroso, se considera que lo indemnizable en todo proceso es la percepción del dolor, pues si este no se percibe no hay nada que indemnizar, lo que genera dos elementos de muy difícil prueba: a) la sensación, y b) la interioridad como forma de manifestarse. Además, el problema de demostrar la existencia del dolor, y la complejidad de detectar la exageración o mentira en su alcance, dificultad que es evitada por el ordenamiento jurídico objetivando el dolor, esto es, presumiendo su existencia a partir de la prueba del daño material o físico (Picó i Junoy, 2013, p. 84-85).

La objetivación del dolor se presenta, cuando el legislador fija unos criterios a partir de los cuales se indica la indemnización a percibir, y dentro de esta indemnización se entiende incluido el valor del dolor (daños morales), por lo que ya no es preciso probarlo. La justificación para objetivar el dolor se encuentra en el valor constitucional de la seguridad jurídica, pues de esta forma se hace más previsible saber qué tipo de indemnización se puede solicitar, y evitar las desigualdades que se podrían producir al otorgar judicialmente indemnizaciones muy dispares ante daños similares, empero, ello puede plantear situaciones injustas, pues el dolor como percepción que es, no debe ser igualmente indemnizable, ya que puede ser percibido de forma muy distinta en cada persona (p. 87).

En razón de lo anterior, Picó i Junoy (2013) considera necesaria la prueba del dolor, y citando a Kolber y Muñoz Sabaté indica que al tratarse de una experiencia subjetiva solo tenemos acceso directo a nuestro propio dolor, por lo que solo se pueden hacer inferencias sobre el dolor de los demás. La anterior situación, se presenta cuando en el proceso el juez debe enjuiciar el dolor ajeno, por tanto, está destinado a acercarse a la prueba del dolor siempre de forma aproximada, pero, esto es lo que sucede en cualquier otro ámbito del enjuiciamiento fáctico, pues la certeza total y absoluta

de los hechos es casi imposible, destacando en tal sentido que la prueba de los hechos siempre o casi siempre suele darse en el proceso en términos de probabilidad y no de certeza (p. 89).

En cuanto a la búsqueda de los medios probatorios más eficaces para el dolor físico, partiendo de la prueba del daño reclamado, en muchos casos la ley presume la existencia del dolor y la incluye dentro de la cuantía económica a indemnizar por dicho daño; y para el dolor psíquico, al no haber una alteración externa del cuerpo humano y limitarse a cuestiones internas del perjudicado, como su estado anímico, se hace especialmente difícil la prueba de su alcance, siendo de especial interés los dictámenes periciales psicológicos (Picó i Junoy, 2013, p. 89).

A propósito, la ciencia ha intentado buscar mecanismos para graduar la existencia e intensidad del dolor, y uno de estos es la visual analogue scale (VAS) mediante la cual se determina la escala del dolor a través de la entrevista personal al paciente. Esta escala de respuesta psicométrica, encuentra limitaciones en cuanto a su precisión, y en los casos de dolor crónico es de muy difícil fijación porque se mezcla con otros síntomas mentales y físicos como la fatiga o la depresión (Picó i Junoy, 2013, p. 89-90).

De igual manera, la neurociencia ha permitido mediante imágenes computarizadas, detectar la región del cerebro que se activa cuando se aplican estímulos dolorosos (la matriz del dolor), por lo que con ellas es posible probar la existencia del dolor. De esta forma podría decirse que el dolor ha dejado de ser algo subjetivo pues su existencia sería objetivable. Sin embargo, dicha imagen no puede identificar el origen, ni la intensidad del dolor, resultando válido para esto último el VAS (Picó i Junoy, 2013, p. 90-91).

En cuanto a contrarrestar la posibilidad de que el declarante mienta o agrave la intensidad del dolor, la neurociencia ha aportado técnicas dirigidas a evidenciar los cambios neuronales del cerebro humano con la ayuda de sofisticadas técnicas de imágenes cerebrales, como la resonancia nuclear magnética estructural y funcional, que permite mostrar concretas regiones cerebrales que ejecutan una función determinada. No obstante, estas pruebas científicas tienen limitaciones empíricas para detectar la mentira (Picó i Junoy, 2013, p. 91).

La fórmula probática del dolor para Picó i Junoy (2013), es la siguiente:

i) La prueba pericial. Resulta el medio probatorio más relevante debido a que se pueden estudiar científicamente los hechos. Aquí puede incluirse un estudio de la intensidad del dolor, mediante la visual analogue scale (VAS) que determina la escala del dolor a través de la entrevista personal al paciente, que puede ser efectuada por un especialista en anestesiología y reanimación; o dictámenes emitidos por radiólogos, neurólogos o neurocirujanos que interpreten las imágenes computarizadas atendiendo los avances de la neurociencia. Además, el dictamen pericial emitido

por psicólogo puede ser útil para analizar la evolución de la conducta de la persona afectada por el dolor (p. 93).

ii) La prueba documental. Consiste en la historia clínica de la persona afectada por el dolor, pues ahí pueden documentarse los episodios dolorosos y su intensidad (p. 94).

iii) El interrogatorio de la propia persona. El contacto directo del juez con la declaración personal de quien alega la existencia del dolor ayudará a tener un mayor número de elementos de juicio (p. 94,95).

iv) El interrogatorio de testigos. En determinadas situaciones, las explicaciones que pueden efectuar los testigos sobre conductas, actitudes o manifestaciones de la persona aquejada por el dolor pueden ser utilizadas por el juez para formar su enjuiciamiento de los hechos (p. 95).

v) El reconocimiento judicial de la persona afectada, asistido o no el juez por un médico forense (p. 95).

Asimismo, este autor destaca que las presunciones pueden ser muy valiosas, especialmente para detectar actitudes o conductas mendaces o que falseen la realidad (Picó i Junoy, 2013, p. 95); y finalmente, reflexiona que deben valorarse críticamente todos los pretendidos avances de la neurociencia que sostienen la posibilidad de probar el dolor y la mentira mediante imágenes computarizadas del cerebro, técnicas que podrán ayudar a los tribunales en su función enjuiciadora, pero no le eximirán de ser críticos en su uso, máxime, cuando existen serias dudas científicas y filosóficas sobre su fiabilidad, por tanto, será imprescindible valorar los dictámenes periciales que se fundamentan en dichas imágenes conjuntamente con el resto de la prueba practicada (Picó i Junoy, 2013, p. 91).

En relación a lo anterior, Haack (2020) al analizar la relación entre la ciencia y el derecho en el contexto anglosajón, menciona que, dada la especificidad de los casos, el sistema jurídico muchas veces demanda un tipo de respuestas que la ciencia no está bien preparada para suministrar; y por razones relacionadas con esto, el sistema jurídico constituye prácticamente todo el mercado de ciertas áreas de las ciencias (o cuasi ciencias) forenses, y de ciertas especialidades psiquiátricas. Además, el derecho a veces matiza los conceptos científicos con consideraciones de política pública, consideraciones muy ajenas a la ciencia; y por su interés por los precedentes, como por su desiderátum por la definitividad, el sistema jurídico tiene una tendencia a la inercia y, algunas veces, a retrasarse respecto a la ciencia (p. 178, 179).

3.3. El análisis económico del derecho de daños, las teorías basadas en la justicia de la responsabilidad civil extracontractual, y una solución ecléctica

Después de revisar el problema de la prueba del dolor, la cuestión a tratar es el modo en que se repara el dolor sufrido, temática que se puede esbozar desde la justificación teórica de la responsabilidad civil extracontractual que exponen el análisis económico del derecho, y las teorías morales o basadas en la justicia. Estas dos doctrinas, de origen anglosajón se oponen a la hora de justificar el derecho de daños, pero existen tesis que pretenden hacer compatibles ambos planteamientos. El estudio de los anteriores métodos de razonamiento, se justifica desde la siguiente pregunta: ¿los diferentes modos de teorizar la responsabilidad civil extracontractual, contienen conceptos dogmáticos útiles para analizar la reparación el dolor sufrido?

3.3.1. El análisis económico del derecho de daños

Presentar el análisis económico del derecho de daños, genera la dificultad de describir una posición teórica ajena a la tradición jurídica colombiana. Para contextualizar, Díez-Picazo (1999) expone que en los años sesenta del siglo XX, apareció en los sistemas de derecho anglosajón el llamado análisis económico del derecho, el cual no trata de analizar de manera interdisciplinar el conjunto de interrelaciones que existen o pueden existir entre derecho y economía, sino de construir, explicar e interpretar las normas jurídicas de forma que los postulados de las leyes económicas se puedan cumplir mejor, y en tal sentido, no se puede poner en duda la relación existente entre esta pretensión teórica y la teorización de los economistas neoliberales (p. 203).

La aplicación del análisis económico al derecho de la responsabilidad civil, implica entender que los daños representan desventajas sociales, pérdidas de utilidad y son, en sentido económico lo contrario de los bienes, por tanto, el objetivo que debe perseguirse es evitar o reducir en la mayor medida posible los daños. Ello es necesario, en la medida en que la destrucción de bienes materiales o de la personalidad, produce pérdidas económicas, evita la producción de rendimientos, y significa una mala asignación de los recursos productivos del mayor beneficio social (Díez-Picazo, 1999, p. 208).

Sobre la aplicación de las tesis del análisis económico del derecho en el sistema jurídico continental, Díez-Picazo (1999) reflexiona que, en los sistemas de base legalista codificado, la relación directa en que los jueces se encuentran con las normas jurídicas de origen legal, les impide llevar a cabo tareas que excedan de la interpretación de tales normas, o de la integración de las lagunas que el sistema legal pueda presentar. Por ello, no resulta extraño que el análisis económico del derecho haya crecido y se haya desarrollado en los sistemas de derecho anglosajón donde los jueces disponen de una mayor dosis de libertad de actuación (p. 216).

Para Fabra (2013), el análisis económico del derecho de manera general se explica y justifica en el principio de eficiencia, por tanto, es una teoría instrumental que tiene como objetivo el aprovechamiento eficiente de los recursos. De manera particular, el análisis económico del derecho expone que la responsabilidad civil extracontractual es un mecanismo de minimización de los costos sociales producidos por los accidentes, en otras palabras, es una amalgama de la utilización de las herramientas de la microeconomía con una visión ética cercana al utilitarismo utilizada para el estudio de los problemas jurídicos (p. 24, 26).

Entonces, la responsabilidad extracontractual entendida en términos económicos, maximiza la riqueza social, búsqueda que se hace en forma negativa, esto es, minimizando los costos de los accidentes, y el costo de evitarlos. En consecuencia, minimizando los recursos sociales que se utilizan en el pago de compensaciones, se optimiza el aprovechamiento de estos recursos, y se incrementan la felicidad colectiva y el bienestar general. En este orden de ideas, el problema de la responsabilidad extracontractual, los accidentes, y los daños no se analizan como un asunto privado entre dos partes, sino que compete a la distribución de la riqueza de la sociedad (Fabra, 2013, p. 36-39).

Además, este autor explica que la propuesta teórica del análisis económico del derecho de daños puede guiar a los legisladores y reguladores, en la creación de reglas substantivas para reducir los costos de los accidentes, para que se invierta en seguridad, y se disminuyan los costos ineficientes (Fabra, p. 58, 59).

Para Doménech (2019), el análisis económico del derecho estudia los fenómenos jurídicos sirviéndose de las teorías y las herramientas metodológicas proporcionadas por la economía, y puede cumplir diferentes funciones. Una función normativa, al señalar qué decisiones jurídicas deberían adoptarse con el fin de maximizar ciertas preferencias; una función predictiva, al determinar las consecuencias sociales que pueden tener las decisiones jurídicas; y una función explicativa, al poner de manifiesto los factores que determinan la forma y el contenido las decisiones jurídicas (p.2).

Al relacionar los fundamentos teóricos del análisis económico del derecho, con el objeto de mi trabajo investigativo, considero que esta teoría puede ofrecer una solución normativa a los siguientes cuestionamientos: ¿qué clase de reparación satisface el daño causado a una persona que sufre dolor? o ¿cómo debe repararse el daño que genera dolor a las personas? pues desde los postulados de la racionalidad económica del costo-beneficio, la utilidad general, la eficiencia en la reparación, y desde el principio del derecho de la seguridad jurídica, un sistema de baremación legal o jurisprudencial permitiría establecer reglas claras, precisas, y consistentes frente a la indemnización económica que reciben las víctimas por el dolor sufrido.

3.3.2. Las teorías basadas en la justicia de la responsabilidad civil extracontractual

En contraposición a las teorías económicas del derecho, en los años setenta del siglo XX surgieron las teorías basadas en la justicia, también llamadas teorías morales o basadas en la equidad o en los derechos, las cuales estudian la responsabilidad civil extracontractual como la ejemplificación de determinados principios morales o requisitos de justicia, tales como la justicia correctiva, la responsabilidad por resultados, las concepciones de justicia distributiva, y las concepciones procesales. Una de las críticas de los teóricos basados en la justicia, a las concepciones consecuencialistas fundadas en el bienestar, la utilidad o el interés general, es que desconocen los derechos de la persona, sus relaciones y preferencias (Fabra, 2013, p. 24, 59).

Las teorías de la justicia, se fundamentan en concepciones de filosofía moral y política para explicar los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual. Desde lo metodológico, estos teóricos estudian las relaciones entre individuos como el centro del derecho, con lo cual se entiende el problema de la responsabilidad extracontractual como una situación privada entre individuos particulares, sin considerar su estatus particular o sus recursos. En otras palabras, las teorías basadas en la justicia, se centran en estudiar la responsabilidad extracontractual como una relación que existe entre los dañadores y las víctimas (Fabra, 2013, p. 24, 59, 60).

Las teorías de la justicia correctiva, se fundamentan en la idea que cuando una persona ha sido dañada por otra, el dañador debe compensar a la víctima, y en razón de ello, la responsabilidad extracontractual es vista como la rectificación de una situación dañosa, y esta rectificación encarna un tipo particular de justicia. La noción de justicia correctiva, dista de ser un concepto unificado, tiene una larga historia, y existe una diversidad de interpretaciones que, en la responsabilidad civil extracontractual van desde Aristóteles o Kant, hasta versiones economicistas liberales y constructivistas (Fabra, 2013, p. 60, 61).

Otras teorías basadas en la justicia, como la responsabilidad por resultados, las concepciones de justicia distributiva, y las concepciones procesales no aceptan la noción de justicia correctiva como el centro de la responsabilidad extracontractual, pero desarrollan argumentos dentro del mismo espacio teórico, y bajo similares lineamientos no consecuencialistas. La responsabilidad por resultados, es una variación de la justicia correctiva en la cual no se enfatiza en la pérdida, sino en la actuación del dañador. Las concepciones de justicia distributiva, pueden conjugar elementos de justicia distributiva y justicia correctiva, como la concepción de Arthur Ripstein, quien combina la tradición Kantiana y el igualitarismo de Rawls en una concepción particular del derecho privado, o puede apartarse de la justicia correctiva, y enfocarse en nociones distributivas. En las concepciones procesales, la justicia correctiva no juega ningún papel, pues la responsabilidad extracontractual es entendida como un recurso civil que le garantiza una facultad al demandante para acudir ante el Estado en búsqueda de compensación (Fabra, 2013, p. 96, 97).

Contrario a la respuesta normativa de los baremos planteadas por el análisis económico del derecho, desde la tesis de las teorías de la justicia, la solución a las preguntas ¿qué clase de reparación satisface el daño causado a una persona que sufre dolor? o ¿cómo debe repararse el daño que genera dolor a las personas? no sería la de unificar legal o jurisprudencialmente el monto económico de las indemnizaciones por el daño que causa dolor a las víctimas, sino recurrir a la función de la equidad y la justicia material, y atenerse a las particularidades del caso concreto, lo que implica acudir a la discrecionalidad judicial para fijar la reparación, resarcimiento que además de la compensación económica, puede contener respuestas de carácter simbólico para las víctimas del dolor sufrido.

3.3.3. Una solución ecléctica

Ante la disputa teórica del análisis económico del derecho y las teorías morales, se han pensado teorías mixtas o eclécticas que justifique el derecho de daños, conjugando los elementos de ambas vertientes: utilidad, eficiencia, y bienestar con justicia o equidad.

Samuel Scheffler, en los Estados Unidos, propuso una teoría híbrida, tomando como punto de partida la tesis del análisis económico del derecho que, lo éticamente correcto es que primen las razones neutrales del agente, es decir, maximizar en todas las circunstancias, sin embargo, respondiendo a la crítica de las teorías morales que, el deber absoluto de maximizar exige demasiado del individuo y desconoce sus diferencias, relaciones y derechos inviolables, este autor propuso dos limitaciones al principio de maximización: i) restricciones centradas en el agente, es decir, situaciones en donde expresamente se le prohíbe al agente maximizar, como por ejemplo: no sacrificar sus derechos fundamentales en pro de la utilidad común; y ii) prerrogativas centradas en el agente, cuando se le permite no producir la mejor consecuencia por razones de preferencias, vínculos familiares, o razones interpersonales. En síntesis, este autor plantea que lo correcto en términos éticos, primariamente es maximizar la utilidad, excepto cuando esté prohibido que se obligue a hacerlo, o cuando se permita la abstención de hacerlo (Fabra, 2013, p. 113).

En el ámbito nacional, Bernal (2013) opina que la responsabilidad civil extracontractual no debe restringirse a un único principio: ni el de la justicia correctiva, ni el de la eficiencia en la prevención y reparación de daños, sino que este tipo de responsabilidad debe entenderse como un instrumento cuyo fin es compensar las deficiencias para resolver el problema de la reparación de los daños causados por la acción humana. Tales deficiencias son: la falta de certeza acerca de qué daños deben ser reparados, y acerca de quién debe reparar qué daños; la falta de integridad moral de los individuos que rehúsan asumir responsabilidad por los daños que han causado; la imposibilidad para prever el daño; la falta de recursos para reparar los daños resarcibles; y la falta de la debida diligencia para evitar el daño (p. 16).

Partiendo de la premisa anterior, Bernal (2013) considera que la responsabilidad civil extracontractual tendrá que estructurarse sobre la base de varios principios:

i) El principio de la justicia correctiva, fundamentado en la atribución de responsabilidad por daños únicamente a quien los haya causado. De este modo se compensa: la falta de certeza de quién debe compensar qué daños, y la falta de integridad moral frente al daño causado, reglas de responsabilidad derivadas de los principios de precaución y de prevención, que compensan la deficiencia concerniente a la falta de diligencia para evitar el daño y la imposibilidad para preverlo, además, fundamentan la posibilidad de usar la acción de tutela para prevenir la causación de daños y la producción de riesgos inaceptables.

ii) El principio de la justicia distributiva que fundamenta el uso del seguro de responsabilidad civil y sistemas colectivos de responsabilidad, como el que existe en Nueva Zelanda, para compensar la falta de recursos, y reparar daños resarcibles cuando el agente del daño es insolvente o desconocido.

iii) El principio de la justicia retributiva que fundamenta la aceptación de los daños punitivos, destinados a crear un efecto de prevención general y especial en relación con la causación de daños de gran impacto para la sociedad, como los daños al medio ambiente y la salud.

En consecuencia, Bernal (2013) reflexiona que solo la institucionalización conjunta de estos principios puede fundamentar un sistema de responsabilidad a la altura de nuestros tiempos (p. 16).

Por su parte, Fabra (2013) propone una teoría mixta de la responsabilidad civil extracontractual, al considerar que conceptualmente, la justicia correctiva es una explicación incompleta, debido a que solo se ocupa del núcleo, pero no de instituciones como la responsabilidad objetiva, a las que sí ofrece buenas razones el interés general y la eficiencia, por tanto, bajo la noción de prerrogativas se puede recurrir a explicaciones desde el análisis económico del derecho. En otras palabras, la explicación del caso central del derecho de daños se encuentra en la justicia correctiva, frente al cual se tiene la facultad excepcional de apartarse, justificadamente, e incluir razones desde la eficiencia (p. 115).

Sin embargo, la búsqueda de la eficiencia se encuentra limitada por consideraciones de justicia, y en el agente. Estas restricciones, son un conjunto de derechos inviolables de la persona humana, comúnmente constitucionalizados en forma de derechos fundamentales, los cuales no pueden ser desconocidos por el deber general de maximizar, del análisis económico del derecho. En consecuencia, ante cualquier contradicción entre eficiencia y justicia, debe primar la última, pues la justicia es superior al bienestar social (Fabra, 2013, p. 116).

En síntesis, para este autor la explicación del derecho de la responsabilidad extracontractual se basa en el principio de justicia correctiva, frente al cual se tiene la facultad de apartarse cuando existan suficientes razones de utilidad general, bajo el principio de maximizar y conseguir el mejor estado de cosas, el cual encuentra sus límites o restricciones en los derechos individuales de justicia. Este equilibrio reflexivo, se resume en la formulación de Coleman: la responsabilidad extracontractual es una mezcla de mercados y moral (Fabra, 2013, p. 116-117).

