

El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño*

GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA**

RESUMEN: La tendencia moderna a objetivar la responsabilidad civil ha generado diferentes incoherencias sistémicas que exigen la introducción de elementos de equilibrio entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Ante la permanente infracción al principio de la tipicidad, se propone como vía de equilibrio el reconocimiento del principio según el cual no puede haber responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa de la indemnización. Sin embargo, este principio entraría aparentemente en contradicción con otro, denominado principio de la reparación integral del daño. El artículo analiza dicha posible contradicción desde el fundamento moral de ambas clases de responsabilidad, así como del principio de la reparación integral del daño. Además, profundiza la problemática a partir de su elemento esencial, como es el daño resarcible, de modo de verificar qué elementos puede aportar a este aquel principio. En esta perspectiva, se estudia si tiene verdaderamente un carácter normativo, y qué cambios a su respecto produce su reconocimiento expreso a nivel legal o constitucional. Por último, se trata el principio de la reparación integral bajo un concepto distinto al tradicional y que ha venido sosteniéndose en los últimos años, a fin de confrontarlo con la citada contradicción.

* Fecha de recepción: 17 de febrero de 2014. Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2014. Para citar el artículo: G. ROSSO. "El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 449-497.

** Doctor en Derecho y magíster por la *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Profesor de Derecho Civil y Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Contacto: grosso@uandes.cl

Al término del artículo, se sintetizan las conclusiones alcanzadas, las cuales concuerdan con la inexistencia de la contradicción entre el principio según el cual no hay responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa y el principio de la reparación integral del daño.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad objetiva, limitación a las indemnizaciones, reparación integral, justicia correctiva, justicia distributiva, daño resarcible, reparación plena.

The principle of limited strict liability: An element of systemic balance that does not contradict the so-called principle of full reparation of damage

ABSTRACT: The modern tendency to objectify civil liability has generated different systemic contradictions that require the application of elements of balance between subjective liability and strict liability. To face the permanent abuse of the principle of legality, this paper proposes a way to balance liability using the principle that there cannot be strict liability without quantitative limitation of compensation. Yet, this principle would be apparently in contradiction with the so called principle of full reparation of damage. The paper considers the possible contradiction from the point of view of the moral basis of both kinds of liability as well as the principle of full reparation of the damage. In addition, it deepens the problem from its essential element, as it is the 'loss'. This paper studies also the principle of full reparation of damage from a non traditional point of view. Finally, the author condenses the conclusions reached, which are consistent with the absence of contradiction between the principle that there is no strict liability without quantitative limitation and the principle of full reparation of damage.

KEYWORDS: strict liability, limitation on damages, principle of full reparation of damages (*restitutio in integrum*), corrective justice, distributive justice, loss.

SUMARIO: 1. Incoherencias sistémicas generadas por las distintas situaciones jurídicas a las que ha dado lugar el proceso objetivador de la responsabilidad civil. 2. El principio "no hay responsabilidad objetiva sin limitación de responsabilidad cuantitativa" como equilibrio y su aparente contradicción con el principio de la reparación integral del daño. 3. La aplicación del principio de la reparación integral del daño en el ámbito de la responsabilidad objetiva: un equívoco sustancial. 4. La cuestión central es el "daño resarcible". 5. Carácter no normativo, complejo y limitado de la idea de una reparación integral del daño. 6. La legalización o constitucionalización del principio de la reparación integral del daño no modifica su naturaleza, su contenido ni sus efectos. 7. El principio de la reparación "integral" del daño no aporta contenido al "daño resarcible". 8. Hacia una nueva concepción del principio de la reparación integral del daño: reparación plena del daño resarcible. Conclusiones.

1. INCOHERENCIAS SISTÉMICAS GENERADAS POR LAS DISTINTAS SITUACIONES JURÍDICAS A LAS QUE HA DADO LUGAR EL PROCESO OBJETIVADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Es sabido que desde la segunda mitad del siglo XIX, principalmente como consecuencia del maquinismo y del progreso, el sistema clásico de la responsabilidad subjetiva comenzó a sufrir sucesivos y sustanciales deterioros, en virtud del avance del proceso objetivador de la misma. Este se ha caracterizado por ser constante, irresistible e irreversible. Por lo mismo, más que discutirlo, solo cabe aceptarlo, y desarrollar construcciones dogmáticas a partir de él. Su extremo ha sido la pretensión de un sistema exclusivamente objetivo de responsabilidad civil, que se daría en el contexto de la denominada "socialización de los daños". Sin embargo, esta se ha demostrado social y económicamente insostenible e inviable. Por ejemplo, en el caso neozelandés los resultados son calificados como simplemente desilusionantes¹. La actual crisis económica en Europa, por lo demás, ha golpeado duramente a los esperanzados partidarios de dicha socialización en el Viejo Continente. De esta manera, las vías intermedias tienden a estabilizarse.

Entre el extremo tradicional de la responsabilidad exclusivamente por culpa, y su extremo contrario (la socialización de los daños), se advierten diversas situaciones no sistémicas intermedias a las que el proceso objetivador ha dado lugar (más o menos cercanas a uno de los extremos). Entre ellas pueden destacarse como relevantes las que siguen.

A. Introducción al ordenamiento jurídico de casos particulares de responsabilidad objetiva, a través de tratados internacionales ratificados por el Estado respectivo o de leyes especiales, 'con limitación cuantitativa de responsabilidad'

Ejemplos de esta situación son los siguientes casos: i) El Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional de Varsovia, de 1929, que introdujo una responsabilidad contractual objetiva, con límites cuantitativos a las correspondientes indemnizaciones (art. 22), aumentados por el Protocolo de La Haya de 1955 (art. 11) y por el Convenio de Montreal de 1999 (art. 22). Chile ha ratificado estos tres acuerdos²; ii) El Convenio sobre

1 FRANCESCO DONATO BUSNELLI. *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*. (Atti di Convegno, Modena, 2-3 aprile 1993), Giuffrè, Milano, 1994, p. 5; ENRIQUE BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Jurídica, Santiago, 2006, n.º 21, p. 53.

2 El Código Aeronáutico chileno acoge las mismas hipótesis de daños: muerte o lesiones personales por pasajero (art. 144); retraso en transporte de personas (art. 147); destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje (art. 148); y destrucción, pérdida, avería o retraso de carga (art. y 149). Además, añadió la responsabilidad civil extracontractual en hipótesis de daños causados a terceros en la superficie (art. 155) por una aeronave, o

Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, adoptado en Bruselas en 1969 (CLC/69), y en vigencia desde 1975, que fijó en su artículo v un límite de responsabilidad en favor del armador de un buque tanque por cada siniestro. El Protocolo de Londres de 1992 enmendó dicho Convenio, elevando los límites de responsabilidad para el armador. Los límites fijados son inaplicables en caso de incurrir en 'falta concreta o culpa' el armador (art. v.2), modificando el Protocolo de 1992 los términos de esta causal de inaplicabilidad del límite: 'acción u omisión suyas' ejecutada con 'intención' de causar esos daños, o bien 'temerariamente y a sabiendas' (art. 6.2). Chile ha ratificado el Convenio y el Protocolo de 1992; iii) La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963, en vigor desde 1977, que en su artículo IV.1 declara que la responsabilidad del 'explotador' (art. I, c) por daños nucleares será 'objetiva'. En caso de que tengan lugar este tipo de daños, los Estados contratantes pueden limitar por vía legislativa el importe de la responsabilidad del explotador a un monto no inferior a 5 millones de dólares por evento, más intereses y costas que fije el tribunal (arts. VI.6 y V.1). El Protocolo de 1997 estableció un nuevo límite en 300 millones de DEG. Chile solo ha ratificado la Convención, y cuenta además con la Ley 18.302 sobre seguridad nuclear, la que explicita que la responsabilidad civil por daños nucleares es objetiva limitada para el explotador nuclear (art. 49), hasta el máximo de 75 millones de dólares (art. 60).

B. Introducción al ordenamiento jurídico respectivo de casos particulares de responsabilidad objetiva a través de leyes especiales, 'sin limitación de responsabilidad'

Ejemplo de esta situación es el Decreto Ley 3.557 de 1981 dictado en Chile, el cual dispuso que tanto el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) como terceros que ejecuten trabajos por cuenta de este en control de plagas, deberán indemnizar los daños emergentes causados en bienes u objetos anexos y diversos de los sometidos a tratamiento, ya sea en 'forma accidental' o como 'consecuencia inevitable' de las medidas decretadas (art. 8°). Podría afirmarse que este caso en realidad tiene una limitación, desde que los daños que serán reparados corresponden únicamente a los emergentes. Sin embargo, esta limitación desaparece para otros sujetos responsables. Así, quien al aplicar plaguicidas causa daños a terceros, ya sea 'en forma accidental o como consecuencia inevitable' de su aplicación, es obligado a indemnizar los 'perjuicios correspondientes' (art. 36). No se requiere entonces culpa de su parte, ni menos se limita la cuantía de la reparación que deberá pagar.

bien producto de un abordaje entre dos aeronaves, aplicándose en todos estos casos un límite a la responsabilidad conforme al peso de la aeronave (art. 158).

C. Relectura en clave objetiva de los casos ya contenidos en los códigos civiles, considerados originalmente fundados en culpa, 'sin limitación de responsabilidad'

Se trata de casos clásicos entendidos inicialmente como de responsabilidad subjetiva. Por lo mismo, ni siquiera pudo existir a su respecto discusión acerca de si debía o no introducirse un límite a la indemnización a que la aplicación de ellos diera lugar.

A modo de ilustración pueden citarse en esta categoría las siguientes hipótesis: i) La 'responsabilidad del dueño del animal por los daños causados por éste' (arts. 2326 Cc.Ch.; 2253 Cc.Ec; 2353 Cc.Col, 2077 Cc.ElSal.; 1328 Cc.Ur.); ii) La 'responsabilidad por daños causados por un animal fiero que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio' (arts. 2327 del Cc.Ch.; 2254 del Cc.Ec; 2354 del Cc.Col; y 2078 del Cc.El Sal.); iii) La 'responsabilidad de todas las personas que habitan la misma parte de un edificio por los daños causados por una cosa que cae o se arroja desde ella' (arts. 2328 del Cc.Ch; 2355 del Cc.Col; 2255 del Cc.Ec; art. 2079 del Cc.El Sal. y 1330 del Cc.Ur).