Desde las teorías mixtas o eclécticas que justifican el derecho de daños, una posible solución a las preguntas ¿qué clase de reparación satisface el daño causado a una persona que sufre dolor? o ¿cómo debe repararse el daño que genera dolor a las personas? podría tener como punto de partida un sistema de baremación legal o jurisprudencial, fundamentado en el principio del derecho de la seguridad jurídica, la racionalidad económica de la eficiencia en la reparación, que permitiría establecer reglas claras, precisas, y consistentes frente a la indemnización económica que reciben las víctimas por el dolor sufrido; empero, excepcionalmente, ante el riesgo de eludir posibles diferencias entre las víctimas, y ante las particularidades del caso concreto, el juez civil puede recurrir a la función de la equidad y la justicia material, y desde su discrecionalidad fijar la reparación superando los techos máximos del baremo, e imponer condenas de carácter simbólico. Esta posición, puede encontrar fundamento en derechos constitucionalizados como la vida, la dignidad, cuyo alcance y contenido guarda relación con el derecho a la integridad personal, el derecho a la salud, o la familia.

Una solución de este tipo, no otorgar un tratamiento diferente a dos víctimas que han sufrido una misma lesión, y de esta manera no se desconoce el principio de igualdad, pero a su vez, no dejaría a una víctima de un daño singular y excepcional, privada de una reparación capaz de permitirle su desarrollo esencial como parte de la sociedad, pues una medida de este tipo atentaría contra los principios de dignidad, y de solidaridad que impone el Estado social de derecho (Cortés, 2009, p. 81).

3.4. La equidad, el sistema de baremación de daños, y los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil

Continuando con la divergencia entre la justicia material y la seguridad jurídica, y la posibilidad de doctrinas alternativas en el derecho de daños, en esta sección pretendo abordar tres temas. El primero, corresponde a la equidad judicial, en el cual seguiré las ideas de M'causland (2019) sobre el lugar de la equidad en el derecho contemporáneo, y las funciones y límites de la equidad judicial. Posteriormente, expondré la opinión de Pintos (2000) en relación a la baremación de daños, y los problemas constitucionales de los baremos planteados por de la Cruz (2017); y finalmente, describiré algunos sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil, pues algunos países han traspasado el umbral de la simple reforma del sistema de responsabilidad civil para entrar en el de su remoción (Pintos, 2000, p. 5).

3.4.1. La equidad judicial

De la equidad no existe una comprensión universal, ni tiene alcances idénticos en todos los sistemas jurídicos, ni siquiera en todos los sistemas democráticos. Asimismo, en el campo de la aplicación del derecho la equidad no ha sido rectilínea, sino circular, pues de los derechos primitivos donde el protagonista de la vida jurídica era el juez, se pasó en el derecho justinianeo a poner en la cúspide a la norma general y abstracta; posteriormente, el derecho común, optó por el arbitrio judicial; y más adelante en Europa continental con la Ilustración, se produjo el descrédito de los jueces, y la burguesía escogió como remedio al legislador; pero en la vida moderna, ha crecido la judicialización provocada por la imparable regulación jurídica de las relaciones sociales, la valoración de la jurisprudencia como fuente del derecho, y la toma de conciencia de los ciudadanos sobre su titularidad y la posibilidad de exigir su protección (M'causland, 2019, p. 31, 102).

M'causland (2019) citando a José Castán Tobeñas sobre el pensamiento moderno de la equidad, hace referencia a las concepciones de equidad de tipo subjetivo, de tipo objetivo, y mixto. Al respecto, explica que las de tipo subjetivo consideran a la equidad como una justicia extralegal, como justicia arbitral discrecional y como justicia instintiva o intuitiva, producto del sentimiento. Por su parte, las concepciones de la equidad de tipo objetivo, relacionan la idea de equidad con la igualdad, con la justicia y el derecho, y con la moral². Finalmente, las concepciones mixtas o complejas de la equidad, mezclan los elementos de las concepciones subjetiva y objetiva (p. 103).

José Castán Tobeñas, propone una definición de equidad que pretende recoger todas sus acepciones, en un esfuerzo por construir una noción unitaria de ella, y establece:

Equidad es el criterio de determinación y de valoración del Derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida, con sentido flexible y humano (no rígido y formalista), el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias (como se citó en M'causland, 2019, p. 105).

De esta definición, resaltan las ideas de que la equidad es un criterio de determinación y valoración del derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas, ideas que parecen aludir a la creación e interpretación del derecho (M'causland, 2019, p. 106).

² Entre las concepciones de la equidad de tipo objetivo que conectan la equidad con la justicia y el derecho, debe distinguirse las que consideran a la equidad una idea o principio jurídico general, y las que entienden que ella se desenvuelve en los casos individuales, atendiendo a sus circunstancias particulares, sea que tales casos se juzguen con base en un puro criterio de justicia o benevolencia (M'causland, 2019, p. 103).

En lo que tiene que ver con las funciones y límites de la equidad judicial, M'causland (2019) expone que estas se encuentran íntimamente ligadas a la idea que se tenga del principio de separación de poderes, y de la ley (p. 31, 32). Para desarrollar la idea de la función de la equidad judicial, esta autora cita a José Castán Tobeñas, quien describe que en los sistemas modernos de derecho codificado se admite que el juez, en ciertos casos, puede aplicar la equidad, y recurrir a varias formas de equidad determinadas por su finalidad, y función en relación con las normas, así:

i) Equidad *secundum legem*, la cual opera en aplicación de una norma jurídica formal, y tiene dos variantes: (i.a) la equidad interpretativa, que sirve al juez para interpretar las normas oscuras del modo en que su aplicación permita obtener resultados justos, y descartar los entendimientos que lleven a consecuencias inicuas; y (i.b) la equidad autorizada por delegación legislativa, que se presenta cuando la ley misma somete a la equidad la solución de una cuestión (como se citó en M'causland, 2019, p. 129).

ii) Equidad *praeter legem*, corresponde a aquella que se aplica cuando no hay norma que regule el caso, o no se puede extraer esta de principios positivos, o por analogía, o no se admiten estos procedimientos. En estos supuestos, la equidad cumple una función integradora del derecho positivo, en cuanto obra para llenar lagunas normativas (como se citó en M'causland, 2019, p. 130).

iii) Equidad *contra legem*, es aquella que le permite al juez corregir la ley, en los casos concretos en los que de su aplicación estricta resultaría injusta. Esta concepción, se ha elaborado en la doctrina contemporánea a partir de la idea de la excesiva generalidad de las leyes (como se citó en M'causland, 2019, p. 130).

De las funciones interpretativa, integradora y correctora de la equidad judicial, la función correctora es la que más inquietudes genera, si se toma en consideración el hecho de que se pone en evidencia, la necesidad de obrar cuidadosamente para garantizar el equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia, y el recto contrapeso que debe existir entre los poderes públicos, ambos elementos esenciales de un Estado constitucional democrático (M'causland, 2019, p. 260).

En consecuencia, los límites de las diferentes funciones de la equidad judicial, se desprenden de la necesidad de respetar los postulados del Estado constitucional democrático. En este sentido, el principio de justicia material que la equidad pretende realizar, no tiene prevalencia absoluta, razón por la cual el juez debe realizar ejercicios de ponderación con otros principios constitucionales (M'causland, 2019, p. 261). En relación a lo anterior, M'causland (2019) aduce que los límites de la equidad judicial son los siguientes:

i) No se trata de un recurso habitual del juez que se funde en el derecho, en particular cuando se trata de la equidad correctora. Debe entenderse que para la intervención de las diferentes formas

de equidad judicial, se requiere de situaciones inusuales. En el caso de la equidad correctora del ordenamiento, esta solo se autoriza en casos extraordinarios en los que la aplicación de la ley genera un resultado gravemente injusto, por tanto, debe tenerse en cuenta que su aplicación se encuentra determinado por la singularidad de las circunstancias de las partes o de los hechos ocurridos, que, por ser insólitas, no fueron tomadas en consideración por el legislador al formular la regla general que los rige (M'causland, 2019, p. 323).

ii) Resulta improcedente la formulación de reglas abstractas de equidad. En este sentido, debe precisarse que la equidad no es un principio general aplicable a varios casos similares, sino que es un principio, en el sentido de razón o idea fundamental, que parte de la noción general de justicia, y requiere para su aplicación, de la valoración de una situación singular para darle una solución adecuada. Así, su método es la individualización (M'causland, 2019, p. 323).

iii) Las reglas formuladas por el juez con fundamento en la equidad, para la solución del caso concreto, no constituyen precedente obligatorio. Si bien el principio de la equidad se materializa en una providencia judicial, se trata de un criterio auxiliar de la actividad judicial distinto a la jurisprudencia y, por ello, no le son extensibles los efectos obligatorios que, en ocasiones, se reconoce a la jurisprudencia (M'causland, 2019, p. 324).

iv) Su aplicación no puede implicar la vulneración de derechos fundamentales, y no exime al juez de su deber de fundar las decisiones. Por tanto, el juez deberá determinar en el caso concreto el núcleo esencial de los derechos fundamentales, lo que exige un ejercicio de ponderación entre el fin legítimo que pretende alcanzar y la limitación que se imponga a un derecho fundamental. Asimismo, el Estado social y democrático de derecho, y la exigencia del debido proceso, imponen a los jueces el deber de motivar sus providencias, incluidas aquellas en las que recurren a la equidad como criterio auxiliar para tomar sus decisiones (M'causland, 2019, p. 327).

Finalmente, M'causland (2019) alude que, en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, la naturaleza de las normas no constituye un límite para la aplicación de la equidad judicial, pero que la doctrina con frecuencia aborda el problema de los límites de la equidad judicial desde la perspectiva de la naturaleza de las disposiciones respecto de las cuales estaría autorizada o vedada su aplicación (p. 328).

3.4.2. El sistema de baremación de daños

Pintos (2000) expone que el baremo³ es una de las posibles soluciones al problema de la cuantificación económica del daño corporal, cuando su reparación integral in natura resulta

³ Conjunto de indemnizaciones medias sensibles a los grandes factores explicativos de la mayor parte de las indemnizaciones (Pintos, 2000, p.11).

imposible. La decisión de establecer un baremo para la indemnización de tales daños, tiene sentido cuando no resulta posible cuantificar exacta y objetivamente la indemnización en cada caso individual, como en el caso de la reparación del daño moral, en el cual difícilmente puede llevarse a cabo con el pago de una cantidad de dinero cuando se presentan secuelas irreversibles, pues disminuye la capacidad de la víctima para disfrutar de los bienes y servicios que el dinero permite adquirir (p. 1-2).

Para este autor, el problema descrito no se resuelve con la asociación entre el principio legal genérico de reparación integral, y que luego el juez, haciendo uso de su libre arbitrio, estime el monto de la indemnización, pues no se ofrecen al operador judicial los instrumentos necesarios para encontrar una solución razonable. Además, la asociación entre reparación integral y arbitrio sin instrumentos produce arbitrariedad, debido a que la cuantía de las indemnizaciones varía casi erráticamente, produciéndose los siguientes efectos problemáticos: i) compensación inadecuada: subestimación o sobrestimación de los daños. ii) Distorsión del efecto preventivo de las condenas y, consiguientemente, de las señales que el sistema judicial envía a los causantes potenciales de daños. iii) Incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, de los derivados de la litigiosidad destinada a buscar un responsable. iv) Aumento de la lentitud en el proceso de liquidación de las indemnizaciones e, incluso, disminución del número de víctimas que finalmente obtienen algún tipo de reparación. v) Incremento de las disfunciones del mercado de seguros, que se encarece o incluso reduce su oferta de cobertura (Pintos, 2000, p. 1-2).

La reacción ante los problemas de variabilidad y crecimiento sufridos por los sistemas indemnizatorios, consistió en fijar techos cuantitativos y límites cualitativos al daño indemnizable, y el baremo es una estilización de estos techos. Sin embargo, frente al universo de víctimas y daños posibles, la medida de fijar un único techo indemnizatorio para todos los casos resultaba “tosca”, y por ello, se construyeron distintos topes para cada uno de los grandes tipos de daño, y gradualmente se fueron diferenciando los factores determinantes de la cuantía de la indemnización, a la medida que se fueron aplicando técnicas de análisis de datos más refinadas, y surgieron modelos explicativos de las variables, por ejemplo, la gravedad de la lesión y edad de la víctima, elementos de los cuales depende la cuantía indemnizatoria en cada grupo homogéneo de casos (Pintos, 2000, p. 4).

En general, aduce Pintos (2000) los baremos son un buen remedio ante situaciones de variabilidad excesiva, y la cuantificación del daño moral es donde más sentido tiene someter el arbitrio judicial al poder estabilizador de los baremos. Lo anterior, puede conseguirse con técnicas cuantitativas, siempre y cuando se hayan impuesto previamente al juez dos obligaciones relativamente sencillas de cumplir: i) desglosar en la condena la parte correspondiente al daño moral para distinguirla del resto de los conceptos indemnizatorios; e ii) identificar los factores más relevantes de los que se hace depender el importe de la indemnización por daño moral: edad, circunstancias de la víctima y de los perjudicados, tipo y gravedad de la lesión, secuelas, etc. (p. 8).

Por tanto, para este autor la aplicación de los baremos en los términos enunciados genera orden, vincula al juzgador a su propio precedente, pero nada impide modificar motivadamente la jurisprudencia anterior. Además, el método empleado por los baremos de la propensión a pagar (*willingness to pay*) presenta una ventaja para valorar el daño moral, pues adopta un criterio de evaluación ex ante, de suerte que, al adelantar la evaluación al momento anterior a la producción del daño, evita el problema de la disminución de la utilidad del dinero para la víctima y en última instancia, el de la aversión al riesgo. No obstante, la aplicación del mecanismo compensatorio ex ante tropieza con problemas de predicción y evaluación de riesgos (Pintos, 2000, p. 9).

Continuando con las ventajas de los baremos, se expone que estos no eliminan los errores en la valoración judicial del daño sufrido por cada víctima, pero compensa los cometidos con todas, en valores agregados. Ello presenta algunas ventajas como igualdad, seguridad jurídica y certidumbre, de cara al objetivo de la compensación, y al efecto preventivo de la responsabilidad civil, una solución superior a la estimación arbitraria (Pintos, 2000, p. 11).

Por su parte, De la Cruz (2017) plantea desde el derecho comparado⁴ que, si bien el baremo supuso mejoras en términos de seguridad jurídica, su aplicación permite discutir la constitucionalidad de las limitaciones y exclusiones de responsabilidad al resarcimiento íntegro de las consecuencias patrimoniales probadas derivadas de daños personales causados de forma culpable, bien a través de un techo máximo de indemnización, a través de la exclusión del resarcimiento de todos o un tipo de daños no patrimoniales, o mediante la exclusión del resarcimiento a determinados perjudicados. En estos supuestos, se consideraban vulnerados: el derecho a la igualdad, al discriminar a las víctimas sometidas a este sistema; los derechos a la vida e integridad física y moral, pues se limita un resarcimiento derivado de lesiones que forman parte de un mandato de protección constitucional al legislador; y el derecho de tutela judicial efectiva, por impedir la sustanciación procesal de dicho resarcimiento (p. 336).

En relación a lo anterior, según este autor la doctrina y algunos tribunales de los sistemas jurídicos por él analizados, han defendido la necesidad de que los baremos o guías de valoración de daños que eventualmente se elaboren sean meramente orientativos y permitan la individualización del caso, o cuanto menos, sean lo suficientemente flexibles para permitir la individualización del daño en casos especiales (De la Cruz, 2017, p. 341)

3.4.3. Los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil

⁴ Este autor analiza las limitaciones o exclusiones imperativas a la responsabilidad civil por daños personales de los baremos, específicamente en el derecho español, pero estudiando las variantes que se puedan encontrar entre los sistemas jurídicos de Francia, Portugal, Italia, Inglaterra, y algunos Estados de Estados Unidos.

Además de la equidad y los baremos, hay otras soluciones posibles al problema de la cuantificación de daños personales. Boggio (2013), en una aproximación sociojurídica al derecho de responsabilidad, estudió comparativamente la compensación a las víctimas del asbesto en Inglaterra, Italia y Bélgica. Sobre el particular, expuso que la responsabilidad extracontractual en diferentes naciones, ofrecen varios caminos para compensar a las víctimas, que se ubican en dos extremos: el litigio o la indemnización administrativa. Los diferentes arreglos para proporcionar la indemnización, se explican en razón a que el derecho es un reflejo de la sociedad en que se manifiesta, en especial de la cultura y la trayectoria institucional de la sociedad (p. 622).

En relación a lo anterior, se hace alusión al caso paradigmático de resolución de las disputas en los Estados Unidos, donde se resuelven los conflictos mediante procesos adversariales, y no se recurre a medios menos “perturbadores” y más políticos, como el sistema de indemnización *ad hoc* para las víctimas. La solución adversarial estadounidense, se explica políticamente desde una cultura que mezcla la fragmentación de interés con una desconfianza fundamental en la habilidad del gobierno para actuar como garante del bienestar de los ciudadanos, mientras desde la economía del bienestar, se entiende que los diferentes arreglos institucionales reflejan las diferentes formas como las naciones industrializadas han enfrentado el crecimiento del capitalismo y las relaciones entre trabajo y capital (Boggio, 2013, p. 622).

En este orden de ideas, concluye Boggio (2013) que la responsabilidad extracontractual refleja la interacción dinámica de fuerzas sociales, culturales y económicas, que determinan las trayectorias institucionales en la práctica del derecho y la convergencia de culturas jurídicas en un mundo globalizado. Por tanto, las relaciones sociales, las circunstancias de los accidentes, las actitudes y creencias de las víctimas sobre el derecho, la cultura del lugar donde el accidente ocurrió, los procesos institucionales disponibles para las víctimas de accidentes son relevantes para pensar sobre la responsabilidad extracontractual (p. 628).

De otro lado, Pintos (2000) considera que algunos países han optado por remover el sistema de responsabilidad civil, y han surgido nuevos sistemas de compensación de daños, que resultan más rápidos y menos costosos de aplicar que la responsabilidad civil, pues se especializan en el objetivo de la compensación de la víctima y, en ellos, la función preventiva sale del derecho de daños y se resitúa en el ámbito más amplio del derecho de accidentes. La idea es que el ahorro que generan los nuevos mecanismos capaces de indemnizar antes y mejor a la víctima, puede servir para financiar medidas alternativas de regulación e inversión en infraestructuras (p. 5).

Los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil son bastantes distintos entre sí, pero, en la literatura especializada, reciben el nombre común de planes de reparación o compensación sin culpa, *no-fault plans*. Su elemento común es la sustitución del papel de un causante de los daños, responsable personalmente con su patrimonio, por una colectividad de personas y organizaciones cuyos integrantes asumen conjuntamente el daño esperado de los

accidentes que sobrevengan en su ámbito de influencia. Pintos (2000), clasifica el conjunto de esquemas de reparación sin culpa, así:

i) Sistemas puros de compensación sin culpa: son los mecanismos de indemnización más directos, con prestaciones tasadas por lucro cesante y gastos médicos, pero con exclusión del daño moral. Como contrapartida, vedan toda posibilidad de ejercitar acciones de daños contra el causante, excepto, si acaso, en supuestos de daño doloso o negligencia grave. Tales sistemas se han utilizado en Nueva Zelanda, desde 1974; y en Quebec, Canada desde 1978 (Pintos, 2000, p. 5).

ii) Sistemas de umbral: establecen soluciones intermedias, más próximas a la reparación sin culpa, pues por debajo de un determinado umbral mínimo de daño⁵, sólo es posible obtener las prestaciones directas del esquema de reparación sin culpa, y solo cuando la entidad del daño rebasa ese umbral, dispone la víctima de una pretensión indemnizatoria contra el causante del daño (Pintos, 2000, p. 5).

iii) Sistemas aditivos o agregados: Se encuentran entre los esquemas de reparación sin culpa, y el sistema de responsabilidad civil. En estos sistemas la víctima tiene derecho a un conjunto de prestaciones directas que no impiden el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el causante de los daños. Dada la coexistencia de ambas opciones, y el carácter de mínimos de las prestaciones legales, éstas son las más modestas de todos los sistemas directos o sin culpa. Tales sistemas se han aplicado en Saskatchewan, Canadá, desde 1946; la mayoría de los Estados Unidos de América; y los estados de Victoria y Tasmania, en Australia (Pintos, 2000, p. 5).

iv) Sistemas electivos: permiten la opción entre sistemas de responsabilidad civil y de reparación sin culpa o, dentro de éstos últimos, entre esquemas aditivos o de umbral, o, incluso, entre umbrales monetarios y cualitativos. Tales modelos se han aplicado en los estados de Kentucky, Nueva Jersey o Pennsylvania, de Estados Unidos de América (Pintos, 2000, p. 6).