La tendencia actual pareciera ser interpretar los tres casos precedentes como de *responsabilidad estricta*³.

Por otra parte, la doctrina chilena y la colombiana han desarrollado originalmente la idea que el artículo 2329 Cc.Ch. (2356 Cc.Col.; 2256 Cc.Ec.; 2080 Cc.ElSal.) consagra una *presunción general simplemente legal de culpabilidad por el hecho propio por el uso de cosas o la realización de actividades calificables de peligrosas*. La relectura en Colombia ha derivado en el entendimiento (contra la referencia textual a la malicia y negligencia) de que se consagra una responsabilidad objetiva por actividades peligrosas⁴.

En Chile, si bien aún se interpreta como presunción general de culpabilidad que admite prueba en contrario, en la práctica funciona como responsabilidad estricta. Ello sin perjuicio de que la doctrina está en búsqueda de interpretaciones alternativas⁵.

3 GILBERTO MARTÍNEZ RAVE. *Responsabilidad civil extracontractual*. Temis, Bogotá, 1998¹⁰, p. 223 y 232; BARROS, ob. cit., n.º 140, p. 213; PABLO RODRÍGUEZ GREZ. *Responsabilidad extracontractual*. Jurídica, Santiago, reimpr., 2009, p. 203; JORGE GAMARRA. *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. XXI, vol. 3, reimpr., 1989, p. 361 y 370; RODRIGO BARRIA DÍAZ. *La responsabilidad objetiva del artículo 2328 del Código Civil*, en *Estudios de Derecho Civil VI*. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 522.

4 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, t. I y II. Legis, Bogotá, 2008³, p. 264; FABRICIO MANTILLA ESPINOSA y FRANCISCO TERNERA BARRIOS. *La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil Colombiano*, en *Temas de responsabilidad civil*. Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 216.

5 TAPIA propone hablar de una presunción de responsabilidad por actividades peligrosas. Ver MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ. *Código Civil, 1855-2005, evolución y perspectivas*. Santiago, 2005, n.º 141, p. 284. CORRAL entiende presunciones de nexo causal: ver HERNÁN CORRAL TALCIANI. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Legal Publishing, Santiago, 2013², p. 227. Personalmente hemos propuesto una interpretación fundada en la noción de ne-

D. Introducción de casos genéricos y específicos de responsabilidad objetiva a los códigos civiles respectivos, 'sin limitación de responsabilidad'

Se trata de un fenómeno que requiere intervención legislativa sobre el Código Civil, lo que si bien aún no ha tenido lugar en Chile, se ha ido extendiendo progresivamente en América Latina.

Uno de los ejemplos más antiguos y relevantes es el del artículo 1113 Cc.Arg., modificado por la Ley 17.711 de 1968, el cual establece la responsabilidad objetiva del dueño o guardián de cosas, cuando el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa. A partir de esta disposición, la responsabilidad objetiva ha tenido un particular desarrollo exponencial en Argentina, arrinconando a la culpa como un factor de atribución más, de carácter subjetivo, junto a otros de naturaleza objetiva. La exposición del tema en este sentido se encuentra generalizada en la literatura jurídica del país⁶.

Además, por ilustrar la cuestión de mejor manera, señalo el caso de Paraguay. El artículo 1833 Cc.Par. establece que quien comete un acto ilícito sin que medie culpa, deberá igualmente indemnización en los casos previstos por la ley directa o indirectamente. Entre ellos están los que el mismo Código Civil dispone, pudiendo distinguirse uno *genérico* de otros específicos (todos en un capítulo independiente dedicado a la responsabilidad sin culpa). El *caso genérico* (art. 1846) atribuye responsabilidad objetiva a quien crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder (es decir, que no haya relación de causalidad). La misma fórmula (caso genérico y luego casos específicos) se encuentra en el código de Brasil de 2002 (art. 927), de México D.F. (art. 1913), de Bolivia (art. 998) y de Perú (art. 1970) entre los latinoamericanos⁷.

gligencia en sentido estricto: ver ROSSO ELORRIAGA, GIAN FRANCO. *Negligencia, imprudencia e impericia como conceptos negativos integradores de la culpa: un intento de conceptualización*, en *Estudios de Derecho Civil III*. Legal Publishing, Valparaíso, 2007, p. 712 y ss.

6 CARLOS ALBERTO GHERSI. *Teoría general de la reparación de daños*. Astrea, Buenos Aires, 2003³, p. 125 y 182; FÉLIX TRIGO REPRESAS y MARCELO LÓPEZ MESA. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 642; RAMÓN DANIEL PIZARRO. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa: Contractual y extracontractual*. Parte General, t. I. La Ley, Buenos Aires, reimpr., 2007, p. 12.

7 Como casos específicos de responsabilidad objetiva se consagran: el daño causado por cosa con vicio riesgo inherente (art. 1847); el causado por persona incapaz indemnizándose a la víctima por equidad (art. 1850); el daño causado por cosas que caen o son arrojadas de una habitación (art. 1851); el daño causado por animal (art. 1853) y por animal feroz (art. 1854).

En Chile y los códigos que lo siguen, la responsabilidad del dueño del animal se ha considerado subjetiva y, como se señaló, modernamente se interpreta como objetiva. En códigos como el paraguayo (art. 1853), el peruano (art. 1979), el venezolano (art. 1192), el guatemalteco (art. 1669), el boliviano (art. 996), el brasileño (art. 936), el panameño (art. 1647), el hondureño (art. 2239), el puertorriqueño (art. 1805 Cc.Pr) y el cubano (art.

Las situaciones precedentes han dado lugar a algunas incoherencias sistémicas tanto al interior de los ordenamientos nacionales latinoamericanos como dentro del subsistema jurídico romano latinoamericano, generando una ruptura del sistema de la responsabilidad civil. En este sentido, puede observarse que:

i) No hay una razón coherente para introducir vía intervención del legislador casos de responsabilidad objetiva con limitación de responsabilidad y otros por vía legislativa y doctrinaria sin limitación de responsabilidad.

ii) En la práctica, los casos en que se presenta un límite de responsabilidad favorecen a sujetos o personas jurídicas de mayor poder económico (o al menos cubiertas por seguros). Los casos que no presentan límites de responsabilidad normalmente afectan a personas naturales, de patrimonio menor o que no cuentan con seguro (el caso de la anciana jubilada, desde cuyo balcón cae un masetero matando a un transeúnte, es un buen ejemplo, conforme la moderna interpretación del art. 2328 Cc.Ch.).

iii) Las incoherencias resultan más patentes aún si se tiene a la vista que el daño causado por animales (*actio de pauperie*) y el daño a consecuencia de cosas arrojadas desde la parte superior de un edificio (*edicto de effusis vel deiectis*) constituyeron tipos penales en el derecho romano fundados en factores objetivos de atribución de la responsabilidad, que permitieron la limitación cuantitativa de la responsabilidad a través del mecanismo de la noxalidad. Cosa distinta es que estas hipótesis de responsabilidad fueran subjetivadas en la codificación, razón por la cual no correspondía la introducción de alguna limitación. Empero, ahora que son reinterpretados o consagrados legislativamente como objetivos en la mayoría de los códigos civiles se les sigue negando la limitación de la responsabilidad, aun dentro de un sistema jurídico romanista como es el chileno, y el de los demás países latinoamericanos.

iv) La interpretación objetivante de la doctrina de disposiciones inicialmente concebidas como subjetivas contradice el principio de la tipicidad de la responsabilidad estricta, sin perjuicio de resultar imposible introducir elementos de equilibrio, como lo es la limitación de la responsabilidad sin intervención legislativa.

Ahora bien, como ya decíamos, el tiempo se ha encargado de demostrar que definitivamente una responsabilidad objetiva generalizada no es posible de introducir ni de sostener⁸. Asimismo, tampoco han prosperado definitivamente los intentos por construir dos grandes sistemas generales y paralelos de responsabilidad, uno subjetivo y otro objetivo (cada uno con sus propios requisitos y regulación, de modo que ninguno tenga lugar en subsidio del otro). De manera que, al parecer, ya se ha estabilizado la idea de que la responsabilidad civil por culpa es naturalmente la regla general, mientras que la responsabilidad estricta es

94), por citar los latinoamericanos, constituye un caso específico legal de responsabilidad objetiva sin limitación de responsabilidad.

8 BARROS, ob. cit., n.º 307, p. 455.

la excepción. Ello tanto en doctrina⁹ como a nivel de jurisprudencia¹⁰. Sería el legislador quien expresamente debiera establecer los casos en que tendrá lugar y, por tanto, en que excepcionalmente no se exigirá la culpa a efectos de atribuir a un sujeto responsabilidad. Todo ello se traduce sintéticamente en que la responsabilidad objetiva debiera estar gobernada por el principio de la tipicidad.

La mayoría de las legislaciones cumplen formalmente con este principio. En la práctica, y por el contrario, tal principio es infringido constantemente. Aunque se declare que la responsabilidad subjetiva sigue constituyendo la regla general, la alternativa vista en algunos países latinoamericanos de introducir precisamente por vía legislativa un *caso genérico* de responsabilidad objetiva produce, en definitiva, la natural tendencia hacia la expansión de esta clase de responsabilidad en doctrina y en jurisprudencia. El *caso genérico* es la vía para cumplir formalmente con la tipicidad de la responsabilidad objetiva, pero consagrándola a su vez como la regla general. Ello debido a la imprecisa delimitación que necesaria e implícitamente dichos casos genéricos conllevan.

Pero además, los tribunales olvidan con frecuencia el principio de la tipicidad de la responsabilidad objetiva, resultando todos testigos de sentencias que interpretan hipótesis legales como de responsabilidad 'objetiva' sin que haya existido siquiera una propuesta o discusión legislativa en tal sentido (sin contar las situaciones en que formalmente se declara concurrente una culpa donde en verdad no ha tenido lugar o bien no ha sido probada, consagrándose responsabilidades objetivas encubiertas en subjetivas).