Frente a las alternativas de política legislativa en el derecho de daños, lo importante es el contenido y funcionamiento del sistema normativo; además, de tener razonablemente claras las ideas sobre los distintos sistemas disponibles para compensar a las víctimas y, en su caso, para disuadir a los causantes potenciales de daños (Pintos, 2000, p. 6).

3.5. Algunas posiciones doctrinarias sobre la reparación del dolor sufrido

Papayannis (2018), autor latinoamericano que se adscribe a la aproximación filosófica de las teorías morales o basadas en la justicia, considera que la responsabilidad civil extracontractual se

⁵ Los umbrales pueden ser cualitativos (Ontario, Canadá; Michigan, U.S.A.), o bien cuantitativos (Connecticut, Utah o Minnesota, U.S.A.).

ocupa de regular el trato que mutuamente deben prodigarse en las interacciones privadas y, subsidiariamente, de remediar o enmendar las infracciones a esas reglas de trato recíproco, función esta última que enfrenta mayores dificultades teóricas y, por consiguiente, la que más controversias genera en su implementación práctica (p. 1).

Para este autor, la reparación absoluta del daño causado es un ideal porque se encuentra fuera del alcance de las instituciones, y excede los poderes humanos, al entender que el pasado no puede ser alterado, y el daño no puede ser eliminado del historial personal en cuanto a su causación y sufrimiento. No obstante, aduce que en el futuro pueden hacerse mejor las cosas, y en los casos en los cuales el daño es irreparable, se pueden intentar mejorar razonablemente las perspectivas futuras de la víctima, fortaleciendo sus nuevas circunstancias (Papayannis, 2018, p. 4).

Para Papayannis (2018), ante la importancia del dolor, resultan inaceptables las opciones de no indemnizarlo, y algunas alternativas como las indemnizaciones simbólicas, consistentes en sumas mínimas justificadas por la necesidad de expresar la incorrección de la interacción o la injusticia del sufrimiento de la víctima, al considerar que restan importancia a la causación del daño o, en otros casos, niegan su entidad real. Además, estas respuestas simbólicas constituyen una forma de defecto institucional, al no guardar una adecuada correspondencia entre la magnitud de daño sufrido y la extensión de la medida subsanadora. En consecuencia, el derecho no debería ser indiferente ante el sufrimiento ajeno, ni a su intensidad o gravedad, y ante un dolor profundo se requiere un reconocimiento solemne, serio, a la altura del sufrimiento padecido por la víctima (Papayannis, 2018, p. 17).

Frente a la respuesta jurídica al dolor injustamente causado y correlativamente sufrido, este autor distingue entre la reparación y la compensación. La reparación pretende enmendar el pasado, acercar a la víctima tanto como sea posible a la situación anterior al ilícito extracontractual. La compensación, en cambio, se orienta al futuro, y refiere a aquello que es irremediable. La transferencia de dinero en estos casos busca conferir a la víctima una cantidad de recursos razonables para que ella rearme su vida en las nuevas circunstancias (Papayannis, 2018, p. 37).

Aduce Papayannis (2018), que la anterior distinción conceptual resulta fundamental para comprender que los métodos de cuantificación en cada caso no tienen por qué coincidir. Para el daño emocional reparable el método de los placeres compensatorios, parece una buena solución. Para el daño irreparable la mejor solución es contar con un baremo legislativo que funcione como mediador entre las pretensiones de las partes. El baremo aportaría previsibilidad, seguridad jurídica, sustentabilidad al sistema, eficiencia, igualdad entre víctimas y, fundamentalmente, sería funcional a la justicia correctiva o interpersonal toda vez que establecería reglas de juego neutrales a los intereses concretos de las víctimas y los agentes dañadores (Papayannis, 2018, p. 37).

Para llegar a la anterior conclusión, este doctrinante formula la pregunta: ¿qué es lo que se cuantifica económicamente? y responde que no se puede pretender encontrar una cifra de dinero que indemnice en sentido estricto el dolor sufrido, pues cualquier propuesta será insatisfactoria por razones conceptuales, debido que la reparación siempre supone una morigeración imperfecta del incumplimiento previo. En este sentido, cuando se trata de un daño emocional, no resulta claro que una transferencia de dinero contribuya a subsanar la injusticia, pues el tiempo para respetar perfectamente los derechos ajenos ya pasó, lo que genera otra pregunta sobre el sentido de la indemnización monetaria: ¿por qué dinero? (p. 26).

La razón de la duda formulada es que la reparación requiere entregar algo de valor relativamente equivalente, lo cual presupone que el dolor y el dinero están en un mismo plano conceptual y que puede establecerse una métrica común entre un dolor de cierta intensidad y una cantidad de dinero suficiente para contrarrestarlo. Pero esa métrica es imposible porque dolor y dinero están en planos conceptuales diferentes, pues el dolor es un mal intrínseco y el dinero un bien instrumental, pero no es algo valioso en sí mismo, sino que su valor reposa sobre lo que podemos hacer con él (Papayannis, 2018, p. 26, 27).

Además, el dolor mismo parece escapar a la cuantificación, no ya económica, sino en sus propios términos. Por tanto, el dolor no es cardinalmente cuantificable sino solo ordinalmente evaluable, pues los dolores pueden ordenarse por su intensidad, pero no medirse con exactitud su magnitud. En estos términos, la única inferencia que puede realizarse es que si se sufrió mucho dolor, entonces, se requiere mucho dinero para indemnizarlo, deducción que resulta débil, pues mientras más intenso sea el dolor menos eficaz es el dinero como medio reparador (Papayannis, 2018, p. 27).

No obstante, lo interesante del dinero es que puede mediar entre dos valores intrínsecos: el dolor y el placer. El dolor puede ser compensado mediante el placer, y con dinero se pueden generar placeres hasta cierto punto. Por tanto, compensar dolores con placeres es una idea más plausible que la alternativa de entender que el dinero puede operar directamente en la reparación o compensación del dolor (Papayannis, 2018, p. 27, 28).

Para Papayannis (2018), incorporar el placer pone de relieve que existen dolores emocionales reparables y dolores irreparables. El dolor reparable es aquel que puede ser mitigado mediante otras experiencias positivas, placenteras. En consecuencia, al imaginar qué clase de placer sería apropiado para reparar el tipo de dolor sufrido por la víctima, se puede comenzar a preguntar qué cantidad de dinero es necesaria para generar ese placer en la víctima, y si la respuesta es que ningún placer puede reparar ese dolor, entonces, la respuesta jurídica apropiada no puede basarse en este método (p. 28).

La clave para juzgar que un daño moral es reparable se ubica en un juicio que combina distintas consideraciones relativas a la gravedad del dolor y su proyección transitoria o permanente en la vida de la víctima. El dolor causado por la pérdida de familiares o por graves daños en la integridad física, difícilmente pueden ser reparados mediante otras experiencias placenteras, pues tienen efectos en las vidas de las personas que las acompañará siempre y que reducen sustancialmente el valor de las actividades placenteras. En cambio, el estrés sufrido, las lesiones que invalidan temporalmente a la víctima o las injurias, sí pueden ser contrarrestadas mediante placeres. En estos últimos casos, puede pensarse en un monto dinerario capaz de impactar positivamente sobre la víctima, haciendo accesible para ella ciertos placeres, de modo que pueda sentirse satisfecha con la respuesta jurídica al agravio previo (Papayannis, 2018, p. 28, 29).

En consecuencia, el dolor que deriva de disrupciones transitorias puede compensarse con placer, y éste puede generarse normalmente mediante la transferencia de una suma de dinero a la víctima. Sin embargo, el dinero tiene un efecto diferente en cada persona, por lo que no existirá una uniformidad entre tipos de daños o dolores y cantidades indemnizatorias adecuadas, pues el placer que produce una cifra concreta de dinero depende, entre otras cosas, de la situación económica precedente de la víctima (Papayannis, 2018, p. 29).

Aunado a lo anterior, Papayannis (2018) se pregunta la razón por la cual en la responsabilidad civil el dinero sigue siendo la respuesta preferida para el dolor irreparable, y plantea como respuesta intuitiva que no se tienen mejores ideas, y el problema del dolor ha resultado tradicionalmente incómodo a los juristas. Otra respuesta, es que no se aceptan las consecuencias de que exista un dolor irreparable como la pérdida de dos piernas, o la pérdida de un hijo, las cuales no cuentan con un sustitutivo dinerario que pueda paliar ni siquiera mínimamente el sufrimiento padecido (Papayannis, 2018, p. 32).

En relación a lo anterior, se explica que ningún daño es irreparable por su naturaleza, y en última instancia que el daño sea reparable depende de qué efecto tenga la recepción de dinero en la víctima, pues si una víctima cree que después de perder una pierna la cantidad de dinero que recibe le repara, para ella no será un daño irreparable. No obstante, la regulación jurídica debe atender a la normalidad, y los daños irreparables son aquellos que en un determinado contexto cultural se entienden por tales, es decir, respecto de los cuales aceptar dinero como modo de contrarrestar el golpe implicaría desprenderse un poco de la propia humanidad, según la noción compartida (Papayannis, 2018, p. 32-33).

En los casos en que hay daños irreparables, la indemnización mediante compensación económica mejora a las víctimas, pues tiene efectos positivos, no porque repare su daño sino porque mejora sus opciones a futuro respecto del mundo en el que no cuenta con ese dinero (Papayannis, 2018, p. 33).

Establecido lo anterior, Papayannis (2018) se pregunta: ¿cómo debe gestionarse el pago de un dinero que tiene por fin dotar a la víctima con una cantidad razonable de recursos para que pueda reencauzar su vida? ¿Cuál es esa cantidad? y responde que la mejor manera de determinarla es políticamente, estableciendo un baremo legislativo, como lo hizo la Ley 35 de 2015 de España⁶ que reformó el sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (p. 35).

No obstante, el baremo no debería tener en miras la ilusión de la indemnización justa, porque no se trata del supuesto del daño moral reparable, sino sobre el daño irreparable, en el cual la idea de otorgar cifras más o menos arbitrarias, en el sentido de que no hay una cifra que constituya una respuesta correcta ante el daño emocional causado, funciona adecuadamente. Por tanto, se trata de decidir sobre la base de un conjunto de consideraciones sobre el daño irreparable, como que las cantidades concedidas: (i) supongan una dotación significativa que refleje la gravedad del daño sufrido, (ii) tengan la entidad suficiente para servir a la persona a rediseñar en su nueva vida, y (iii) garanticen la viabilidad del sistema (Papayannis, 2018, p. 35).

Además, el baremo jugaría un rol implícito al valorar el resto de los daños no contemplados en él, y su justificación es la seguridad jurídica, la igualdad de indemnizaciones para las víctimas, así como la maximización de las probabilidades de hacer efectivo el crédito indemnizatorio. En consecuencia, esta técnica permite una previsibilidad importante para que las compañías de seguros puedan desarrollar su industria sin sobresaltos, y en última instancia, redundar en beneficio de las víctimas. Además, hay razones vinculadas con la justicia interpersonal para optar por esta alternativa, pues el derecho debe tratar a ambas partes como iguales y, por ello, debe establecer términos objetivos para definir lo que uno debe al otro antes y después de la interacción dañosa (Papayannis, 2018, p. 36).

Finalmente, aduce Papayannis (2018) que las leyes que establecen baremos pueden ser justificadas por la necesidad de contar con un instrumento mediador entre las partes; un instrumento neutral a sus subjetividades. Por ello, qué cantidad de recursos sea razonable otorgar a la víctima para que cuente con una buena dotación de recursos a fin de reorganizar su vida no es algo que pueda definir la propia víctima, ni mucho menos el agente que la dañó (p. 36).

Continuando con los argumentos doctrinarios que justifican la respuesta indemnizatoria del daño moral a efectos de resarcir el dolor sufrido, Koteich (2012) aduce:

⁶ Esta ley, para efectos de reparar los daños morales, y determinar su cuantía, tiene en consideración la extensión, gravedad, e intensidad del perjuicio, y la edad del lesionado; además, fija tablas que contiene puntajes, y sumas de dineros mínimas y máximas para reparar el daño.

La centralidad del problema del daño y su liquidación en la responsabilidad civil, es una de las características del derecho moderno, debido a que a la víctima lo que normalmente le interesa es el quantum o suma concreta en que se traducirá ese derecho a la reparación que le será previamente reconocido (p. 17).

Al respecto, para llevar a cabo la liquidación del daño, el juez debe determinar la materia de su estudio, es decir, las lesiones causadas, que se traducirán en la producción de los diferentes daños, luego entonces deberá atribuir una consecuencia a ese aserto que ha hecho, que no es otra que el derecho a la reparación que surge en cabeza de la víctima, y que tiene que cuantificar. Además, el juzgador se enfrenta a reparar cada una de las categorías del daño, ante lo cual debe estar informado por el principio de la reparación integral, que impone considerar más que simples proyecciones patrimoniales o materiales del hecho ilícito, tomar a la persona de la víctima como una compleja realidad biológica, social y espiritual (Koteich, 2012, p. 18).

Al analizar el límite legal y la unidad jurisprudencial frente a la liquidación del perjuicio, se explica que los daños irrogados a los bienes de la personalidad en general, por carecer de un valor de mercado, no pueden evaluarse objetivamente en términos económicos, lo que impide en consecuencia juzgar la justeza de la indemnización asignada. Sin embargo, para lograr cierta uniformidad entre los diferentes casos, es común que se establezca alguna guía para el juez y para las partes, bien sea bajo la forma de tablas, o a manera de pautas o topes cuantitativos, como sucede en Colombia en relación con las diversas categorías reconocidas de daño extrapatrimonial: *pretium doloris*, y daño a la vida de relación (Koteich, 2012, p. 263).

Koteich (2012) aduce que a pesar de que en el derecho moderno se tiende a satisfacer a la víctima de un daño extrapatrimonial, mediante una suma de dinero (que las más de las veces se fija en forma arbitraria) otras formas de reparación, eventualmente, pudieran resultar más "idóneas" para lograr una efectiva tutela de la persona, por ejemplo, la publicación de la parte resolutive de la sentencia, la rectificación de la noticia en el caso de la lesión al derecho a la honra, o medidas simbólicas o conmemorativas, entendiendo que estas medidas no siempre garantizan la reparación del daño causado, y no excluyen la condena económica (p. 290-292).

En consecuencia, esta autora argumenta que en materia de daño extrapatrimonial debe entenderse que el *arbitrium iudicis* se extiende desde la determinación de la cuantía de la eventual indemnización en dinero, hasta la discrecionalidad para establecer cuál entre varias formas de reparación es la más adecuada al caso concreto. Y el ordenamiento jurídico colombiano, tiene herramientas para arribar a una reparación "integral" del daño causado; concepto este último que nunca ha significado en forma exclusiva y precluyente una indemnización en dinero (Koteich, 2012, p. 298).

Además, la responsabilidad civil no ha escapado al influjo de los principios constitucionales, por tanto, dejar a la víctima de un daño privada de una reparación capaz de permitirle su desarrollo esencial como parte de la sociedad iría contra el principio de dignidad; dejar a la víctima sin un mecanismo que le permita acceder a algún tipo de reparación y abandonarla a su suerte, podría contrariar el principio de solidaridad que impone el Estado social de derecho; y dar un tratamiento diferente a víctimas que han sufrido la misma lesión, desconocería el principio de igualdad (Koteich, 2012, p. p. 312).

Continuando con el análisis sobre la naturaleza que ostenta la indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, el principio de reparación integral del daño resulta poco "realista", pues, por carecer de precio el bien o interés lesionado, no es posible concebir en dicho supuesto una medida común entre un perjuicio y el dinero, ni es posible, ir al mercado con la cantidad concedida a "readquirir" la integridad psicofísica vulnerada en forma permanente o la dignidad ofendida; por lo que puede sostenerse que cuando se trata del perjuicio personal, no es posible, sin incurrir en un artificio hablar de verdadera "reparación integral" (Koteich, 2012, p. 327).

Adicionalmente, la certeza del perjuicio en caso de los intereses personales no puede establecerse sino en forma relativa, por lo que la determinación de la indemnización se encuentra en estos casos, en cierto modo, sujeta a la sensibilidad de los jueces. Desde esta perspectiva no se habla de un verdadero "resarcimiento", en el sentido de que pueda dejarse indemne a la víctima, y resulta más apropiado hablar en tal hipótesis de "indemnización" antes que de verdadera reparación. A tal "indemnización" se le han atribuido diferentes connotaciones: la de una reparación simbólica, la de una satisfacción para la víctima, e incluso, la de una pena privada (Koteich, 2012, p. 327, 328).

La reparación simbólica para la víctima del perjuicio personal, en los casos de perjuicio moral sufrido por las víctimas de rebote a causa del sufrimiento o muerte de un allegado tiende a evitar la "monetización de las lágrimas", y cuando se trata de lesión al honor por difamación, suele ordenarse la publicación de la sentencia, en aras del restablecimiento oficial de la verdad (Koteich, 2012, p. 328).

La tesis que considera la indemnización del daño a la persona como una satisfacción para la víctima, constituye un reconocimiento a su dignidad en relación con la exigencia de respeto a los bienes de su personalidad, a los cuales termina por atribuirles un valor, y dicha satisfacción también se manifiesta en el plano material, debido a que la indemnización le permitirá procurarse ciertos placeres o gustos acordes con sus gustos y preferencias (Koteich, 2012, p. 329-330).

De otro lado, la pena privada puede entenderse como una obligación de pagar una suma de dinero a favor del agraviado en cuantía establecida con prescindencia de la entidad real del daño, y cuyo propósito es sancionatorio-preventivo, es decir, la suma establecida tiene en consideración la

sanción de la culpa del agente, castigar al responsable, antes que indemnizar a la víctima (Koteich, 2012, p. 331-335).

Para Koteich (2012) en el derecho contemporáneo, la presencia o no de una pena privativa en las hipótesis de indemnización del daño a la persona, depende de la calidad o naturaleza de los criterios alternativos al mercado empleados por el juez en el establecimiento del quantum de la indemnización. Por tanto, no existiendo un mercado del bien o interés lesionado, el primer problema para el juez al estimar los daños personales, es el de la selección de las técnicas, recursos o métodos alternativos al mercado que le permitirán proceder a tal estimación, los cuales serán más o menos arbitrarios o racionales, y que de alguna manera resultan idóneos para satisfacer el sentimiento de justicia de las personas en los distintos contextos sociales y periodos históricos (p. 337).

Tales criterios pueden ser de diverso tipo, como la equidad o criterio equitativo puro, la culpa del agente e incluso su fortuna y/o los provechos que ha recabado del hecho lesivo. De acuerdo con la equidad, el juez decide atendiendo a lo que es éticamente correcto y concorde con la paridad del tratamiento. De otro lado, cuando los criterios alternativos se relacionan con circunstancias que se consideran ajenas al daño en sentido estricto, como por ejemplo la culpa del agente, su situación patrimonial, el enriquecimiento recabado por el actor gracias al hecho lesivo, se trata de indicadores de una implícita función punitivo-preventiva de la suma otorgada (Koteich, 2012, p. 339-342).

De otro lado, Vargas (2020) analiza la justificación de las medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado, y considera frente al problema de los daños extrapatrimoniales que desde la justicia correctiva, resulta complejo de evaluar si el objeto dañado tiene un equivalente cualitativo o cuantitativo. Al respecto, el principio de reparación integral encuentra límites frente a los daños que no tienen un contenido patrimonial, y en estos casos la indemnización cumple dos funciones diferentes a la equivalencia: i) una función satisfactoria, afirmándose que el dinero que se entrega a la víctima solo pretende algo de alivio o mitigación de ciertos sentimientos para la víctima, sin tener la pretensión de ponerla en el estado en que se encontraba, tesis asumida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia SC 5686 del 19 de diciembre de 2018; y ii) una función sancionadora, pretendiendo hacer pagar al infractor por la afectación a los intereses personales de la víctima a manera de reproche por la conducta, y en razón a la importancia de los bienes afectados (p. 62).

Tanto en la función satisfactoria o sancionadora, se parte de la premisa de la falta de equivalencia entre el derecho del demandante y lo dado por el demandado en forma de remedio, pues el carácter satisfactorio renuncia a la idea de volver las cosas al estado anterior, y la indemnización como sanción, pretende el reproche o castigo por la actuación del demandado (Vargas, 2020, p. 62).

Sin embargo, el derecho de daños ha sido influenciado por el Derecho internacional de los derechos humanos, sistema en el que conceptualmente se alude a la reparación como un género que abarca tanto las especies pecuniarias, particularmente la indemnización, como las no pecuniarias, de las que hacen parte las llamadas medidas de satisfacción, garantías de no repetición, rehabilitación y restitución (Vargas, 2020, p. 56).