2. EL PRINCIPIO 'NO HAY RESPONSABILIDAD OBJETIVA SIN LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CUANTITATIVA' COMO EQUILIBRIO Y SU APARENTE CONTRADICCIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

Frente al panorama antes descrito, no han sido muchas las iniciativas y planteamientos doctrinarios dirigidos a re-armonizar el sistema, pareciendo más bien que existe cierta conformidad generalizada con la situación, al menos por omisión. El problema está en que, sin el desarrollo de una dogmática tendiente a la superación, las nuevas intervenciones legislativas más bien ahondarán las incoherencias. Nos parece entonces necesario avanzar en una propuesta que precisamente permita

9 CORRAL, ob. cit., p. 96; BARROS, ob. cit., n.º 306, p. 452. "La primacía de la culpa como criterio de imputación de dicha responsabilidad tiene excelente sentido», termina concluyendo FERNANDO PANTALEÓN. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, AFDUAM n.º 4, 2000, p. 191.

10 Por ejemplo, la Corte Suprema en Chile expresamente recordó que "existe consenso en nuestra doctrina que la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, sólo opera cuando el legislador interviene expresamente y ello es así cuando su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general". Fallos del mes, julio-diciembre de 2010, n.º 554, p. 431.

sustentar y orientar dichas intervenciones, de modo de devolverle armonía al sistema de responsabilidad civil en cada uno de los ordenamientos jurídicos particulares, constituyendo asimismo una base común que admita la armonización del derecho latinoamericano en estas materias.

En este contexto y con esta intención, frente a la tradicional responsabilidad subjetiva y a la irrupción consagrada de la responsabilidad objetiva, lo que hay que preguntarse en definitiva es por el 'correcto equilibrio entre la regla: "la culpa, que provoca un daño, se debe punir" –que si fuese la única regla podría llevar a limitar siempre el resarcimiento del daño a la presencia de la culpa de la persona autora del mismo–, y la regla: "todos los daños deben ser resarcidos", según criterios de la llamada responsabilidad objetiva –que si fuese la única regla podría llevar a la necesidad de resarcir todo daño, tal vez sostenible solo en el marco de una total socialización del resarcimiento mismo¹¹.

Originalmente, el principio llamado a generar dicho equilibrio era el de la tipicidad de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, ya se ha visto su insuficiencia y su desborde, pues ni la doctrina ni el legislador lo respetan, especialmente a través de la interpretación de disposiciones por la primera, o de la introducción de normas por la segunda, que llevan a la existencia de casos de responsabilidad objetiva 'genéricos', cuya configuración no tiene vocación de excepción, sino de expansión.

Surge entonces como alternativa relevante el *principio según el cual no hay responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa de la responsabilidad*, principio que se ha ido abriendo paso entre la doctrina¹². Se trata de la contrapartida a la responsabilidad por culpa, sin llegar a la socialización de los daños. Si la responsabilidad es subjetiva, el límite lo constituye la propia culpa; si se elimina la culpa, y se responde solo por la concurrencia de una relación de causalidad, debe introducirse también un límite a dicha responsabilidad, el que se traduciría en una restricción en el monto de la indemnización a ser concedida a la víctima.

Sin embargo, el vistazo inicial que hemos dado al actual panorama deja a la vista que en ciertas ocasiones es el propio *legislador* el que no cumple con este segundo principio, al atribuir responsabilidad estricta sin introducir límite alguno. Al respecto, estuvo cerca de convertirse en excepción y gran ejemplo el legislador argentino, pues el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 introducía, en su artículo 1634, un

11 SANDRO SCHIPANI. *De la Ley Aquilia a Digesto 9, Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual*, Revista de Derecho Privado 12-13, Universidad de Externado, Bogotá, 2007, p. 281 y 282.

12 En la reunión de expertos en derecho de daños sostenida en 1994 en la Universidad de Tilburg, "dominó la opinión de que ese sistema de límites es razonable en casos de *strict liability*, pero no en supuestos de responsabilidad basada en culpa", comenta RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Civitas, Madrid, 1995, p. 109. En Chile, expresamente MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO. *Daños por accidente vehicular en carretera concesionada ruta 5 sur tramo Talca Chillán*, Revista Chilena del Derecho, vol. 35, diciembre, 2008, p. 539. Como uno de los presupuestos que hacen viable la responsabilidad objetiva, CORRAL, ob. cit., p. 95.

límite cuantitativo general de responsabilidad objetiva¹³. Desde luego, al abortarse el proyecto completo, dicho límite capotó, sin que haya sido reintroducido en el actual nuevo anteproyecto de Código Civil que se discute en Argentina.

Ahora bien, el principio de la responsabilidad objetiva limitada como método de reequilibrio del sistema causa algún grado de rechazo en la doctrina, especialmente en aquella que pretende una responsabilidad objetiva generalizada. Las razones para esta antipatía son básicamente dos: i) el *desvalor que representarían los límites cuantitativos en sí mismos*, alegando diversos motivos para ello¹⁴, entre los que destacan su supuesta inconstitucionalidad¹⁵; y, ii) el ser ellos aparentemente contrarios al principio de la reparación integral del daño¹⁶.

De acuerdo a lo anterior, el desarrollo del principio según el cual no hay responsabilidad objetiva sin limitación de responsabilidad cuantitativa puede ser tratado desde dos perspectivas distintas: una constructiva y una defensiva. La perspectiva constructiva implica la elaboración (construcción) de los fundamentos por los cuales la responsabilidad objetiva debe ser limitada. La perspectiva defensiva dice relación con el enfrentar su principal crítica, como es el contrariar el denominado principio de la reparación integral de los daños.