Vargas (2020), considera que aquello que resulta afectado cuando se trata de perjuicios morales, no puede ser reparado in natura con una cosa, objeto o sensación de naturaleza equivalente, porque las nuevas sensaciones no son parte de un género que permitan reemplazar las otras sensaciones de la misma naturaleza que se tenían antes del daño. Es decir, los sentimientos, emociones, apegos y demás que se asocian al daño moral difícilmente se aprecian como tipos de un género de cosas, sino que se consideran ligadas a experiencias particulares, lo que permitirían entenderlos como asuntos que no tienen una equivalencia natural. Por tanto, esta relación presenta la dificultad de establecer con fiabilidad una correspondencia simétrica o equivalente entre su contenido prestacional y el objeto dañado (p. 70).

Al respecto, la propuesta de Vargas (2020) es formular medidas no pecuniarias que traten de superar los retos que plantea el uso del dinero como forma de responder al daño, sugiriendo medidas no pecuniarias como formas de reconocimiento, entendiendo que tales medidas se dirigen a i) reconocer un estatus normativo de la víctima del injusto, su autoridad como titular de derechos, y ii) que expresan de manera directa un mensaje que el pago de dinero no transmite de forma transparente (p.77).

La justificación de las respuestas no pecuniarias de reconocimiento, alude al concepto de autonomía en tres sentidos: i) como autogobierno o soberanía sobre lo propio, idea que encuentra fundamento en Immanuel Kant; ii) como detentación de opciones valiosas, o cursos de acción respecto de los cuales puede ejercerse la libertad cualificadamente, y que inciden en el bienestar, perspectiva que se encuentra en la obra de Joseph Raz; y iii) como pretensión, es decir, la autoridad que cada uno tiene como ser libre y racional para efectuar demandas o reclamos a otros, tesis expuesta por Stephen Darwall (Vargas, 2020, p. 77-80).

Para Vargas (2020), las respuestas no pecuniarias de reconocimiento, consisten en la afirmación del otro, en este caso de la víctima, como una persona titular de derechos y destinataria de obligaciones de respeto, lo cual reafirma a la persona y su posición respecto del otro y de cara a la sociedad (p. 82).

En relación al carácter simbólico o reconocedor de pagar una suma de dinero a favor de la víctima, y la exclusión de medidas no pecuniarias, se argumenta que el dinero tiene falencias para transmitir un mensaje de reconocimiento hacia la víctima, pues no resulta clara su connotación de respeto hacia alguien, puesto que su implementación se relaciona a su naturaleza de unidad de cambio que

permite la adquisición de bienes y servicios. Además, el castigo al infractor, sea con el pago de dinero o físicamente, no es un mensaje tan claro, porque puede asociarse únicamente al sujeto infractor, como una manera de corregir las desviación o vicios que conciernen a su carácter, sus virtudes o le impiden desarrollarlas (Vargas, 2020, p. 83).

De otro lado, el mensaje de las mediadas no pecuniarias de reconocimiento es más transparente, pues consiste en reconocer que se trató de un injusto que afectó la autoridad individual de una persona para normar sobre lo suyo sin interferencias, teniendo en cuenta que tal autoridad no tiene un análogo en un estado de cosas que pueda proveerse posteriormente para su recuperación, por lo que no debió haber sucedido en primer lugar y no debería volver a suceder (Vargas, 2020, p. 83).

El ejemplo paradigmático de una medida de reconocimiento, serían las disculpas que se ofrezcan a la víctima, acto que puede tener una doble naturaleza: i) lograr el alivio del dolor causado a la víctima, y ii) lograr el reconocimiento de su autoridad normativa. La víctima, no obstante, podría determinar que una disculpa no alivia su dolor, pero sí le reivindica mediante el reconocimiento y, en esa medida, requerir una indemnización y una disculpa. Asimismo, tal medida puede entender un acto ilocucionario que reconoce la ocurrencia del injusto por parte del infractor, en virtud del cual no se pretende alterar el carácter del injusto, sino admitir que se ha producido uno, y poner en evidencia que la razón desatendida que provenía de la víctima no debió haberse pasado por alto por parte del ofensor, sumado a que las disculpas suelen ir acompañadas de un “lo siento, no debió pasar” o de un “no lo vuelvo a hacer” (Vargas, 2020, p.83-84).

La comprensión e implementación progresiva de este tipo de medidas de reconocimiento, generaría un acercamiento del derecho privado como práctica de justicia interpersonal a la llamada justicia restaurativa, la cual propone una salida del conflicto entre las partes que genere una mutua comprensión o reconciliación entre ellas. En tal sentido, se explica que, aunque las medidas de reconocimiento no garantizan necesariamente la reparación de las relaciones entre las partes o su reconciliación, sí la propiciarían o la harían más probable porque este reconocimiento facilitaría una restauración de las relaciones rotas entre las personas. Además, a la justicia restaurativa se le ha atribuido un sentido de reconocimiento de la víctima, dentro de un ámbito comunitario, por lo que resultaría interesante comenzar a examinar las relaciones entre ambas prácticas (Vargas, 2020, p.86).

Finalmente, Vargas (2020) argumenta que las medidas no pecuniarias tienen un sentido reparador o un sentido reivindicador y que, en ambos casos, deben competir práctica y conceptualmente con las facilidades o ventajas que ofrece el uso del dinero como medida reparadora del daño. Al respecto, tales medidas no tienen un sentido necesariamente reparador, sino de reconocimiento, al transmitir un mensaje claro de respeto hacia la víctima. Asimismo, este autor reflexiona que para la dogmática civilista, surgen inquietudes acerca de cómo encajar este tipo de respuestas dentro de

las categorías dogmáticas tradicionales, particularmente, su exigibilidad lo que conllevaría el reto de reflexionar sobre las características y los alcances de las obligaciones civiles o sobre su suficiencia axiológica en una sociedad en la que al parecer se está requiriendo “algo más” que un pago por las obligaciones incumplidas (p. 85-86).

Expuestos algunos de los criterios teóricos que pueden tenerse en consideración para indemnizar el dolor sufrido por una víctima, en un proceso de responsabilidad civil extracontractual, en el próximo capítulo se analizarán los criterios probatorios y jurídicos que permiten a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuantificar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual.

CAPÍTULO III

EL DOLOR Y EL JUEZ CIVIL

1. Introducción

Ante la pregunta ¿cuáles son los criterios jurídicos y probatorios, que pueden servir de guía al juez para indemnizar el dolor en un proceso de responsabilidad civil extracontractual, y tomar una decisión justa? las posiciones doctrinarias expuestas en los capítulos anteriores, aportan elementos teóricos para aproximarse a una respuesta, pero con el objetivo de unir la reflexión teórica con la práctica jurídica, en este apartado describiré e interpretaré, la posición jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para indemnizar el daño moral, concepto jurídico en el que se entiende incorporado el fenómeno existencial del dolor.

Para alcanzar esta meta, el presente capítulo se dividirá en dos partes, una descriptiva y otra interpretativa. En la primera, describiré los siguientes temas: i) el dolor desde la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del daño moral; y ii) el vacío legal en materia civil sobre la tasación de la indemnización por perjuicios morales. En segundo lugar, interpretaré la doctrina probable fijada por ese tribunal sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida o víctima directa. En este acápite, el precedente vinculante del perjuicio sufrido por terceros, comprende las sentencias SC 13925-2016, SC 15996-2016, y SC9193-2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, empero, se tendrá en consideración la sentencia SC3728-2021,

providencia que no integra la doctrina probable analizada, pero aporta elementos relevantes para el objeto de la investigación. Lo anterior, con la finalidad de exponer algunas reflexiones finales, a luz los capítulos I y II de la presente investigación.

Cuando se indica que la primera parte del capítulo será descriptiva, quiero referir que, en el análisis teórico, se decodificará el razonamiento judicial de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tal como es, es decir, sin valorarlo. De otro lado, en la interpretación de la doctrina probable fijada por la Corte, se entiende la hermenéutica como una experiencia que implica en primera instancia un proceso de formación del ser que investiga, y simultáneamente, un proceso de traducción de las estructuras de sentido. Esta experiencia hermenéutica, se vive mediante el proceso y la estructura. El proceso, como un continuo en el tiempo, que se desarrolla a través de los prejuicios, la reflexión, el análisis, la comprensión, la interpretación y la síntesis de las estructuras de sentido. La estructura hermenéutica, se manifiesta en el círculo de la comprensión, que crece concéntricamente en tanto va relacionando el todo con sus partes durante la fusión de horizontes. De esta manera, el análisis hermenéutico, mediante el proceso y la estructura, configura las condiciones por las cuales se comprende un objeto de investigación (González, 2011, p. 127).

En relación a lo anterior, siguiendo la senda de Taruffo, en este capítulo pretendo la convergencia de los conceptos de jurisdicción, decisión y prueba, que fueron los anteojos con los que el profesor italiano miró el mundo, y que se sirven a su vez de una concepción general del juez y de la labor que éste desarrolla con el derecho (Aramburo, 2021, p. 67).

2. Una aproximación descriptiva del dolor desde la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del daño moral

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en las normas civiles que reglamentan la responsabilidad común por los delitos y las culpas (artículos 2341 a 2360 del Código Civil), se ha encargado de conceptualizar, categorizar y sistematizar el derecho de daños no patrimoniales, y en este sentido Koteich (2012) considera que la jurisprudencia nacional ha recepcionado, no siempre de una manera afortunada, categorías maduradas en otros ambientes jurídicos (p. 189).

Aduce Koteich (2012), que la jurisprudencia en la consecución del propósito de que la responsabilidad civil considere a la persona en todas sus dimensiones, ha seguido principalmente dos caminos: el de crear o aceptar nuevas categorías de daños resarcibles como el daño a la vida de relación, o la de aumentar el quantum de la indemnización que corresponde a las categorías ya existentes como el daño moral. Para esta autora, la creación de nuevas categorías de daño, comporta un problema, en el sentido de que normalmente no ha sido posible establecer nítidamente los confines entre las múltiples figuras de daño extrapatrimonial, lo que termina por introducir insalvables incoherencias y problemas sistemáticos en la materia. En consecuencia, propone

mejorar el quantum, pero sin sacrificio de la coherencia sistemática; “pues no hay forma de que el sistema, cuando se ve saturado de categorías, y subcategorías, en muchos casos inconsistentes, no pase luego "la cuenta", por decirlo de algún modo” (p. 241-243).

La categoría de daño moral, corresponde a un concepto que en materia de responsabilidad civil genera una indemnización. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se ha encargado de construir una doctrina en tal sentido, siguiendo la tradición del sistema continental europeo sobre el daño moral, concepción que tiene como punto de partida la idea de la locución latina *pretium doloris* que significa precio del dolor. Este razonamiento judicial, será descrito subsiguientemente para tratar de comprender la visión del juez civil frente al dolor que experimenta una persona, y su reparación.

2.1. El fallo fundacional del daño moral en materia civil y la función de la prueba pericial

El Código Civil de Colombia, siguió el modelo mono-normativo de Francia en materia de daños resarcibles (art. 2341 C.C.) al consagrar una única forma sobre el daño, y no distinguir entre daño patrimonial y extrapatrimonial. No obstante, la sentencia de casación civil del 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Tancredo Nannetti, produjo la aceptación del perjuicio extrapatrimonial en materia civil⁷, al ordenar la reparación del daño moral de León Villaveces por el traslado inconsulto de los restos mortales de su cónyuge en un cementerio bogotano. En este sentido, se consideró:

Los artículos 2341 y 2356 del Código Civil dicen:

" 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”

"2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta."

Este último artículo extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de

⁷ Koetich (2012) y M'causland, (2019) consideran que la mencionada sentencia reconoció por primera vez el perjuicio moral en Colombia. En materia de responsabilidad del Estado, Aramburo (2018) ha interpretado que el fallo “fundacional” de indemnización de este perjuicio en el país, es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896, que resolvió el pleito que enfrentó a los familiares del “súbdito italiano” Angel Rosazza con el Estado colombiano por hechos ocurridos en 1881 en la isla de Naos, que hoy forma parte del *causeway* de Amador, frente a ciudad de Panamá.

malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance, e interpretado, por tanto, erróneamente.

Esta interpretación de las disposiciones acotadas del Código Civil, está de acuerdo con los principios de una sana jurisprudencia, desde luego que todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos; y si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. En el caso que se estudia se impone la sanción civil⁸.

Debido a que la Corte Suprema casó parcialmente la sentencia del Tribunal, debía reemplazar el fallo de segunda instancia, y al no encontrarse comprobado el monto de los perjuicios, dispuso para mejor proveer que, mediante prueba pericial se fijara el monto de los perjuicios sufridos por el demandante a causa de la indebida extracción de los restos de su esposa. Además, los expertos debían tener en cuenta la intensidad del agravio, la condición social del señor Villaveces y de su esposa, y la circunstancia de haber comprado aquél una bóveda para mantener guardados los restos mortales al amparo de toda profanación⁹.

El 22 de agosto de 1924, en la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema de Justicia, consideró:

Los expertos nombrados por la Corte han sorteado de modo inteligente el escollo de la indeterminación de la conducta, que es uno de los más serios reparos que se le hacen a la indemnización de los perjuicios morales, por la falta de unidad de medida para su apreciación. Ellos han buscado una reparación que pueda reemplazar de alguna manera el bien perdido para el deudo que fue lastimado en

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nanneti. G.J. Tomo XXIX, número 1488 de 1922. Pp. 218-220. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

⁹ *Ibíd.*

sus más íntimos afectos, por el acto imputable a negligencia o descuido de los empleados de la entidad demandada¹⁰.

En el dictamen se estableció que la indemnización debía tener por objeto reparar al señor Villaveces el dolor sufrido, reemplazando por otra cosa que sirva de homenaje y evocación a la memoria de su esposa muerta, esto es, “un monumento artístico que colme el vacío que produjo el quebranto moral del demandante”. Además, en razón a la “posición social de los interesados, su cultura, la magnitud del pesar causado, etc.”, se estimó que el mausoleo debía tener un costo de tres mil pesos¹¹.

En relación a lo anterior, en la sentencia se argumentó que los peritos habían dado a la indemnización en dinero “la alta significación que tiene en la vida social, donde todos los derechos de los asociados deben quedar amparados por la tutela jurídica, y donde todo perjuicio inferido a la persona o a la propiedad de otro, debe ser en lo posible reparado”. Seguidamente, fue citado un extracto doctrinario sobre el doble objeto que tiene la indemnización en dinero: i) procurar al lesionado una satisfacción cuando se trata de un perjuicio no patrimonial, y ii) reconstruir el patrimonio menoscabado. Finalmente, se resolvió condenar a la parte demandada a entregar al señor Villaveces la bóveda del cementerio, y los frutos civiles causados por este inmueble; además, de pagar los tres mil pesos a los que se había hecho alusión¹².

2.2. La influencia de la doctrina francesa en el daño moral, el límite en su cuantificación indemnizatoria, y el arbitrio judicial

En los años 40 del siglo XX, la jurisprudencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia clasificó las modalidades de daño extrapatrimonial, y mediante sentencias del 23 de abril de 1941, y del 5 de noviembre de 1942, ambas, con ponencia del Magistrado Aníbal Cardoso Gaitán, conceptualizó y clasificó el daño moral subjetivo y objetivado, de raigambre francesa.

En la parte motiva de la sentencia del 23 de abril de 1941, la Corte citó la doctrina francesa de Georges Ripert y Louis Josserand, sobre el principio de reparación del perjuicio moral, y consideró que la falta de diferenciación entre las diversas clases de daño moral ha generado confusión conceptual. En tal sentido, se explicó:

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 1924. M.P. Tancredo Nanneti. G.J. Tomo XXXI, número 1593 del 5 de agosto de 1924. Pp. 82-83. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación¹³.

En lo que tiene que ver con la reparación y valoración probatoria del daño moral subjetivo, se consideró que si se quisiera medir este daño, habría que llegar como único medio para hacerlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor, pues por su naturaleza resulta inasible, no puede reducirse a cifras, ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por tanto, solo es posible lograr la reparación de este daño en la medida de su objetivación. Además, su reparación no se realiza completamente porque es imposible alcanzarla, debido a que los sentimientos no se compran ni se venden, y el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. En tal sentido, se afirmó que “Admitir el *proetium doloris* para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico”¹⁴.

No obstante, advirtió la Corte siguiendo a Jossierand que el daño moral subjetivo no puede quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, criterio de satisfacción que en el ordenamiento jurídico colombiano, satisfacía para ese entonces, el artículo 95 del Código Penal al reglamentar que "cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos", norma que interpretó la Corte parte de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, pues el daño moral subjetivo resulta de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert.

Además, en relación a la aludida norma penal se consideró que el arbitrio judicial resulta aconsejable para determinar el *quatum* del perjuicio moral subjetivo, cuando las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total, de una parte, o permiten la mera condenación simbólica, la cual había sido aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales a una cantidad ínfima, que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar¹⁵.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 23 de abril de 1941. M.P. Aníbal Cardoso Gaitán. G.J. Tomo LI, número 1970 de julio de 1941. Pp. 424-436. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

La Corte Suprema de Justicia, para resolver el caso concreto¹⁶ se pronunció sobre el siniestro que causó el daño, la causa del accidente, la responsabilidad civil del demandado, valoró la prueba relacionada con la indemnización, y fijó el quantum de la condena por concepto de los perjuicios morales subjetivos reclamados. En tal sentido, se estableció que el dictamen pericial que avaluó el perjuicio en la suma de \$2500 pesos, por considerar que la víctima directa era un padre de una familia numerosa, no era un criterio atendible para fijar el monto del daño, porque todos los familiares de la víctima forman una sola entidad receptiva del daño; además, conforme al artículo 95 del Código Penal, la prueba pericial no resultaba obligatoria, pues el juez tenía la facultad de fijar prudencialmente la cuantía. En razón de lo anterior, se argumentó que “la justicia” imponía una condena simbólica o ínfima, en razón a las circunstancias económicas de las víctimas, pues el fallecido era “un trabajador a jornal, que derivaba todas sus entradas pecuniarias, para sí y los suyos, del esfuerzo de su trabajo diario, y que no dejó a su familia bienes materiales de fortuna”. Por tanto, con fundamento en el artículo 95 del Código Penal, en la parte resolutive de la sentencia se condenó al demandado a pagar \$2000 por concepto de perjuicios morales¹⁷.

De otro lado, la sentencia del 5 de noviembre de 1942, de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, se fundamentó en la doctrina expuesta en párrafos anteriores sobre la reparación de los perjuicios morales subjetivos, pero al valorar la prueba del caso concreto¹⁸, consideró:

...el medio probatorio adecuado para la demostración del daño moral subjetivo no puede ser directo sino a base de simples presunciones, es de justicia y razón presumir que el demandante Rodríguez Lloreda ha sufrido ese daño. Los documentos probatorios que obran en el proceso dan base para considerar que las heridas que recibió en la cara y en las manos le han producido y le producen consecuencias que pueden traducirse en un perjuicio moral no objetivado. La afirmación de los señores médicos legistas, de que las "cicatrices visibles en las manos y en el rostro constituyen una deformidad física permanente e irreparable" da lugar a suponer que la víctima ha sido colocado socialmente en una situación de notoria inferioridad. Existe claramente establecido el daño moral subjetivo resultante del complejo de inferioridad en que las heridas colocan al lesionado y

¹⁶ Se trata de una acción de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de un contrato de transporte. En los enunciados fácticos se indica que como consecuencia de un accidente en un cable aéreo perdió la vida la víctima directa. En consecuencia, se pretende de manera principal que la parte demandada sea condenada a pagar a los familiares de la víctima directa a título de indemnización de perjuicios, la cantidad que se establezca por medio de peritos. En la pretensión subsidiaria, se solicitó la condena a pagar a la sucesión de la víctima directa, la cantidad que se demuestre por medio de peritos.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 23 de abril de 1941. M.P. Aníbal Cardoso Gaitán. G.J. Tomo LI, número 1970 de julio de 1941. Pp. 424-436. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

¹⁸ En los fundamentos fácticos de la demanda de responsabilidad civil, se indicó que el demandante asistió como espectador a una revista aérea militar, y se presentó un accidente de aviación que generó afectaciones en su salud. En las pretensiones, se solicitó como condena el pago de los perjuicios materiales y morales. En la sentencia, se resolvió condenar a la parte demandada al pago *in genere* de los perjuicios sufridos por el demandante.

que hay que estimar de grande entidad por habersele producido unas de ellas en la cara. Por este motivo, la Sala ha de elevar al máximo la indemnización por el concepto de daño moral subjetivo. En este punto se modificará el fallo de primera instancia.

Refiriéndose el Tribunal a las dos especies que integran la categoría de daño moral, el objetivado y el no objetivado, en relación con el asunto en estudio, dice muy acertadamente: "Daño moral objetivado es aquel que por su misma naturaleza es susceptible de concretarse probatoriamente en perjuicios patrimoniales; daño moral no objetivado, el que por mantenerse dentro del campo puramente espiritual no puede ser representado en deterioros patrimoniales susceptibles de ser ciertamente justipreciados... En el caso de que se trata, uno y otro se han producido: el primero, representado por el estado de inferioridad en que socialmente ha venido a quedar el señor Rodríguez Lloreda en razón de las 'cicatrices visibles en las manos y en el rostro, que constituyen una deformidad física permanente e irreparable', al decir de los señores médicos legistas, según lo observado en otro lugar. Y el segundo, por el sentimiento de dolor o pesar que para él le significa la consideración de ese estado de inferioridad¹⁹.

2.3. La jurisprudencia del siglo XXI de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la tasación de la indemnización por perjuicios morales

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año 2001, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros, en relación al concepto y la tasación de la indemnización por daño moral, consideró lo siguiente: i) el daño moral subjetivo, es aquel que padece la víctima a consecuencia de un dolor físico o psíquico; ii) tal dolor debe ser objeto de resarcimiento, o más bien de satisfacción, y su medición resulta imposible; iii) en algunas ocasiones la doctrina de la Corte se ha inclinado por seguir a Ripert y Josserand para considerar que este daño tiene un carácter compensatorio, al implicar una sanción o forma de expiar la falta de quien lo infligió; empero, en su jurisprudencia mayoritaria ha dispuesto, acorde con el carácter indemnizatorio y reparador de la responsabilidad civil que, el reconocimiento del daño moral debe procurar mitigar el dolor a modo de resarcimiento económico y por ende debe probarse y cuantificarse; iv) para la fijación de la cuantía del daño moral, en razón a su indeterminación, debe acudir al "resorte" del juez, quien debe fijar una suma de dinero limitado por la sensatez y el sentido común, sin caer en el error de enriquecer injustamente a otro y cumpliendo con los fines de compensación por la pena, así el dolor no tenga precio; v) de manera periódica la Corte ha fijado un valor tope de daño moral, que

¹⁹Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 5 de noviembre de 1942. M.P. Aníbal Cardoso Gaitán. G.J. Tomo LIV, número 1889 a 1992 de octubre y noviembre de 1942. Pp. 529-556. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetitas-judiciales1/>

sirve de “pauta” a los jueces para facilitar su tarea, sin que tal cuantía los limite u obligue a modo de norma sustancial; vi) resulta deseable que no se utilicen patrones de indexación para indemnizar el daño moral, atendiendo a los fines paliativos y no resarcitorios de este daño, sin que ello vulnere de manera directa normas sustanciales²⁰.

La sentencia SC4703-2021 del 22 de octubre de 2021, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona cita jurisprudencia indicativa relacionada con el concepto, la finalidad, la reparación, y la cuantificación del daño moral subjetivo. Por tanto, esta providencia judicial permite identificar si este tribunal ha cambiado o no sus criterios sobre estos conceptos jurídicos en épocas recientes.

En relación al concepto de daño moral, la sentencia SC4703-2021 del 22 de octubre de 2021 citó la sentencia S-454 del 6 de diciembre de 1989, que diferenció el daño moral subjetivo y objetivado, indicando frente al primero que, es aquel que incide en la órbita de los afectos y sentimientos de las personas; asimismo, fue citada la sentencia CSJ SC de 9 julio de 2010, para indicar que el propósito del reconocimiento del daño moral es “reparar las aflicciones al alma”.

Acerca de la valoración del daño moral subjetivo, en la citada sentencia se consideró que por su carácter inmaterial o extrapatrimonial, se ha confiado al discreto arbitrio de los falladores judiciales, lo que impone el deber de actuar con prudencia, valiéndose de los medios probatorios, atender la naturaleza del derecho afectado, la magnitud del daño, y sin perjuicios de los criterios orientadores de la jurisprudencia.

Sobre la reparación, y la cuantificación del daño moral subjetivo, la Corte estableció que la reparación debe procurar una relativa satisfacción para no dejar impune la agresión, sin que represente una fuente de lucro injustificado que acabe desvirtuando la función asignada por la ley. Para establecer la cuantificación de este daño, fueron citadas las sentencias SC del 5 de mayo de 1999, y SC665 del 7 de marzo de 2019, en las cuales se indicó que para la fijación del quantum de la reparación debían tenerse en consideración: i) el marco fáctico de circunstancias, es decir, las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos; ii) la situación o posición de la víctima y de los perjudicados; iii) la intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre; iv) los demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador, precisándose que las bases de tal razonamiento judicial no deben ser arbitrarias, y para los casos de las víctimas indirectas, debe acudirse a deducciones fundamentadas en las “...reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de agosto de 2001. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Ref.: Expediente No. 6492. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge”²¹.

Además, se hizo referencia a los parámetros para fijar la cuantía del daño moral, y a los topes máximos que sirven de guía en la valuación para los jueces de las instancias. Al respecto, fueron citadas sentencias de la Corte que no han estimado necesaria la indexación de ese rubro, al entender que: i) se trata de un asunto que se encuentra reservado al justo criterio del fallador; ii) busca mitigar el dolor que sufre el demandante a consecuencia del hecho dañoso, pero no se trata de una reparación propiamente dicha; y iii) debe ajustarse en el momento de la reparación de la lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea²². Sin embargo, fue citada la sentencia SC002-2018 del 12 de enero de 2018, en la que la Corte indexó las condenas impuestas por perjuicios moral, teniendo en consideración la duración del proceso, y que el juez de instancia lo fijó en moneda legal corriente, y no en otra unidad de cuenta que erradique la devaluación, por ejemplo, cuando la medición se hace “en términos de salarios mínimos legales mensuales vigentes o en unidades de valor actualizadas, equivalentes a los topes dinerarios que en moneda legal corriente fija normalmente la Sala, de acuerdo a los baremos que prudentemente fija, según su racional criterio y las circunstancias en caso cuando lo considera pertinente”²³.

Aunado a lo anterior, la Corte motivó la decisión en tal sentido, explicando lo siguiente:

Limitar el pago de lo señalado por concepto de perjuicios inmateriales a una suma nominal no responde al principio de reparación integral y en equidad ni a la mitigación del dolor. Si bien carecen de la característica de resarcitorios, la actualización no los convierte en tales. Se pretende que, sin dejar de ser paliativos, se satisfagan a valor presente. El pago en valor histórico, en lugar de atenuar el sufrimiento padecido, lo incrementa y pone en desventaja a las víctimas.

El agregado de la actualización, por supuesto, no tiene la condición de perjuicio. Se trata de la misma suma, en su valor real. Por esto, en esta ocasión se reitera la posibilidad de pagar los perjuicios morales con sumas actualizadas. Al fin de cuentas, una suma nominal, pagada a valor presente, es la misma cantidad, solo que actualizada.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Ref.: Expediente No. SC4703-2021. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

²² Exp. 6492. Cfr. Sentencia del 19 de noviembre de 2011, exp. 00533. Exp. 1995-10351-01. Exp. 1999-00533-01.

²³ *Ibíd.*

Se debe dejar, sí, claro, la indexación únicamente procede respecto de las cantidades señaladas en los casos concretos. No sucede respecto de los topes fijados por la Sala, en el sentido de llevarlos actualizados y solicitarlos así en determinado proceso. Como se indicó en uno de los fallos citados, “no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño”, las cuales, periódicamente modifica la Sala, cuando toma la alternativa de actualizar el monto de tales cuantías en forma genérica como criterio reparador, cuando se alteran gravemente las circunstancias reales, o cuando se trata de casos especiales por el consenso de la Sala²⁴.

Además, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó que ha forjado una “solida doctrina probable” en materia de perjuicios morales, teniendo en cuenta diferentes circunstancias de tiempo, modo, lugar, época histórica, intensidad del daño, sentimientos afectados, y naturaleza del derecho infringido²⁵, mientras otras providencias aluden a estos topes admisibles siguiendo el prudente arbitrio judicial²⁶. En tal sentido, se realizó un recuento jurisprudencial entre los años 2005 a 2021, de las cuantías reconocidas por concepto de perjuicios morales en los siguientes eventos: por el fallecimiento de una madre en accidente de tránsito²⁷; por las lesiones cerebrales como consecuencia de un disparo imprudente de arma de fuego²⁸; por el fallecimiento de una persona en cirugía de septoplastia²⁹; por el fallecimiento del padre³⁰; por lesiones en accidente de tránsito³¹; a padres, hijos y cónyuge de fallecido³²; por daño neurológico de neonato³³; por la deficiencia de atención médica en parto causante de parálisis cerebral y

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Ref.: Expediente No. SC4703-2021. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 18 sep. 2009, rad. 2005-00406-01, CSJ SC 8 ago. 2013, rad. 2001-01402-01, CSJ SC5885-2016, 6 may. 2016, rad. 2004-00032-01 y CSJ SC12994-2016, 15 sep. 2016, rad. 2010-00111-01.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias SC064, 28 feb. 1990, G.J. No. 2439, p. 89; CSJ SC035, 13 may. 2008, rad. 1997-09327-01; CSJ SC 20 ene. 2009, rad. 1993-00215-01; CSJ SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01; CSJ SC 9 dic. 2013, rad. 2002-00099; CSJ SC13925-2016, 30 sep, rad. 2005-00174-01; SC5686-2018, 19 dic., rad. 2004-00042-01.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC del 30 de junio de 2005, radicado N° 1998-00650-01, tasó la suma de \$20.000.000.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia sustitutiva del 20 de enero de 2009, radicado N°1993-00215-01, tasó la suma de \$40.000.000.

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia sustitutiva del 17 de noviembre de 2011, radicado N° 1999-00533-01, tasó la suma de \$53.000.000.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC del 12 de julio de 2012, radicado N° 2002-00101-01, SC del 8 de agosto de 2013, radicado N° 2001-01402-01, y SC5125-2020, en todas las providencias se tasó la suma de \$55.000.000.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC12994-2016, tasó la suma de \$56.670.000.

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC15996-2016 y SC13925-2016, en ambas sentencias se tasó la suma de \$60.000.000.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC16690-2016, tasó la suma de \$50.000.000.

cuadriplejía³⁴; por extracción de un ojo³⁵; por muerte de peatón en accidente de tránsito³⁶; por ceguera total, extracción del globo ocular, parálisis medio lado corporal y retraso mental por mala atención médica a neonato, a víctima y padres³⁷; por lesiones de mediana gravedad en accidente de tránsito para víctima y familiares³⁸; por parálisis cerebral por negligencia en la atención médica a neonato, a favor del menor y de los padres³⁹; por parálisis cerebral a menor, producto de negligencia en la atención médica al momento del nacimiento⁴⁰.

3. El vacío legal en materia civil sobre la tasación de la indemnización por perjuicios a la persona

En la jurisdicción civil no existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales, pero en materia penal el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 establece:

En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso.

Los incisos primero y segundo de esta norma fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C 916 de 2002, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Límite que se aplica a la indemnización de los daños morales cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible. Además, la mencionada sentencia de constitucionalidad declaró exequible, sin ningún tipo de restricción, el inciso 3 del artículo 97 de la Ley 599 de 2000.

De otro lado, en materia legislativa el inciso final del artículo 283 del Código General del Proceso, al reglamentar la condena en concreto para el pago de perjuicios por cantidad y valor determinados, incorporó el contenido del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y dispuso: “En todo proceso

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC9193-2017, tasó la suma de \$60.000.000.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC21898-2017, tasó la suma de \$40.000.000.

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC665-2019, tasó la suma de \$60.000.000.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC562-2020, tasó la suma de \$60.000.000.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC780-2020, tasó la suma de \$30.000.000.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3943-2020, tasó la suma de \$40.000.000.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3728-2021, tasó la suma de \$60.000.000.

jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Ante la falta de legislación especial en la materia, el senador Iván Leónidas Name Vásquez, con el apoyo académico de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, bajo el liderazgo su profesor Sergio Rojas Quiñones presentó los proyectos de ley 122 de 2015, 120 de 2017, y 104 de 2020 para regular la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad, pero, estos esfuerzos académicos no han contado con el apoyo político para ser promulgados como ley de la República.

Sin embargo, en la exposición de motivos de los mencionados proyectos legislativos, se realizan algunas recomendaciones que se advierten relevantes para este trabajo. Para empezar, se identifica la ley como la forma más idónea para establecer parámetros que permitan a la administración de justicia contar con una herramienta unificadora de los criterios para el reconocimiento y tasación de los daños en la persona, vacío legislativo que ubica al país en el siglo II de la indemnización de los daños a la persona.

En este contexto, el proyecto legislativo 104 de 2020 proponía complementar el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y fijar unas reglas que, con vocación de estabilidad y de manera impersonal y abstracta, que estableciera los parámetros a los que deben sujetarse las reparaciones específicas de los daños a la persona. La inspiración era un sistema flexible como el de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil para de una parte, fijar los principios conforme a los cuales deben decretarse las indemnizaciones y, de la otra, dejar un espacio para una sana discrecionalidad judicial de modo que haya una gradual adaptación de la legislación a la realidad.

En lo que se refiere a los perjuicios no patrimoniales, el proyecto proponía la indemnización de tres rubros fundamentales: el daño moral, el daño psicológico o corporal, y el daño a la vida de relación. Para la esfera interna del individuo, se conserva el daño moral, en el que se preservan los lineamientos generales de la jurisprudencia, precisando el círculo de legitimados para reclamarlo, aspecto en el que se incorpora el concepto de estrecho vínculo afectivo, y la procedibilidad de la adopción de medidas simbólicas. Como aspecto novedoso se regulan algunos casos discutidos, en especial el estado de coma, el estado vegetativo, y la pérdida de feto.

4. La doctrina probable fijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida o víctima directa

El artículo 4 de Ley 169 de 1896, prescribe que “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina

probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-836 de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, en un fallo que no fue pacífico debido a que contó con aclaraciones y salvamentos de voto, declaró exequible el artículo 4 de Ley 169 de 1896,

...siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

En la interpretación y alcance constitucional del artículo 4 de Ley 169 de 1896, la mencionada sentencia de constitucionalidad argumentó lo siguiente:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular⁴¹.

Una de las normas constitucionales analizadas por el Tribunal Constitucional, fue el artículo 230 de la Constitución Política, el cual establece que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley; y la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Vale la pena enunciar que la Corte Constitucional razonó en tal sentido, indicando lo siguiente:

Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial...⁴²

Ante la vinculatoriedad del precedente de la Corte Suprema de Justicia, el legislador en el artículo 7 del Código General del Proceso⁴³, reglamentó el sistema de fuentes y el precedente horizontal y vertical, estableciendo que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley; además deberán tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; y cuando se aparten de la doctrina probable, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifiquen su decisión, proceder que también debe aplicar cuando cambie su criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. En concordancia con esta regla, el artículo 42 del referido Código, fija como uno de los deberes del juez sustentar las providencias teniendo en cuenta la doctrina probable.

Asimismo, el artículo 25 del mismo estatuto procesal establece que cuando se reclame la indemnización de daños extrapatrimoniales se tendrán en cuenta, para efectos de determinar la competencia por razón de la cuantía, los parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda. Por tanto, la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia constituye un precedente vinculante relativo⁴⁴ para las causas en las cuales se discuten el reconocimiento, y la indemnización del daño moral, en razón a que no hay norma explícita que determine la forma de cuantificar este daño, y este derecho jurisprudencial debe ser respetado por los jueces de instancia, quienes excepcionalmente pueden cambiar la decisión de la Corte, con un ejercicio de motivación suficiente y razonable⁴⁵.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ La sentencia C 621 de 2015 de la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 7 de la Ley 1564 de 2012. En la parte considerativa, el Tribunal Constitucional reiteró su posición respecto al valor vinculante de la jurisprudencia de las Altas Cortes tanto a nivel vertical como horizontal, precisando que las sub reglas decantadas sobre el valor de la figura de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, como en general, sobre la aplicación del precedente vertical y horizontal en los casos con hechos similares, son claras en aceptar que la jurisprudencia es una herramienta útil para lograr la coherencia del sistema jurídico nacional, perseguir el cumplimiento del principio de igualdad, y lograr la eficiencia del sistema judicial.

⁴⁴ López (2015) explica que en el sistema relativo de jurisprudencia, los jueces tienen el deber *prima facie* de respetar el precedente (incluyendo los argumentos y sentido de la decisión). Pero este deber no constituye un deber definitivo, pues en virtud del principio de autonomía judicial los jueces pueden separarse de la línea jurisprudencial ya fijada si exponen motivos suficientes y razonables para ello (p.85).

⁴⁵ La sentencia SC 5686-2018 del 19 de diciembre de 2018, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, consideró con fundamento en la sentencia C 836 de 2001, que los pronunciamientos de esa corporación en relación a la cuantificación del

El precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia que pretendo interpretar, serán las sentencias SC 13925-2016, SC 15996-2016, y SC9193-2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, providencias que fijan las reglas sobre el monto de la indemnización del daño moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida o víctima directa, y tasa la indemnización en la suma de \$60'000.000.

En este proceso académico, no me limitaré a tener en consideración únicamente los elementos conceptuales abstractos, sino que le daré importancia a los hechos relevantes del caso, y a la parte resolutive de la decisión judicial, enfocándome en el fenómeno del dolor, desde el concepto jurídico del daño moral. Lo anterior, para tratar de comprender la plenitud del texto jurisprudencial: hechos, consideraciones o argumentos, y decisión.

4.1. La sentencia SC 13925-2016

Ante un Juez Civil del Circuito, los padres, hijos y el esposo de Luz Deisy Román pretendieron que se declarara responsable a dos personas jurídicas que hacen parte del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, por la muerte de su familiar, a causa de la deficiente atención médica, quirúrgica y hospitalaria. Consecuencialmente, solicitaron la condena del pago de sumas de dinero por concepto de perjuicios patrimoniales, y morales.

En las sentencias de primera y segunda instancia, fueron negadas las pretensiones de la demanda, y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, casó la sentencia impugnada, al considerar que el Tribunal de segunda instancia erró en la valoración del conjunto probatorio. En consecuencia, la Corte en sede de instancia dictó un fallo de reemplazo, en el que resolvió declarar responsables a las entidades demandadas, y las condenó al pago de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

A la sentencia sustitutiva, pueden plantearse los siguientes problemas jurídicos asociados al perjuicio moral: i) ¿cuáles son los criterio jurídicos y fácticos, utilizados por la Sala de Casación Civil para reconocer y cuantificar el dolor que sufrieron los demandantes? y ii) ¿El padre de crianza de la persona fallecida, tiene derecho al pago de una indemnización por daño moral?

Considero que la respuesta a estos cuestionamientos, permite identificar la fuerza del precedente en relación a la tasación del monto de la indemnización del perjuicio moral reclamado por las víctimas indirectas. La sentencia analizada, hizo alusión al concepto del perjuicio moral y su prueba, elementos abstractos que permiten identificar los criterios jurídicos y fácticos para

daño moral constituyen un precedente judicial que “tiene un cierto carácter vinculante, para cuya separación es menester que el juez ofrezca razones suficientes de su distanciamiento”.

reconocer la existencia y cuantificar el dolor que sufrieron las víctimas indirectas. Al respecto, se indicó lo siguientes:

Dentro de esta clase de daños se encuentra el perjuicio moral, respecto del cual esta Corte tiene dicho que hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental⁴⁶.

Estas precisiones conceptuales ubican al daño moral como una experiencia subjetiva, íntima, y privada, incapaz de comunicarse, y cuyo conocimiento es indirecto. Por otra parte, la Corte se refirió a la cuantificación del perjuicio moral, argumentando lo siguiente:

Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.

Lo anterior, desde luego, «no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces» (CSJ, SC del 15 de abril de 1997). La razonabilidad de los funcionarios judiciales, por tanto, impide que la estimación del daño moral se convierta en una arbitrariedad.

Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador⁴⁷.

En esta cadena argumentativa, la Corte establece la regla o razón general para la cuantificación indemnizatoria del daño moral para las víctimas indirectas, pues con arreglo al concepto de

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (24 de agosto de 2016). Sentencia SC 13925-2016. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

⁴⁷ Ibid.

razonabilidad jurídica o judicial, y las circunstancias fácticas en las que se presentó el daño, establece la objetivación del juicio del dolor, y fija los siguientes criterios a partir de los cuales se valora la indemnización a percibir: i) características del daño, ii) su gravedad, e iii) intensidad en la persona que lo padece. Lo anterior, con la finalidad de evitar la arbitrariedad judicial. Adicionalmente, consideró que la forma de reparar el dolor sufrido es mediante una indemnización pecuniaria, que tiene una función compensatoria o satisfactoria.

Seguidamente, la Corte indicó frente al caso concreto que se trataba de la muerte de un ser querido, y en razón a las condiciones en que tuvo ocurrencia el fallecimiento, "...se presume que generó en sus padres, esposo e hijos un gran dolor, angustia, aflicción y desasosiego en grado sumo, pues ello es lo que muestra la experiencia en condiciones normales"⁴⁸. Además, fueron citados algunos testimonios que se refirieron a las consecuencias emocionales como el dolor, y la tristeza que sufrieron los familiares demandantes por la muerte de su ser querido, y se tuvieron en consideración las buenas relaciones familiares de la persona fallecida con sus padres, esposo e hijos, así como las afectaciones al núcleo familiar que generó la muerte.