En esta ocasión trataremos la cuestión desde esta segunda perspectiva, dejando para otra ocasión la primera.

En ese orden de cosas, debemos entonces recordar que, según la doctrina tradicional, el principio de la reparación integral del daño tiene como finalidad última el restablecimiento de la víctima a la misma situación en que se encontraba

13 Fijaba un tope indemnizatorio único, sin distinción entre tipo objetivo infringido y naturaleza de los daños a resarcir de trescientos mil (300.000) pesos por cada damnificado directo. Además, permitía al juez aumentar dicho tope hasta el triple, si el damnificado directo sufría una gran discapacidad. Véase en *Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el código de comercio*. Asociación de Docentes, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, AURORA BESALÚ PARKINSON, Buenos Aires, 1999.

14 CARVALLO simplemente afirma que estos son 'un robo': JAIME CARVALLO SOTO. *Derecho marítimo chileno*. La Ley, Santiago, 1994, p. 105. En el mismo sentido OSVALDO CONTRERAS STRAUCH. *Derecho marítimo*. Conosur, Santiago, 2000, p. 321; RICARDO ABUAD DAGACH. *Limitación de responsabilidad de la empresa naviera*. Jurídica, Santiago, 2007, p. 15, nota n.º 2.

15 Uno de los argumentos para su rechazo jurídico-conceptual ha sido su inconstitucionalidad, en virtud de una posible violación al derecho de propiedad; al derecho a la igualdad ante la ley; al derecho a la integridad física y psíquica de las personas; a la protección a la salud; a la honra; y a la vida privada. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO. *Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño*, en *Estudios de Derecho Civil IV*. Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 415; CLAUDIO BARROILHET ACEVEDO y ALEJANDRO DÍAZ DÍAZ. *Derecho del transporte*, t. II. Libromar, Valparaíso, 2002, pp. 637 y ss.; CARVALLO, ob. cit., pp. 112 y 113; RODRIGO HANANÍAS CASTILLO. *La responsabilidad civil en el transporte aéreo de mercancías*. La Ley, Santiago, 2003, pp. 387 y ss.; JOSÉ LUIS DÍEZ SCHWERTER. *El daño extracontractual, Jurisprudencia y doctrina*. Jurídica, Santiago, 1997, p. 174.

16 Los límites de responsabilidad constituirían restricciones cuantitativas inaceptables de acuerdo a dicho principio. HANANÍAS, ob. cit., pp. 366 y 369; FRANCESCA PELLEGRINO. *Studio sulla limitazione del debito del vettore terrestre di merci*. Messina, 1994, p. 216. El principio de la responsabilidad limitada no constituiría por lo mismo el pretendido equilibrio de intereses, pues en realidad solo protegerían los intereses del responsable y no de la víctima. PIZARRO, ob. cit., t. I, p. 350.

con anterioridad a la producción del daño. Ello impondría como regla fundamental, y ante la imposibilidad de tamaña empresa, al menos una indemnización de todos y cada uno de los perjuicios sufridos por la víctima; o sea, una indemnización completa, que alcance todo el daño, ni más ni menos¹⁷.

Conforme a lo anterior, una limitación cuantitativa de la indemnización se contrapondría al citado principio, al conceder una indemnización del daño supuestamente inferior al soportado por la víctima. No sería completa y por ende no se repararía íntegramente a esta última. Así las cosas, el principio de que no existe responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa de la indemnización aparentemente colisionaría con el principio de la reparación integral del daño.

Para saber si ello es efectivo o no, resulta necesario revisar con detención la configuración actual de este último supuesto principio, y conocer cuál es el sentido y alcance que hoy puede tener. Solo así podría verificarse si la crítica es o no verosímil, o si, por el contrario, debe descartarse.

3. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: UN EQUIVOCO SUSTANCIAL

Interesante ha sido en los últimos años el debate filosófico acerca del fundamento moral de la responsabilidad civil que ha tenido lugar en el mundo anglosajón, el cual ha permeando sustancialmente a la doctrina jurídica latinoamericana, incluyendo a los autores dedicados al derecho civil¹⁸. Esto último también ha significado que la cuestión comience a encontrarse en fallos de nuestros tribunales, reconociendo que los sistemas de responsabilidad "son necesarios en el ordenamiento jurídico por razones de justicia"¹⁹. Así, en la literatura sobre responsabilidad civil y sentencias que aluden a ella, las referencias a la justicia correctiva y a la justicia distributiva empiezan a ser habituales.

17 Por citar algunos, ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, t. II. Ediar-Conosur, Santiago, 1983², n.º 453, p. 545; GENEVIÈVE VINEY y PATRICE JOURDAIN. *Les effets de la responsabilité*, en JACQUES GESTIN (ed.). *Traité de droit civil*. LGDJ, Paris, 2001², p. 112 y 113; MARIANO MEDINA CRESPO. *Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el sistema de la ley 30/1995*, en JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA (eds.). *Manual de la valoración del daño corporal*. Aranzadi, Pamplona, 2013², p. 120 y 121; DOMÍNGUEZ HIDALGO, *Los derechos*, cit., p. 414; Díez SCHWERTER, ob. cit., pp. 159 y 160; PIZARRO, ob. cit., t. I, p. 340.

18 Pude verse la síntesis que presenta JORGE LUIS FABRA ZAMORA. *El papel de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual*, en EBER BETANZO et al. (eds.), *Filosofía del derecho* (Obra jurídica enciclopédica, en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario). Porrúa, Ciudad de México, 2012, pp. 155 y ss.; PABLO SUÁREZ. *Acercas de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual*, *Revista Jurídica*, Universidad de Palermo, x, n.º 1, 2009, p. 111; BARROS, ob. cit., p. 33 y ss., cfr. nota n.º 39; CORRAL, ob. cit., p. 65 y ss.

19 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2003, Rol n.º 1349-09, Microjuris On line, MJCH_MJJ22381/ MJJ22381. Sigue la doctrina de CORRAL, citado en nota precedente (aunque la primera edición).

Ahora bien, en este contexto, la afirmación acerca de que la limitación cuantitativa de los perjuicios en materia de responsabilidad objetiva se opone al principio de la reparación integral resulta sustancialmente equívoca. Para que pudiera efectivamente existir el mentado conflicto, este último principio tendría que aplicarse tanto en el ámbito de la responsabilidad subjetiva como en el ámbito de la responsabilidad estricta. Sin embargo, ello no debiera ocurrir, y por tanto, no debería existir posibilidad de contradicción; o, dicho de otro modo, ella sería sustancialmente errónea.

En efecto, no puede haber contradicción entre el principio de que toda responsabilidad objetiva debe ser limitada y el principio de la reparación integral, porque simplemente pertenecen a ámbitos de la responsabilidad distintos. Evidentemente el primero, por su propia naturaleza, es un principio destinado a ser aplicado en la responsabilidad estricta, mientras que el segundo concurre exclusivamente en la responsabilidad subjetiva. La aparente contradicción nace entonces de la errónea pretensión de extender la influencia del principio de la reparación integral del daño al campo de la responsabilidad objetiva.

Lo expresado es la natural conclusión que se alcanza a partir precisamente del fundamento moral (decíamos, hoy tan aludido) de cada una de las responsabilidades antes citadas y del mismo fundamento del denominado principio de la reparación integral del daño. Por una parte, hay coincidencia en el fundamento entre este y la responsabilidad civil subjetiva, mientras que no hay coincidencia entre el fundamento del principio de la reparación integral del daño y el de la responsabilidad civil objetiva. He aquí toda la cuestión.

Respecto a la responsabilidad civil por culpa, se reconoce modernamente que su fundamento es el concepto aristotélico-tomista de justicia correctiva o conmutativa²⁰, la cual, en términos simples, consiste en igualar la desigualdad ocasionada por un acto injusto. Ello porque la igualdad es lo justo y la desigualdad lo injusto, de modo que la justicia no es sino la corrección de esta desigualdad; esto es, el restablecimiento de la igualdad o bien la restitución de la desigualdad acaecida a igualdad²¹.

El elemento básico en la responsabilidad civil es el hecho de que un sujeto cause daño a otro, lo que se traduce en una pérdida para el primero y en una ganancia

20 La justicia correctiva 'is immanent in the most fundamental concepts of negligence law'. ERNEST J. WEINRIEB. *The idea of private law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 168. En contra de la exclusión de cualquier responsabilidad sin culpa, PANTALEÓN, ob. cit., p. 173, nota n.º 13.

21 En la justicia conmutativa la ley atiende solo a la diferencia del daño, de manera que el juez intentará 'que lo injusto por lo que uno dañó a otro, que tiene cierta desigualdad, se reduzca a la igualdad, constituyendo la igualdad en la misma cantidad de las cosas'. TOMÁS DE AQUINO. *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*, trad. ANA MALLEA. Eunsá, Pamplona, 2001², p. 304, n.º 674.

para el segundo²²; o sea, una desigualdad que debe igualarse conforme a lo antes dicho. Lo justo entre la situación de ambas partes será el término medio entre la pérdida del damnificado y la ganancia del damnificador, pues la justicia aquí es una proporción aritmética (y no geométrica como en la justicia distributiva)²³.

Sin embargo, no basta la existencia de una desigualdad para que se obligue al causante a corregirla, pues ello procede solo cuando ha mediado además un *acto injusto*²⁴. Es precisamente la *injusticia del acto* causante de dicha desigualdad el criterio que permite obligar a una persona a restituir la desigualdad a igualdad, de modo de volver lo injusto a justo. Por lo mismo, puede haber una injusticia material (una desigualdad) sin haber tenido lugar un acto formalmente injusto, es decir, sin intención contraria a derecho por dolo o imprudencia²⁵. En tal caso nos encontramos frente a una injusticia material derivada simplemente de un accidente²⁶. Como tal, no queda a la víctima sino soportar la injusticia, pues la falta de acto injusto impide exigir al causante de la pérdida su corrección.