En lo que tiene que ver con el padre de crianza de la víctima directa, la Corte apreció que éste asumió su rol paterno cuando Luz Deisy Román tenía 8 años de edad, hizo alusión al trato que le dio como "a una hija biológica", y valoró la prueba testimonial que dio cuenta de manera coincidente sobre "las buenas relaciones familiares, en su cercanía, ya que vivían en la misma casa, y en el dolor que le causó la muerte de su hija". En consecuencia, resolvió que el padre de crianza de la mujer fallecida tenía derecho al pago de una indemnización por daño moral, "debido a los lazos afectivos que lo unían a aquélla, cuyo rompimiento le causó grandes y profundos sufrimientos"⁴⁹.

En este orden de ideas, la Corte aplicó al caso concreto las precisiones conceptuales expuestas en la parte considerativa de la sentencia, pues recurrió a pruebas circunstanciales para acreditar el perjuicio moral subjetivo, infiriendo que en razón al vínculo familiar de las víctimas indirectas, y las condiciones en las cuales ocurrió el fallecimiento, se obtiene como premisa que éstos sufrieron dolor; además, valoró la prueba testimonial en tal sentido. Por tanto, los hechos relevantes del caso para reconocer el perjuicio moral por el dolor que padecen los familiares de las personas que fallece, incluyendo los padres de crianza, son los factores psicológicos, así como las afectaciones en el ámbito familiar y social, hechos de los cuales pueden dar cuenta los testigos, y a los que puede llegar mediante pruebas circunstanciales.

Ahora bien, para establecer el monto de la indemnización por concepto de daño moral, la Corte consideró:

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

Siguiendo las pautas reseñadas, se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de \$60'000.000 para cada uno de los padres; \$60'000.000 para el esposo; y \$60'000.000 para cada uno de los hijos.

El anterior monto se estima razonable, puesto que esta Sala, en circunstancias fácticas similares, ha condenado en el pasado al pago de \$53.000.000 (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533), y \$55.000.000 (SC del 9 de julio de 2012, Exp. 2002-101-01).

De manera que es apenas justificable que en cuatro años, el monto de los referidos perjuicios sufra un incremento o ajuste moderado. Al respecto nuestra jurisprudencia tiene establecido:

«Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea...» (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533)⁵⁰.

En la justificación concreta de la decisión sobre el valor pecuniario al que tienen derecho los demandantes por concepto de daño moral, la Corte dio un trato igualitario a todos los familiares reconociendo la misma suma de dinero, y tuvo en consideración dos precedentes por analogía, a partir de los cuales incrementó los valores reconocidos cuatro años antes, con la finalidad de fijar límites cuantitativos al daño indemnizable, que sirvan de referencia a los jueces civiles para el año 2016, sin que tal ajuste se entienda como una indexación⁵¹.

4.2. La sentencia SC 15996-2016

La parte demandante, integrada por la cónyuge y los hijos de Julio Enrique Cantillo Rueda, quien murió como consecuencia de una negligencia médica, pretende que se declarara civilmente responsables de todos los daños y perjuicios a dos personas jurídicas que integran el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, por la muerte de su ser querido, y consecuencialmente se reconociera el daño emergente, el lucro cesante, y “1000 salarios mínimos” para cada uno, por los perjuicios morales causados.

Las sentencias de primera y segunda instancia negaron las pretensiones, al considerar que la parte demandante no acreditó la culpa, ni el nexo causal, pues el tratamiento ofrecido al paciente fue

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

adecuado. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta casó la sentencia del Tribunal, al considerar que el fallo omitió evaluar la integridad de los medios probatorios, lo que le impidió ver la negligencia médica, y profirió una sentencia sustitutiva.

Para comprender el principio o la razón que constituye la base de la decisión específica de la Corte sobre el daño moral reclamado, resulta necesario plantar el problema jurídico que guía este capítulo: ¿cuáles son los criterios jurídicos y fácticos, utilizados por la Sala de Casación Civil para reconocer y cuantificar el dolor que sufrieron los demandantes?

Para responder esta pregunta, en la sentencia analizada se dio el siguiente sentido y significado al concepto de daño moral:

En cuanto concierne al «daño moral», al ser de la órbita subjetiva, íntima o interna de la persona, pero exteriorizado por el dolor, la aflicción, el decaimiento anímico, el pesar, la congoja, la angustia, la desolación, la sensación de impotencia u otros signos expresivos, su reconocimiento económico tiene una función, en esencia, satisfactoria y no reparatoria en toda su magnitud, pues si bien los medios de persuasión pueden demostrar su existencia, no lograrán comprender una dimensión patrimonial y menos exacta, frente a la lesión de quien la sufre.

Sin embargo, para su valoración se ha considerado apropiado dejarlo a cargo del fallador, conforme al arbitrio judicial ponderado, teniendo en cuenta las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, la situación o posición, tanto de la víctima, como de los perjudicados, el grado de cercanía entre la víctima y quienes buscan la reparación de esa lesión, la intensidad de ésta y los demás aspectos subjetivos antes señalados⁵².

Al igual que en la sentencia SC13925-2016, la Corte consideró que el perjuicio moral es una experiencia subjetiva, íntima, y privada, pero agrega que tal daño puede exteriorizarse, por ejemplo, a través del dolor, u otros signos expresivos de carácter psicológico. Asimismo, asume la tesis que la indemnización del daño moral tiene un carácter satisfactorio para la víctima resarcible pecuniariamente, y niega su reparación absoluta, al considerar que si bien los medios probatorios permiten demostrar la existencia del daño moral, tales pruebas no contienen información patrimonial “exacta” del daño recibido.

⁵² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (28 de septiembre de 2016). Sentencia SC 15996-2016. (Luis Alonso Rico Puerta). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

En otras palabras, la Corte entiende que los medios probatorios permiten demostrar la existencia del daño moral, pero no resultan útiles para examinar la cuantificación patrimonial del perjuicio, lo que justifica que el juez deba cuantificar económicamente a modo de satisfacción tal perjuicio, apelando al arbitrio judicial, escenario en el que el juez debe ponderar: i) las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos; ii) la situación o posición, tanto de la víctima, como de los perjudicados; iii) el grado de cercanía entre la víctima y quienes buscan la reparación de esa lesión; y iv) la intensidad del daño.

Seguidamente, la Corte citó la sentencia SC13925-2016 en lo que tiene que ver con el monto de la reparación de \$60.000.000 por concepto de perjuicio moral reconocido a los demandantes. Los anteriores lineamientos jurisprudenciales, dijo la Corte resultaban aplicables al caso concreto, en razón a que los testigos dieron cuenta del menoscabo moral experimentado por los demandantes, precisando que en el caso del cónyuge sobreviviente el intempestivo deceso de su esposo,

le produjo trastorno en su estado de ánimo, aflicción, desolación, angustia al quedar desprovista, no solo del afecto de su esposo, sino de su respaldo en todos los órdenes, pues además surgió para ella la responsabilidad de asumir íntegramente la obligación alimentaria, la formación, cuidado y sostenimiento de sus hijos y, en general, del hogar, situación generadora de angustia, pues hasta entonces, ese cometido venía siendo compartido con él⁵³.

En cuanto a la valoración del daño moral de los hijos, se dijo que estos se vieron "...privados, entre otros privilegios, del afecto, compañía, protección, formación, orientación, cuidados, representación académica, familiar y social en general, de su padre...". En consecuencia, se argumentó que con observancia de las pautas jurisprudenciales "se calculará esa variedad de perjuicio sufrido por los demandantes, en la suma de \$60.000.000, para cada uno".

Lo anterior, permiten visualizar que para cuantificar el perjuicio moral subjetivo reclamado por las víctimas indirectas la Corte acude al arbitrio judicial, y al tope máximo indemnizatorio fijado por su jurisprudencia. En lo que tiene que ver con el arbitrio judicial, se valoraron las circunstancias personales de la víctima, su grado de parentesco con los demandantes, la cercanía que había entre ellos, la forma en que tuvo lugar el deceso, para establecer la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada. Frente a la fijación de los límites cualitativos al daño indemnizable, la Corte recurre a la cita por analogía fáctica de su jurisprudencia como un precedente vinculante.

Al respecto, la Corte apreció la prueba testimonial para acreditar el daño moral de los demandantes. En relación al cónyuge, valoró la afectación emocional en razón a la pérdida de su esposo, además de la esfera psicológica, e hizo alusión a elementos externos, como el apoyo en los diferentes

⁵³ Ibid.

ámbitos de la vida matrimonial, y la responsabilidad que debía asumir la cónyuge sobreviviente en el hogar, circunstancias que para la Corte repercuten en la esfera interna de la persona generando “angustia”. Sobre los daños morales que genera en los hijos la muerte del padre, la Corte se refirió a las carencias en el ámbito subjetivo y externo, como lo afectivo, familiar, educativo, y social. Por tanto, la Corte en un plano de igualdad familiar, cuantificó el daño moral en \$60.000.000 para cada uno de los demandantes.

4.3. La sentencia SC9193-2017

Se trata de una demanda de responsabilidad médica en contra de una Entidad Prestadora de Salud, en la cual la parte actora se encuentra integrada por las víctimas indirectas: padres y abuelos, y por la víctima directa: el niño Juan Sebastián Sanabria Zambrano, quien sufrió el menoscabo de su salud, como consecuencia de la deficiente atención médica que recibió su madre en el trabajo de parto.

En los enunciados fácticos de la demanda se indicó que, Juan Sebastián Sanabria Zambrano sufrió daños al momento de su nacimiento que le generaron parálisis cerebral, minusvalía, y secuelas de tipo neurológico: “encefalopatía hipóxica isquémica, parálisis cerebral de tipo cuadriplejía espástica, retraso cognitivo, epilepsia de diferentes tipos, entre ellas síndrome de West, daños en la visión nivel central, dificultades para dormir y comer, apnea del sueño, etc.”. En relación al del daño moral de las víctimas indirectas, se afirmó: “Los padres del menor sufren una profunda aflicción, estados depresivos y dolor moral por ver a su primer hijo en estado cuadripléjico, quien estará privado para siempre del disfrute propio de una vida de relación interpersonal y social”⁵⁴.

Los demandados pretenden: i) se declare a la EPS civilmente responsable por los daños y perjuicios que sufrió Juan Sebastián Sanabria Zambrano con ocasión del menoscabo a la salud, y ii) consecuentemente, se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios por concepto de daño moral (1000 gramos oro). Cada uno de los padres y abuelos del menor solicitó la condena por daño moral, equivalente a 500 y 250 gramos oro, respectivamente.

En las sentencias de primera y segunda instancia, se negaron las pretensiones de la parte demandante, al considerar que no se encontraban demostrados los elementos de la responsabilidad civil. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, casó el fallo, actuó en sede de instancia, y profirió una sentencia sustituta en la cual resolvió, entre otras cosas, condenar a la parte demandada a pagar por daño moral a Juan Sebastián Sanabria Zambrano \$60.000.000, a sus padres \$60.000.000 para cada uno, y a sus abuelos \$30.000.000 para cada uno.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (29 de marzo de 2017). Sentencia SC SC9193-2017. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

La hoja de ruta que permite identificar los objetivos de la presente investigación, parte de la pregunta: ¿cuáles son los criterios jurídicos y fácticos, utilizados por la Sala de Casación Civil para reconocer y cuantificar el dolor que sufrieron las víctimas directas y las víctimas indirectas? cuya respuesta empieza por identificar las fuentes jurídicas, y el derecho en abstracto.

Sobre el particular, en las precisiones conceptuales acerca de la liquidación de perjuicios, la Corte explicó que el artículo 2341 del Código Civil se refiere a la obligación de reparar todos los daños que ocasiona la conducta del civilmente responsable, sean ellos de orden patrimonial o extrapatrimonial, norma que se encuentra en concordancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y que fue interpretada así:

...el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y equánime de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, de suerte que el damnificado retorne a una posición lo más parecida posible a aquella en la que habría estado de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso. De ahí que la reparación integral y equitativa signifique tanto la obligación legal de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes del lesionado, como la restricción de no sobrepasarlos, pues la indemnización no es en ningún caso fuente de enriquecimiento⁵⁵.

Continuando con la reparación integral de los perjuicios, la Corte hizo alusión a criterios que debe tener en consideración el juez al momento de tasar la condena en concreto, según su arbitrio judicial, y fundamentando su decisión en las reglas de la sana crítica. Al respecto, indicó que deben valorarse las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso, pues no es lo mismo indemnizar a la víctima del perjuicio, a sus familiares, o a un tercero; asimismo, el sentenciador debe apreciar la intensidad del detrimento, debido a que hay “lesiones muy graves, medianamente graves y poco graves”.

Frente a los perjuicios extrapatrimoniales, la Corte explicó, apoyándose en su jurisprudencia⁵⁶, que estos no solo se circunscriben al daño moral, en el cual se encuentran comprendidos los intereses relacionados con la aflicción, el dolor o la tristeza que un hecho dañoso produce en las víctimas, sino que también hacen parte de estos perjuicios el daño a la vida de relación, y la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional o convencional.

Además, desde conceptos de la “ciencia económica”, se adujo lo siguiente:

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (29 de marzo de 2017). Sentencia SC SC9193-2017. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias SC del 9 de diciembre de 2013. Ref.: 2002-00099-01, reiterada en las sentencias SC10297 del 5 de agosto de 2014 y SC13925 del 30 de septiembre de 2016.

La característica fundamental de esta clase de daños es que son económicamente inestimables, pues no corresponden a costos o gastos sufragados, ni a beneficios pecuniarios legítimamente esperados, aunque sí tienen un valor para su titular. Es decir que el criterio diferenciador frente a los daños patrimoniales proviene de la distinción conceptual que la ciencia económica ha establecido entre costo, precio y valor: el costo son los gastos de producción, conservación y comercialización de un bien o servicio; el precio es la estimación en dinero que los bienes materiales o servicios tienen en el mercado; mientras que el valor es la medida o estimación subjetiva que las personas otorgan a sus bienes materiales o inmateriales.

Por ello, el daño a la integridad psicofísica de la persona no puede confundirse con los gastos correspondientes a la atención en salud que debe recibir un paciente para la recuperación o mantenimiento de su vitalidad, pues estos últimos corresponden a un servicio que tiene un costo; mientras que la salud como bien superior no tiene precio sino valor, y la medida de compensación o satisfacción que se otorga es siempre simbólica (sea monetaria o de cualquier otra índole)⁵⁷.

En lo que tiene que ver con la tasación de los daños no patrimoniales, la Corte consideró que debe acudir al criterio de razonabilidad del juez, para determinar en cada caso concreto “si la medida simbólica compensatoria es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de sus bienes inmateriales e inestimables en dinero, como son su integridad psicofísica, su honra y buen nombre, su dignidad, su proyecto de vida, o sus sentimientos o afectos”.

La sentencia SC9193-2017, se encuentra en consonancia con las providencias SC 15996-2016 y SC 13925-2016, en las precisiones conceptuales abstractas de asociar el perjuicio moral y el dolor; en recurrir al arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral; y en la valoración del juez de las circunstancias fácticas en las que se presentó el daño moral, tales como su intensidad. Sobre el particular, se agregó una explicación económica de costo, precio y valor para diferenciar y caracterizar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales; el deber de fundamentar la decisión judicial a partir de las reglas de la sana crítica; y la interpretación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que reglamenta la valoración de daño. Además, cuando la Corte hace referencia a la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional o convencional, y al daño a la integridad psicofísica de la persona, parece hacer alusión al daño a la salud, pese a que tal daño no ha sido acogido por la jurisprudencia civil⁵⁸.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (29 de marzo de 2017). Sentencia SC SC9193-2017. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

⁵⁸ La sentencia del 18 de diciembre de 2012, proferida en el expediente N° 05266-31-03-001-2004-00172-01, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, aludió de manera expresa al daño a la salud para resolver el caso, posición que no fue pacífica al interior de la Corte, pues el Magistrado Arturo Solarte

Aunado a lo anterior, en los hechos relevantes del caso, surge la pregunta ¿Cuáles fueron los criterios fácticos, que tuvo en consideración la Corte, para reconocer y cuantificar el perjuicio moral -dolor- que sufrió Juan Sebastián Sanabria Zambrano, teniendo en consideración su parálisis cerebral y minusvalía desde el nacimiento? la respuesta del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en materia civil, fue la siguiente:

Teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones permanentes e irreparables sufridas por el menor, que ha generado en su núcleo familiar gran dolor, angustia, aflicción, preocupación y desasosiego en grado sumo, se tasarán los perjuicios morales en la suma de sesenta millones (\$60'000.000) para la víctima directa de este daño; lo mismo (\$60'000.000) para cada uno de sus padres; y treinta millones (\$30'000.000) para cada uno de los abuelos demandantes⁵⁹.

La respuesta ofrecida por la Corte, tuvo en consideración los hechos que dan cuenta de la gravedad de las lesiones en la salud sufridas por el niño Juan Sebastián Sanabria Zambrano, y las consecuencias que han tenido en el ámbito subjetivo de los familiares, incluyendo la experiencia dolorosa. La tasación del perjuicio moral, igualó en el tope máximo fijado por el precedente, a la víctima directa y a sus padres, mientras a los abuelos les concedió la mitad.

En este orden de ideas, para la Corte una persona tetrapléjica, y con parálisis cerebral desde el momento de su nacimiento, tiene derecho a la indemnización del daño moral. En el caso del niño Juan Sebastián Sanabria, se tuvo en consideración la gravedad de las lesiones en su salud, pues estas resultan permanentes e irreparables, y el dolor representado en el perjuicio moral subjetivo, se asoció como en los casos análogos precedentes, a la psicología de las víctimas indirecta, es decir, a factores subjetivos relacionados con el sentimiento o a su subjetividad, pero en el caso de Juan Sebastián Sanabria Zambrano, se hizo referencia a lo biológico, advirtiéndose una relación entre el daño moral y el daño a la salud, categorías que tienen un límite muy ambiguo desde la complejidad e integralidad del ser humano, pues consideró que la salud representa el conjunto de lo biológico y lo mental⁶⁰.

Rodríguez aclaró el voto considerando que eran innecesarias las referencias al daño a la salud, entre otras cosas, porque corresponde a una modalidad de daño que no ha sido desarrollada ni acogida por la jurisprudencia civil, a diferencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado que amparó el daño a la salud como el tipo de daño resarcible por las lesiones a la integridad psicofísica que las personas hayan padecido en virtud de la actividad del Estado.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (29 de marzo de 2017). Sentencia SC SC9193-2017. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

⁶⁰ La Ley 1616 de 2013, en su artículo 3 se refiere la salud mental de la siguiente manera: La salud mental se define como un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad.

En los casos de estado de coma y estado vegetativo, el proyecto legislativo 104 de 2020 proponía desde el derecho comparado, reconocer la indemnización del daño moral pero reducida en un cincuenta por ciento, habida cuenta de la incertidumbre que existe en torno a si las personas comatosas o en estado vegetativo, pueden percibir alguna clase de sufrimiento. El fundamento para tal decisión, era la equidad y la experiencia médica.

La sentencia SC3728-2021, con ponencia de la Magistrada Hilda González Neira, no integra la doctrina probable analizada, pero resolvió un caso análogo fácticamente al del niño Juan Sebastián Sanabria⁶¹, y aporta elementos relevantes para el objeto de la investigación.

Para efectos de reconocer la existencia y tasar la indemnización del daño moral de Juan Sebastián Sanabria, y sus familiares, la Corte profirió una sentencia sustitutiva⁶². Este fallo criticó que la condena de segunda instancia tasó el daño moral a los familiares, inobservando los valores prefijados por la Corte como límites resarcitorios, pues para el momento de proferirse la sentencia, tal suma ascendía a \$55.000.000 como monto máximo de indemnización del daño moral para eventos de fallecimiento de un ser querido cercano⁶³, valor que debió servir de “pauta para fijar una condena un poco menor”⁶⁴.

No obstante, la Corte no modificó la condena por concepto de daño moral a favor de los familiares, en razón al alcance del recurso de casación interpuesto por los demandantes, empero, llama la atención que se haya citado un precedente por el fallecimiento de un ser querido, como pauta de la condena por concepto de daño moral, circunstancia que no representa una analogía fáctica con el caso concreto.

Frente al desequilibrio en la condena de los padres, la Corte reconoció al padre la cantidad de \$150.000.000 por concepto de daño moral, esto es, la misma suma que se había reconocido a la

La Salud Mental es de interés y prioridad nacional para la República de Colombia, es un derecho fundamental, es tema prioritario de salud pública, es un bien de interés público y es componente esencial del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de colombianos y colombianas.

⁶¹ En la demanda, los padres en nombre propio, y en representación de su hijo, el niño Sebastián Álvarez García, solicitaron que se declarara a su contraparte civilmente responsable de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, ocasionados con las graves e irreversibles lesiones recibidas por el menor al nacer. En la sentencia de primera y segunda instancia, fue declarada responsable la EPS, y en relación al daño moral reclamado por Sebastián Álvarez García, el Tribunal que resolvió la segunda instancia negó el daño moral del niño, argumentando que al no detectarse inteligencia ni memoria, debido a su deficiencia cognitiva profunda y desorientación absoluta, debía concluirse que su situación “no le permite experimentar el dolor que los juristas llamamos daño moral” y por ello no es posible reconocer algo que no existe.

⁶² En la sentencia sustituitiva proferida por la Corte, se condenó a los demandados a pagar al padre del menor \$150.000.000 por concepto de daños morales, y \$150.000.000 por concepto de daño a la vida de relación; y pagar a la víctima directa \$60.000.000 por concepto de daños morales, y \$250.000.000 por concepto de daño a la vida de relación.

⁶³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 9 jul. 2012, rad. 2002-00101-01; CSJ SC 8 ago. 2013, rad. 2001-01402-01.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (29 de abril de 2021). SC3728-2021. (Hilda González Neira).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

madre. Sobre el particular, se precisó que ello no constituye, ni puede interpretarse “como una modificación de la doctrina probable de esta colegiatura en relación con los topos o límites de las condenas al pago de perjuicios extrapatrimoniales que, se reitera, debe ser respetada y acatada por los juzgadores de las instancias”.

Lo anterior, evidencia que la Corte aplicó la igualdad de derechos de los progenitores, a los que se hizo alusión anteriormente, además, en razón a la congruencia de la sentencia de casación la Corte encontró limitada su competencia para modificar el monto de la condena a favor de los padres, pues el tema no fue objeto del recurso.

De otra parte, frente al daño moral inferido a Sebastián Álvarez García, la Corte consideró lo siguiente:

...las considerables afectaciones corporales y psíquicas que le sobrevinieron como consecuencia de esa reprochable conducta, la magnitud del anotado detrimento que se materializó junto con los demás perjuicios desde el inicio de sus días, debe guardar adecuada proporción con la intensidad de la ofensa y el impacto que innegablemente va a reportar en su porvenir.

En razón de lo preanotado, considera la Sala que, en este caso, debe justipreciarse el agravio en un importe igual al tope máximo definido previamente en casos de análogas características.

Bajo ese marco, la valuación efectuada en asuntos donde se ha pretendido la reparación del perjuicio moral, en favor de un menor de edad que recibió daño a la salud al nacer, derivado de la deficiente atención especializada que se imponía brindársele en ese momento, se ha establecido en \$60'000.000,00⁶⁵, la cual se corresponde con el límite reconocido en esta sede como reparación del mencionado concepto⁶⁶.

En las sentencias SC9193-2017 y SC3728-2021 la Corte analizó fácticamente los daños morales sufridos por Juan Sebastián Sanabria Zambrano y Sebastián Álvarez García, respectivamente, aludiendo al daño a la salud de ambos niños, pero en el segundo caso profundizó en los conceptos jurídicos que justifican el reconocimiento del daño moral a una persona con ausencia de ciertas funciones cerebrales, tales como la dignidad humana, y el trato igualitario ante la ley; el principio

⁶⁵ Doctrina probable expresada en los pronunciamientos SC9193, 28 jun.2017, rad. 2011-00108-01 y SC562, 27 feb. 2020, rad. 2012-00279-01.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencias CSJ SC13925-2016, CSJ SC15996-2016, CSJ SC9193-2017, CSJ SC665-2019 y CSJ SC562-2020. Aunque el monto se incrementó a \$72'000.000, en la sentencia SC5686-2018, esto obedeció a la gravedad de la tragedia y de sus consecuencias para los damnificados, por los hechos ocurridos el 18 de octubre de 1998 en la población de Machuca (Antioquia), con ocasión de la explosión de miles de barriles de petróleo derramados en el río Pocune, evento que dejó cientos de personas fallecidas y algunos lesionados.

de reparación integral; la presunción que caracteriza este tipo de daño; y que su configuración ocurre *in re ipsa*, es decir, por las circunstancias del hecho y la condición del afectado.

Aramburo (2021) analizó la sentencia SC3728-2021, y adujo que esta representaba un hito para la reparación del daño moral, y en relación a su cuantificación consideró que la Corte recurrió a criterios que hacen intuir una cierta objetivación del juicio, tales como las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos, situación de la víctima, intensidad de la lesión, etc., pese a los cuales lo determinante serían los “criterios de equidad, reparación integral y razonabilidad”. Al respecto, consideró que la compatibilidad entre la objetivación factible y la cuantificación en equidad resolvería muchos problemas en la dispar cuantificación del daño a la persona, y al aplicar tal posición jurídica, la Corte resolvió que la ausencia de ciertas funciones cerebrales no elimina la indemnizabilidad del daño moral, porque la mengua severa de conciencia, inteligencia, memoria y demás capacidades cognitivas de una persona no excluye la compensación del menoscabo moral.

Este autor, planteó que la problemática entre la agencia moral de la víctima y la indemnizabilidad del daño moral, expuesto por la Corte quizás implica superar un escollo, pues si se considera que es un problema de prueba del daño, entonces la presunción opera como un sucedáneo: ante la ausencia de prueba del sufrimiento, lo presumimos. Pero si se le concibe como una cuestión conceptual, el camino es diferente, pues con el daño moral no se indemniza el sufrimiento que, como actividad cerebral no existiría, lo que obligaría a examinar cuestiones profundas en la filosofía de la mente (Aramburo, 2021).

Finalmente, Aramburo (2021) opina que en una cuestión de relevancia práctica la Corte consideró la tasación del daño moral realizado en casación, como un verdadero tope con efectos normativos en los términos de doctrina probable, la cual no puede ser desconocida por los jueces de instancia. En tal sentido, se cuestiona la razón por la cual, más allá del respeto a la terminología de la Ley 169 de 1896, la Corte se niega a utilizar el concepto de “precedente”.

Además, la sentencia SC3728-2021 resulta ilustrativa para indicar que, en la categoría de daño extrapatrimonial y su cuantificación, tanto el daño moral, como el daño a la vida de relación, se pueden configurar por lesiones corporales, y ello puede conllevar a una indemnización por el dolor causado en diferentes esferas de la vida de la víctima, pues como lo explica la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema en la citada sentencia; la vida de relación y la entidad moral del individuo, están dotados de plena independencia ontológica y resarcitoria.

La jurisprudencia de la Sala Civil, en el año 2008, se ocupó de la figura del daño a la vida de relación, acogiendo su completa independencia frente al daño moral, al precisar que correspondía a una afectación de la esfera exterior de la persona, y por ello diferenciable de aquél. En tal sentido, se explicó que esta subclase de daño extrapatrimonial, puede evidenciarse el deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las

personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas, que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad⁶⁷.

En lo que tiene que ver con las características del daño a la vida de relación, i) su naturaleza es no patrimonial, al versar sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible, porque no es posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad; ii) su origen es diverso, en razón a que pueden derivar de lesiones de tipo físico, corporal o psíquico o de la perturbación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales; iii) su extensión a terceros diferentes del perjudicado directo, quienes de acuerdo con las circunstancias de cada hecho lesivo, pueden verse afectados, como por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos; y iv) la indemnización se encamina a suavizar, en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo⁶⁸.

En lo que tiene que ver con la valoración del daño a la vida de relación, la Corte ha indicado que está deferida al prudente arbitrio del juzgador, quien debe tomar en consideración las circunstancias del suceso y de los damnificados, ello con la finalidad de evitar caprichosas estimaciones excesivas o irrisorias que desdibujen el instituto de la responsabilidad civil, el cual, no es fuente de enriquecimiento, resultando necesario reparar las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, y la duración del perjuicio⁶⁹. Por tanto, el juez debe ponderar la plataforma fáctico-probatoria que le permita ver la realidad ontológica del daño y su grado de afección de la persona involucrada⁷⁰; y cuando la condena por este rubro, se imposibilita en ausencia de certeza sobre su causación, en ciertos casos este es constitutivo de un hecho notorio, en razón a que resulta excesivo requerir prueba para tener por demostrado el daño, porque esta se satisface aplicando las reglas de la experiencia y el sentido común⁷¹.

4.4. Síntesis y reflexión final de la doctrina probable fijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 13 may. 2008, rad. 1997-09327-01

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencias CSJ SC 20 ene. 2009, rad. 1993-00215-01; CSJ SC 9 dic. 2013, rad. 2002-00099-01; CSJ SC5050, 28 abr. 2014, rad. 2009-00201-01; CSJ SC5885, 6 may. 2016, rad. 2004-00032-01.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5885, 6 may. 2016, rad. 2004-00032-01.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC22036, 19 dic. 2017, rad. 2009-00014-01.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4803, 12 nov. 2019, rad. 2009-00114-01.

En términos de González (2011), la síntesis es la cosa creada que proviene de una cadena de estructura de sentidos que se reconoce, se reconstruye, y se crea sobre algo ya dicho (p. 127). En este orden de ideas, siguiendo la senda de Taruffo (2020) que transcurre en la posición ideológica legal-racional de la decisión judicial justa, como fin del proceso, resulta pertinente interpretar la doctrina probable fijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida o víctima directa, a la luz de los criterios de justicia de la decisión propuestos por el profesor italiano:

i) El criterio de la elección e interpretación de la norma general aplicable a los casos en los cuales el juez civil debe determinar el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida. Debe precisarse que en la mencionada doctrina probable, la decisión de derecho de la Corte no tiene un fundamento legal, sino la elección de una argumentación jurisprudencial para resolver la cuestión de derecho relacionada con el dolor en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual.

ii) El criterio de la comprobación confiable de los hechos relevantes, para los casos en los cuales el juez civil debe determinar el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida. Al respecto, Taruffo considera que ninguna decisión puede considerarse justa, si se funda sobre hechos equivocados, es decir, sobre una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias en las que se basa la controversia.

iii) En lo que tiene que ver con el criterio de un buen procedimiento para preparar de la mejor manera la decisión final, tal tópico desborda el alcance y objetivo de mi trabajo investigativo, debido a que ello implicaría examinar si el procedimiento aplicado en el trámite de primera, segunda instancia, y casación fue válido y justo para alcanzar la decisión⁷² contenida en las sentencias SC 13925-2016, SC 15996-2016, y SC9193-2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

El criterio de la elección e interpretación de la norma general aplicable a los casos en los cuales el juez debe establecer el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida

En este contexto, en la jurisprudencia que integra la referida doctrina probable se advierte que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia optó por determinar que el fenómeno doloroso de las víctimas indirectas se encuentra incorporado en el concepto jurídico de daño moral,

⁷² En tal sentido, se advierte relevante la investigación: Reforma Judicial y Código General del Proceso: Las Tensiones Ideológicas del Modelo de Proceso Civil (Macías, 2018).

el cual: i) recae en la esfera subjetiva y afectiva del individuo; ii) es un daño inconmensurable e inestimable económicamente, pero debe repararse mediante una indemnización que tiene una función compensatoria, en otras ocasiones, la doctrina de la Corte se ha inclinado por reconocer que el daño moral debe procurar mitigar el dolor a modo de resarcimiento económico y por ende debe probarse y cuantificarse; iii) para las autoridades judiciales de grado inferior, resulta vinculante el precedente de la Corte sobre los techos o límites máximos indemnizatorios referentes al perjuicio moral⁷³.

Identificados los criterios conceptuales que, según la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, deben regir en las controversias civiles en las cuales el juez debe determinar y cuantificar el daño moral, y por ende el dolor de las víctimas indirectas, procede examinar estas normas gradualmente, o en palabras de Taruffo, pensando en términos de “más o menos justo” en una escala delimitada en un extremo por la injusticia y por el otro extremo por el grado relativamente máximo de justicia.

Para empezar, la afirmación jurisprudencial que el daño moral (dolor sufrido) recae en la esfera subjetiva y afectiva del individuo, se fundamenta en la influencia de la doctrina francesa, pero no en estudios científicos en la materia, *verbi gratia*, la definición del dolor elaborada por la Asociación Internacional para el Estudio del Dolor- IASP-. En relación a lo anterior, al plantear el daño moral como algo inconmensurable, la Corte niega que la ciencia permea casi cualquier aspecto de la vida moderna, incluyendo el jurídico, tal y como lo plantea Haack (2020), pese a que en el fallo fundacional del daño moral en materia civil, de comienzos del siglo XX la Corte Suprema de Justicia recurrió a peritos para determinar la cuantificación del daño moral (dolor sufrido).

En tal sentido, surgen los siguientes interrogantes: ¿en los casos en los cuales se reclama el daño moral, la ciencia no está bien preparada para suministrar elementos objetivos de juicio? ¿las concepciones jurídicas de la Corte de ubicar al daño moral como una experiencia subjetiva, íntima, y privada, incapaz de comunicarse, tiene correspondencia con la concepción científica del dolor

⁷³ Además del precedente vinculante analizado en la investigación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha fijado dos precedentes vinculantes en materia de daño moral y su tasación. El primero, corresponde a la tarea de estimar pecuniariamente el daño moral acudiendo a los criterios orientadores de la jurisprudencia. Las decisiones uniformes en tal sentido, son las sentencias: SC del 18 de septiembre de 2009, radicado 2005-00406-01; SC del 8 de agosto de 2013, radicado 2001-01402-01; SC 5885-2016, SC 12994-2016, y SC3728-2021. La segunda regla jurisprudencial, se refiere a los asuntos donde se ha pretendido la reparación del perjuicio moral en favor de un menor de edad que, ha recibido daño a la salud al nacer derivado de la deficiente atención médica, estableciendo como límite por concepto de perjuicio moral, en estos casos, la suma de \$60.000.000. Las sentencias uniformes en tal sentido, son: SC 13925-2016, SC9193-2017, y SC 665-2019, y SC 3728-2021.

Asimismo, la Corte profirió una providencia insular, la sentencia SC5686-2018, que incrementó el monto de perjuicios morales a \$72.000.000, en razón a la gravedad del caso y las consecuencias para las víctimas, pues se trata de los hechos ocurridos el 18 de octubre de 1998 en la población de Machuca (Antioquia), con ocasión de la explosión de miles de barriles de petróleo derramados en el río Pocuné, evento que dejó cientos de personas fallecidas y algunos lesionados.

como una experiencia personal influenciada en diferentes grados por factores biológicos, psicológicos y sociales? ¿la medicina especializada en traumatología, los neurocientíficos, los psiquiatras y psicólogos pueden aportar a los abogados parámetros más objetivos que, permitan un mayor grado de control sobre la graduación de las indemnizaciones por el dolor sufrido reclamado por las víctimas ante un juez civil?

De otro lado, en lo que tiene que ver la respuesta jurídica al dolor injustamente causado y correlativamente sufrido (daño moral) por las víctimas indirectas, la Corte ha planteado que tal daño es inestimable económicamente, pero debe repararse mediante una indemnización que tiene una función compensatoria, aunque también hace alusión al carácter reparador de la responsabilidad civil que, debe procurar mitigar el dolor a modo de resarcimiento económico, sin tener la pretensión de ponerla en el estado en que se encontraba, tesis asumida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia SC 5686 del 19 de diciembre de 2018.

Al respecto, Papayannis (2018) considera que en estos casos resulta más acertado utilizar el concepto de compensación, el cual se orienta al futuro, y refiere a aquello que es irremediable, mientras la reparación pretende enmendar el pasado, acercar a la víctima tanto como sea posible a la situación anterior al ilícito extracontractual. Para este autor, la anterior distinción conceptual permite comprender los métodos de cuantificación, pues para el daño irreparable la mejor solución es contar con un baremo legislativo que funcione como mediador entre las pretensiones de las partes, y aporte previsibilidad, seguridad jurídica, sustentabilidad al sistema, eficiencia, igualdad entre víctimas, y sea funcional a la justicia correctiva o interpersonal, estableciendo reglas de juego neutrales a los intereses concretos de las víctimas y los agentes dañadores.

Además, como lo plantea la Corte, resulta cierto que el dolor sufrido no se puede cuantificar económicamente, pues este resulta evaluable en razón a su intensidad (agudo, crónico), pero no en su magnitud, razón por la cual no puede establecerse una métrica entre dolor y dinero, pues el primero es un mal intrínseco, y el dinero un bien instrumental, que no es algo valioso en sí mismo, sino que su valor reposa sobre lo que podemos hacer con él, y el efecto diferente que la moneda corriente tiene para cada individuo (Papayannis, 2018).

Sobre el particular, desde la función compensatoria de la indemnización en dinero para el dolor causado a las víctimas por la muerte de familiares, a diferencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no se ha referido a las medidas no pecuniarias o simbólicas en estos casos. En términos de Vargas (2020), estas medidas no tienen un sentido necesariamente reparador, sino de reconocimiento, al transmitir un mensaje claro de respeto hacia la víctima, y no resultan excluyentes con una indemnización en dinero. Asimismo, el acercamiento del derecho privado a la llamada justicia restaurativa que, propone una salida del conflicto entre las partes que genere una mutua comprensión o reconciliación entre ellas, reconociendo a la víctima, dentro de un ámbito comunitario, pone de presente: i) el dolor como

una experiencia personal; ii) el respeto de la persona que manifiesta una experiencia dolorosa; iii) los efectos adversos del dolor sobre la funcionalidad, el bienestar social y psicológico; y iv) que una de las maneras para expresar dolor es por la descripción verbal, elementos, todos estos a los que hace alusión la IASP en su definición de dolor.

En lo que respecta al precedente vinculante de la Corte sobre los techos o límites máximos indemnizatorios referentes al perjuicio moral (dolor sufrido), en la exposición de motivos del Proyecto Legislativo 104 de 2020, se explicó que la ausencia de un sistema coherente y consistente de indemnización de los daños a la persona trastocan valores generales de la subsistencia de una sociedad, como son, por ejemplo, la paz, la justicia y la equidad. En relación, al sistema basado en reglas exclusivamente jurisprudenciales relativamente vinculantes, tal proyecto planteó tres problemas:

i) Mientras no se acompañe de un adecuado programa de pedagogía judicial con una cobertura generalizada, no mitigará las distorsiones en la primera y la segunda instancia. El costo de un programa de este tipo, en contraste con su efectividad, le resta, sin embargo, ventajas frente al alcance general que supone la implementación de una Ley.

ii) El control de los órganos de cierre es muy restringido por las barreras jurídicas y prácticas para acceder al recurso extraordinario de casación.

iii) La inexistencia de una regulación de origen legal relega todo el conjunto normativo al vaivén jurisprudencial, lo que le resta certidumbre a las reglas y complejiza los costos asociados con la aplicación de las normas en el Derecho nacional.

iv) En razón a la discrecionalidad para la cuantificación de los rubros, los jueces de instancia reconocen diferentes cuantías para el mismo perjuicio según el lugar del territorio en el que se demande. Lo anterior, genera como consecuencias a) problemas de igualdad para las víctimas, quienes podrán obtener mayores o menores indemnizaciones según la jurisdicción específica en la cual demanden, de acuerdo con las normas de competencia; y b) incentivos perversos y problemas de consistencia al interior del sistema.

Además, en el mencionado proyecto legislativo, se recurrió al derecho comparado de algunos ordenamientos europeos, relacionados con el perjuicio extrapatrimonial, y los rubros que se reconocen por la hipótesis de muerte, tal y como se ilustra la tabla a continuación:

Alemania	Inglaterra	Francia	España
-----------------	-------------------	----------------	---------------

Solo se indemniza el daño moral en la medida en que la aflicción pueda ser calificada como una enfermedad médicamente constatable.	La cuantía es muy limitada: una suma única de 11.800 libras esterlinas que debe repartirse entre los afectados. En todo caso, es un modelo menos limitado que el alemán.	Desarrolla una noción amplia. El perjuicio moral de los supervivientes constituye el <i>préjudice d'affection</i> , que es indemnizado con sumas amplias. Además, hay cierta discrecionalidad en el análisis de variables como la cercanía o la gravedad del hecho.	Se reconocen partidas según el sistema vinculante del baremo, al menos para accidentes de circulación. Se modifican las sumas de acuerdo con los factores de corrección (tablas I y II del baremo).
--	--	---	---

La interpretación que se le dio a esta información fue que, existen múltiples enfoques para abordar el problema: desde las ópticas más restrictivas, como sucede con el caso alemán, hasta las más ensanchadas, como se ha dado en el ordenamiento francés, ubicando a Colombia como un país con una posición restrictiva.

En este contexto, considero que la interpretación de la doctrina probable fijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida, si bien se advierte válida y legítima, se encuentra más cerca del extremo de la injusticia, por las siguientes razones:

i) Siguiendo a Koteich (2017), y su exposición del modelo del derecho francés de clasificación de los perjuicios derivados del daño corporal sufrido por el lesionado, se encuentran los sufrimientos físicos y/o morales para las víctimas, que surgen como producto de la gravedad de las lesiones, los cuales deben ser reconocidos por el juez a título del precio del dolor. En razón a su carácter subjetivo, inicialmente podría pensarse que no es posible aplicar ningún método de valoración, sin embargo, algún sector de la doctrina, como Viney y Jourdain sostienen que el carácter subjetivo del daño moral, no tendría por qué ser obstáculo para la posible aplicación de un método de valoración abstracto y objetivo (p. 79).

Sobre el particular, se indica que deben tenerse presente dos elementos: la intensidad y la duración del padecimiento. Sobre el primero, esto es, en el establecimiento del grado o gravedad del sufrimiento, los médicos generalmente emplean el llamado baremo Thierry, que contiene los calificativos: muy ligero, ligero, moderado, medio, medianamente importante, importante y muy importante, el cual tiene una naturaleza indicativa, impone adicionalmente al médico la necesidad

de describir en cada caso el dolor, el número y la importancia de las lesiones sufridas, la naturaleza de las lesiones iniciales; considerar los cambios de yeso, los traslados y desplazamientos dolorosos; los percances derivados de la inmovilización; pequeñas heridas, ulceraciones, etc.; el número y duración de las estancias hospitalarias; la naturaleza de los análisis complementarios; la naturaleza y la duración de la rehabilitación; y en general, debe brindar todas las indicaciones necesarias para ilustrar al juez sobre la naturaleza, intensidad y duración de los sufrimientos padecidos por la víctima (Koteich, 2017, p. 79-80).

Agotada la primera etapa, subsigue la tarea exclusiva del juez; determinar el precio del dolor, y si bien no cuenta con baremo, los montos concedidos para el año 2003 oscilaban entre 600 euros para los sufrimientos muy ligeros, hasta 3000 euros para los sufrimientos muy importantes (Koteich, 2017, p. 80).

Con relación a lo anterior, considero que la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, podría trabajar de manera mancomunada con la medicina y otras ciencias, para efectos de valorar el daño extrapatrimonial a la persona, y contar con parámetros más objetivos, que aunque lejos de ser infalibles, permiten un mayor grado de control sobre la motivación de las sentencias, en lo que tiene que ver con la existencia del dolor sufrido por las víctimas, y la graduación de las indemnizaciones por este daño.

ii) Desde la función compensatoria de la indemnización en dinero para el dolor causado a las víctimas por la muerte de familiares, a diferencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no se ha referido a las medidas no pecuniarias o simbólicas en estos casos, manteniendo al derecho privado alejado de la justicia restaurativa que, propone una salida del conflicto entre las partes que genere una mutua comprensión o reconciliación entre ellas, reconociendo a la víctima, dentro de un ámbito comunitario.

iii) Ante el vacío legislativo en la materia, las reglas jurisprudenciales vinculantes plantean problemáticas que atentan contra valores esenciales del Estado social de derecho como la paz, la justicia, la igualdad, y la equidad, pues al interior de la jurisdicción existen disparidad de criterios sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida.

iv) Al revisar el derecho comparado sobre los rubros que se reconocen por la hipótesis de muerte, algún sector de la doctrina nacional que se ha encargado de estudiar la materia, y la exposición de motivos del Proyecto Legislativo 104 de 2020, consideró que el ordenamiento jurídico colombiano requiere actualizar y establecer parámetros que permitan a la administración de justicia contar con una herramienta unificadora de los criterios para el reconocimiento, y la tasación de los daños en la persona, vacío legislativo que como indica el citado proyecto legislativo ubica al país en el siglo II de la indemnización de los daños a la persona.

El criterio de la comprobación confiable de los hechos relevantes para los casos en los cuales el juez debe determinar el monto de la indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida

En términos fácticos, la jurisprudencia estudiada considera que para determinar la existencia y cuantificación del daño moral, el juez debe recurrir a su razonabilidad o arbitrio judicial, y analizar la acción; el material probatorio; el alcance real del perjuicio; el marco fáctico de circunstancias, las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos; la situación o posición de la víctima y de los perjudicados; la intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre, y los demás factores que permitan dilucidar el alcance del perjuicio.

Además, para la demostración del daño moral, la Corte ha indicado que resultaba admisible presumir la existencia del sufrimiento espiritual y aflicción, precisando en tal sentido que, en este tipo de perjuicios las máximas de la experiencia, el sentido común y las presunciones simples o judiciales que brotan de la situación de hecho, pues no hay prueba certera y directa que permita medir el dolor. Por tanto, para determinar la existencia, el grado el dolor inherente a la persona de la víctima, como consecuencia del hecho lesivo, el juez debe atender a esas particularidades del caso.

Para Taruffo (2020), ninguna decisión puede considerarse justa si se funda sobre hechos equivocados, es decir, sobre una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias en las que se basa la controversia. Para este autor, la comprobación confiable de los hechos relevantes para el caso, deben analizarse el grado de veracidad o de credibilidad de la versión de los hechos que adopta el juez como base de la decisión, esto depende del método probatorio empleado, de la amplitud y credibilidad del material probatorio disponible, y de otros factores inherentes a la valoración de las pruebas que constituyen la base para el juicio de hecho, el cual nunca es explicativo en términos absolutos de verdadero o falso, sino en términos de mayor o menor “grado de confirmación” que las pruebas allegadas atribuyen a cada hipótesis de hecho.

En este orden de ideas, la Corte recurrió a criterios objetivos para establecer la existencia y cuantificación del daño moral, pues indica que el juez civil debe acudir a su razonabilidad analizando el material probatorio; el alcance real del perjuicio; el marco fáctico de circunstancias, las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos; la situación o posición de la víctima y de los perjudicados; la intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre, y los demás factores que permitan dilucidar el alcance del perjuicio.

Por tanto, esta dimensión epistémica de la jurisprudencia, se fundamenta en la objetivación factible, comprobación de los hechos que de manera abstracta se identifica con una concepción racionalista de la valoración de las pruebas, a la que se vincula el ordenamiento procesal colombiano en el artículo 136 del Código General del Proceso.

No obstante, la jurisprudencia también hace referencia a que el juez debe recurrir a pruebas circunstanciales, ante la ausencia de prueba certera y directa que permita medir el dolor, así como a las máximas de la experiencia, y el sentido común. Al respecto, opino que esta posición jurisprudencial de recurrir a nociones extrajurídicas para justificar las sentencias frente al daño moral, descarta el uso de pruebas científicas para tales efectos, surgiendo el problema de la utilización correcta de estas pruebas circunstanciales, lo que exige, como dice Taruffo (2020), autocrítica y disponibilidad por parte del juez a controlar su fundamento cognoscitivo, a través de un conjunto de criterios racionales que logren reducir los peligros de uso indebido o malentendidos en las decisiones, limitándose de esta manera la discrecionalidad del juzgador.

En este aspecto, surge la problemática de los medios de prueba, esto es, la fuente de información útil para establecer la verdad o falsedad de los enunciados fácticos relacionados con el dolor de las víctimas, y en tal sentido Picó i Junoy (2013), considera que la prueba pericial, resulta la más relevante debido que la intensidad del dolor pueden estudiarse científicamente, a través de i) la *visual analogue scale* (VAS) que determina la escala del dolor a través de la entrevista personal al paciente, que puede ser efectuada por un especialista en anestesiología y reanimación; ii) de dictámenes emitidos por radiólogos, neurólogos o neurocirujanos que interpreten las imágenes computarizadas atendiendo los avances de la neurociencia; o iii) del dictamen pericial emitido por psicólogo puede ser útil para analizar la evolución de la conducta de la persona afectada por el dolor.

Además, este autor considera que la prueba documental, consistente en la historia clínica de la persona afectada por el dolor, puede dar cuenta de los episodios dolorosos y su intensidad; y que el interrogatorio de persona que sufrió dolor, permite poner el contacto directo del juez con la declaración personal de quien alega la existencia del dolor. Aunado a lo anterior, el interrogatorio de testigos, pueden ser utilizadas por el juez para formar su enjuiciamiento de los hechos a partir de las explicaciones que pueden efectuar los testigos sobre conductas, actitudes o manifestaciones de la persona aquejada por el dolor; y el reconocimiento judicial de la persona afectada, asistido o no el juez por un médico forense, puede ayudar a tener un mayor número de elementos de juicio.

Finalmente, expone Picó i Junoy (2013) que las presunciones pueden ser muy valiosas, especialmente para detectar actitudes o conductas mendaces o que falseen la realidad, a lo que puede agregarse que tales presunciones también pueden dar cuenta de conductas positivas relacionadas con el dolor, tal y como lo expone la jurisprudencia analizada, pues en los casos en los cuales el juez debe determinar la existencia del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida, este se presume, empero, en los casos más difíciles como el estado de coma, el estado vegetativo y la pérdida de feto, en los cuales se reclama el daño moral (dolor sufrido), las pruebas circunstanciales enfrentan más dificultades epistémicas.

En relación a lo anterior, en los procesos SC 13925-2016, SC 15996-2016 y SC9193-2017 la Corte profirió sentencias sustitutivas en sede de segunda instancia, y en las dos primeras, además de las pruebas circunstanciales para acreditar el perjuicio moral subjetivo, infiriendo que, en razón al vínculo familiar de las víctimas indirectas, y las condiciones en las cuales ocurrió el fallecimiento, se obtiene como premisa que éstos sufrieron dolor; valoró la prueba testimonial en tal sentido. Asimismo, en la sentencia SC9193-2017, los criterios fácticos que tuvo en consideración la Corte para reconocer y cuantificar el perjuicio moral -dolor- que sufrió Juan Sebastián Sanabria Zambrano, y sus familiares, fueron la gravedad de las lesiones en la salud sufridas por la víctima directa, valoración probatoria que encontraba justificación en la historia clínica.

No obstante, en ninguna de las tres sentencias, la Corte recurrió a sus poderes de instrucción para decretar una prueba de oficio pericial que permitiera una comprobación más completa de los hechos de la causa, decisión que encontraba justificación en criterios de relevancia y admisibilidad, pues como lo advierte Picó i Junoy (2013) la intensidad del dolor puede estudiarse científicamente. Asimismo, pese a que en su reiterada jurisprudencia, la Corte hace referencia a la subjetividad del fenómeno doloroso, no valoró o decretó como prueba oficiosa el interrogatorio de las víctimas indirectas que sufrieron el dolor, medio probatorio que resulta útil, si se tiene en consideración que: i) una de las maneras para expresar dolor es por la descripción verbal; ii) el artículo 191 del Código General del Proceso permite valorar la simple declaración de parte de acuerdo a las reglas generales de apreciación de las pruebas; y iii) escuchar en sede judicial a una persona que manifiesta una experiencia dolorosa, es una muestra de respeto por parte del Estado con la víctima, claro está dentro de los límites de la victimización secundaria o revictimización; asimismo, este medio probatorio devela la importancia del interés por encontrar la verdad sobre los hechos dolorosos, problemática que tiene correspondencia con la decisión correcta y justa, la cual no puede basarse en hechos determinados erróneamente.

En este contexto, considero que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la adopción de la decisión final de los casos de la doctrina probable analizada, no tuvo en consideración todos los medios de prueba relevantes para efectos de determinar la verdad o falsedad de los enunciados fácticos relacionados con la intensidad del dolor de las víctimas indirectas, pues utilizó la prueba documental, los testimonios y las inferencias, pero no el aporte científico, ni la voz de las víctimas, medios de prueba que brindan información y sirven para comprobar el hecho en cuestión, y la posterior cuantificación del daño. Lo anterior, repercute en la valoración de la prueba, debido a que no se tomaron en consideración medios probatorios que ofrecían información fiable para decidir sobre los hechos en litigio.

Por tanto, poniendo en una escala de valores el criterio de la comprobación confiable de los hechos dolorosos de las víctimas indirectas en los casos de la doctrina probable analizada, advierto que el grado de confirmación de las pruebas allegadas es menor, lo que conlleva a pensar en términos de menos justo, pues como se indicó en precedencia el grado de credibilidad de la versión de los

hechos adoptados por la Corte como base de la decisión dejó por fuera medios probatorios útiles, lo que repercute en la determinación de los valores probatorios, y en la garantía de la motivación de la sentencia.

En conclusión, al aplicar los criterios teóricos de justicia, expuestos por Taruffo (2020), de corrección de la elección e interpretación de la norma general; y de comprobación confiable de los hechos relevantes para los casos de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, opino que las decisiones tomadas en las sentencias SC 13925-2016, SC 15996-2016 y SC9193-2017 no son justas, pues por las razones expuestas en precedencia, estos dos valores se ubican en unos niveles mínimos de aceptabilidad. En este sentido, el profesor italiano explicaba que para aplicación de los criterios de justicia, debe excluirse toda forma de compensación entre ellos, y si uno de los requisitos se presenta en un nivel insuficiente, la decisión resulta injusta, pese a que los demás requisitos estén presentes en alto grado, pues cada uno de los criterios es autónomo.

De esta manera, se termina la ruta trazada, o más bien se hace una pausa en este proceso investigativo, el cual viajó a través de la teoría jurídica de Taruffo, hizo una escala en la aproximación al dolor como un accidente del ser desde otras áreas del conocimiento, y desde la teoría del derecho de daño, y aterrizó en una de las múltiples interpretaciones que se pueden hacer a la doctrina probable fijada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre el monto de la indemnización del perjuicio moral (dolor causado) para los padres, hijos y esposo (a) o compañero (a) permanente de la persona fallecida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

Alvarado Velloso, A. (2006). La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. En: proceso civil e ideología. Bogotá: Tirant Lo Blanch.

Aramburo, M. (2020). Decisión judicial y prueba en la obra de Michele Taruffo. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado.

Aramburo, M. (2021). Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 44, p. 63-92, mayo 2021. ISSN 2386-4702. Disponible en: <<https://doxa.ua.es/article/view/2021-n44-los-anteojos-de-taruffo-una-concepcion-de-la-jurisdccion>>. Fecha de acceso: 18 sep. 2021 doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.03>.

Aramburo, M. (2021). De nuevo, el daño moral. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/de-nuevo-el-dano-moral>

Arendt, H. (2007). La condición humana. Barcelona: Paidós.

Asociación Internacional para el Estudio del Dolor (2020). Recuperado de <https://www.iasp-pain.org/Education/Content.aspx?ItemNumber=1698#Pain>

Bernal, C. (2013). La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Boggio, A. (2013). La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carnelutti, F. (1968). Cómo se hace un proceso. Bogotá: Editorial Temis.

Código Civil [C.C.]. Ley 57 de 1887. Artículos 2341 a 2360. 15 de abril de 1887 (Colombia).

Constitución Política de Colombia de 1991. Julio 4 de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 836 de 2001 (9 de agosto de 2001). (Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 916 de 2002 (29 de octubre de 2002). (Manuel Cepeda Espinosa).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (22 de julio de 1922). G.J. Tomo XXIX, número 1488 de 1922. Pp. 218-220 (Tancredo Nanneti). <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (24 de agosto de 1924). G.J. Tomo XXXI, número 1593 del 5 de agosto de 1924. Pp. 82-83. (Tancredo Nanneti). <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales. (23 de abril de 1941). G.J. Tomo LI, número 1970 de julio de 1941. Pp. 424-436. (Aníbal Cardoso Gaitán). <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales. (5 de noviembre de 1942). G.J. Tomo LIV, número 1889 a 1992 de octubre y noviembre de 1942. Pp. 529-556. (Aníbal Cardoso Gaitán). <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (4 de abril de 1968). G.J. Tomo CXXIV, número 2297-2299 del 4 de abril de 1968. Pp. 58-65. (Fernando Hinestrosa Forero). <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (17 de agosto de 2001). Sentencia 6492(JorgeSantosBallesteros).<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (13 de mayo de 2008). Sentencia 11001-3103-006-1997-09327-01. (César Julio Valencia Copete). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (18 de septiembre de 2009). Sentencia 20001-3103-005-2005-00406-01. (William Namén Vargas). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2012). Sentencia 05266-31-03-001-2004-00172-01. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (24 de agosto de 2016). Sentencia SC 13925-2016. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (28 de septiembre de 2016). Sentencia SC 15996-2016. (Luis Alonso Rico Puerta). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (29 de marzo de 2017). Sentencia SC SC9193-2017. (Ariel Salazar Ramírez). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (29 de abril de 2021). SC3728-2021. (Hilda González Neira). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (22 de octubre de 2021). SC4703-2021. (Luis Armando Tolosa Villabona). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Cortes, E. (2009). Responsabilidad civil y de daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina? Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Courtis, C. (2006). Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico. En Courtis, C (Ed). Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica (pp. 349-387). Madrid. Editorial Trotta, S.A

Damaška, M. (1986). Las caras de la justicia y el poder del Estado. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

De la Cruz, A. (2017). Responsabilidad civil por daños personales. Baremos de valoración y sus principales problemas en el derecho español (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid). Repositorio Institucional <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25427>

Diccionario ilustrado latino-español, español-latino, (1964). Decimoquinta edición, Barcelona: Bibliograf S.A.

Díez-Picazo, L. (1999). Derecho de daños. Madrid: Civitas Ediciones S.L.

Díez-Picazo, L. (2011). Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual. Pamplona: Thomson Reuters.

Doménech, G (2019). Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. (En línea). Recuperado de <https://repositori.upf.edu/handle/10230/39009?locale-attribute=es>

Fabra, J. et al (2013). La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fernández, C. (2003). Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. (En línea). Recuperado de https://www.bivipas.unal.edu.co/jspui/bitstream/10720/449/1/D-222-Fernandez_Carlos-2003-355.pdf

González, E. (2011). Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento. *Discusiones Filosóficas*. Número 18. Pp 125-143.

Haack, S (2020). Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas. Madrid: Marcial Pons.

Hinestrosa, F. (2017). Devenir del derecho de daños. *Revista De Derecho Privado*, (32), 5-26. Recuperado de <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.01>

Name, I. (2017). Proyecto de Ley 104. Por medio del cual se regula la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad.

Koteich, M. (2012). La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Koteich, M. (2017). El daño extrapatrimonial a la persona. *Tendencias del nuevo derecho de daños*. Argentina: Ediciones Olejnik.

Le Breton, D. (1999). *Antropología del dolor*. Barcelona: Editorial Seix Barral.

Ley 169 de 1896. Sobre reformas judiciales.

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código

Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. 8 de julio de 1998. DO. N° 43.335.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. DO. N° 44.097.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. DO. N° 51.609.

Ley 1616 de 2013. Por medio de la cual se expide la ley de Salud Mental y se dictan otras disposiciones. 21 de enero de 2013. DO. N° 48.680.

Llinás, R. (2020). El cerebro y el mito del yo. Bogotá: El peregrino ediciones.

López, D. (2015). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis.

Macías, Y. (2018). Reforma Judicial y Código General del Proceso: Las Tensiones Ideológicas del Modelo de Proceso Civil (tesis de maestría, Universidad de Antioquia). Repositorio Institucional UdeA. <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/12896>

M'causland, M. (2019). Equidad judicial y responsabilidad extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Molina, R. (2013). Neurociencia y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons.

Montero Aroca, J. (2006). El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. En: proceso civil e ideología. Bogotá: Tirant Lo Blanch.

Papayanis, D. (2018). Responsabilidad por el dolor causado y sufrido. (En línea). Recuperado de https://www.academia.edu/40230940/Responsabilidad_por_el_dolor_causado_y_sufrido

Parra Quijano, J. (2012). Reflexiones sobre algunos aspectos importantes del Código General del Proceso. En: XXXIII Congreso Colombiano de derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre.

Picó Junoy, J. (2006). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. En: proceso civil e ideología. Bogotá: Tirant Lo Blanch.

Picó i Junoy, J. (2013). Neurociencia y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons.

Pintos, J. (2000). Bremsos. Revista para el Analisis del Derecho, 1, Recuperado de https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/012_es.pdf

Pizarnik, A. (2017). Poesía completa. Barcelona. Lumen.

Ramírez Carvajal, D & Taruffo, M (2017). El principio de independencia: aportes a la decisión justa y verdadera-una perspectiva del derecho colombiano-. En: La independencia judicial y las reformas a la justicia. Medellín: Sello editorial Coruniamericana.

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, edición del Tricentenario, consultado el 28 de abril de 2020 en: <https://dle.rae.es/dolor?m=form>

Sabato, E (2000). La resistencia. Una reflexión contra la globalización, la clonación, la masificación. Bogotá: Editorial Planeta.

Tamayo, J. (2008). Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II. Bogotá: Legis.

Tapia, C. (2010). Garantismo procesal: un debate ausente y una advertencia clara. Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Vol. 1, N° 2, 2010. Pp. 233-251.

Taruffo, M. (2008). La Prueba. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2020) Hacia la decisión justa. Perú: Editorial CEJI.

Taruffo, M. (2013). Neurociencia y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons.

Uribe, M. (1999). Las soberanías en disputa: ¿conflicto de identidades o de derechos? Estudios Políticos. Número 15. Pp 23-45.

Vargas, (2020). Dañar, incumplir y reparar. Perú: Palestra Editores.