La idea de justicia correctiva o conmutativa envuelve necesariamente la concurrencia de un acto injusto, no pudiendo escindirse este criterio que obliga a la

22 Una de las discusiones doctrinarias respecto de esta justicia ha sido precisamente el problema que en materia de daños extrapatrimoniales no pareciera existir ganancia, sino solo pérdida. Véase FABRA, ob. cit., pp. 181 y 182. ARISTÓTELES fue consciente del problema. Trae el caso de quien da un golpe y otro lo recibe, o bien de uno que mata y otro que muere, y dice que el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo, quitando del lado de la ganancia, *pues en tales casos se usa en general el término 'ganancia' aunque no es adecuado a algunos, por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe, y el de 'pérdida' refiriéndose a la víctima*; en todo caso, decía el helénico, cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno sale ganando y otro sale perdiendo. De suerte que lo igual es un término medio entre lo más y lo menos, y la ganancia y la pérdida son más y menos de manera contraria, porque la ganancia consiste en más bien y menos mal, y la pérdida lo contrario. El término medio de estos es lo igual, que decimos que es lo justo; de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco* [en adelante *Arist. EN*], trad. MARÍA ARAUJO y JULIÁN MARÍAS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989², 1132 a, pp. 75 y 76.

23 En esto consistirá la corrección que esta clase de justicia exige para llegar a ser tal. *Arist. EN* 1132a, cit., p. 75 y 76. DE AQUINO, *Comentario*, n.º 674 a 677, cit., p. 304 y 305.

24 "El acto justo y la acción justa se definen por su carácter voluntario o involuntario: (...) si no se le añade lo voluntario, será algo injusto, pero no llegará a ser una acción injusta. Llamo voluntario (...) a todo lo que uno hace estando en su poder hacerlo o no, y sabiendo, no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace": *Arist. EN* 1135b, cit., p. 82. DE AQUINO, *Comentario*, n.º 734, cit., p. 327.

Este último, desarrollando la restitución en la *Summa*, cita a SAN AGUSTÍN: "no se perdona el pecado sin restituir lo que se sustrajo"; y solo hay justicia si se restituye lo injustamente quitado, pues si se restituye lo quitado con justicia la desigualdad se produce con dicha restitución: *Summa*, 2.2 a, q. 62, art. II. Y agrega, pues el que ha pecado está obligado a satisfacer: cfr. *Summa*, 2.2 a, q. 62, art. VI. Se está obligado por el acto injurioso (hurto o rapiña) o por la aceptación (en los préstamos) porque está obligado a recompensar al que le hizo el favor; o incluso al recibir algo de otro sin utilidad personal (depósito), en caso que la pierda por grave culpa suya: cfr. *Summa*, 2.2 a, q. 62, art. VI.

25 Cfr. resumen de FABRA, ob. cit., pp. 178 y 179.

26 FRANCISCO JAVIER HERVADA XIBERTA. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Eunsa, Pamplona, 1992, p. 259.

reparación, de la reparación misma. Ello porque en el 'cuánto se *debe* restituir' está implícito el 'quién *debe* restituir'. Se trata de dos cuestiones relacionadas únicamente por el 'debe', esto es, por existir un acto injusto de por medio. Si no hay un 'quién debe restituir', no existe tampoco una 'cuantía a restituir', sino solo la cuantía, solo la 'desigualdad', solo un daño para la víctima.

En efecto, modernamente muchos pregonan la separación de ambos conceptos, sosteniendo que la víctima tiene '*derecho* a ser reparada', porque ha sufrido un daño y por tanto existe un '*quantum* que reparar'. Sin embargo, decir que tiene '*derecho* a ser reparada', sin que exista otro que tenga la *obligación* de reparar, implica en definitiva la inexistencia de un derecho, y por tanto la inexistencia de una relación jurídica (mero accidente), pues el deber es el fundamento de la reparación²⁷.

Y estamos precisamente frente a una especie de justicia que concurre en el ámbito de las relaciones privadas, entre dos partes, y que exige un elemento que las una, y este será precisamente la injusticia del acto cometido por el damnificador. Por ello es que "*negligence law constructs a conceptual bridge over the gap—both temporal and (one might suppose) moral—between doing and suffering*"²⁸. La separación entonces se opone a la esencia misma de la responsabilidad civil, que es una relación jurídica privada entre dos partes.

Conforme a lo dicho, pretender extender el fundamento de la responsabilidad subjetiva a la objetiva, entendiendo que esta también obedece a la justicia correctiva como algunos autores hacen²⁹, es conceptualmente un error que contradice la propia justicia correctiva. Esta no tiene vinculación alguna con la responsabilidad civil objetiva³⁰. El injusto (la desigualdad) por sí solo es axiológicamente neutro, y no genera obligación de corrección mientras no tenga lugar un acto

27 HERVADA, ob. cit., p. 299.

28 WEINRIB, ob. cit., p. 169 y 170.

29 RICHARD EPSTEIN. *A theory of strict liability*, *The Journal of Legal Studies*, The University of Chicago Press, vol. 2, n.º 1, Jan., 1973, p. 151 y ss. EPSTEIN ha recibido especial y directa crítica de WEINRIB, ob. cit., pp. 171 y 172: "*I criticize Richard Epstein's sustained effort to vindicate strict liability as a requirement of justice between the parties. My argument will be that Epstein's position is consistent neither with corrective justice's equality not with its idea of agency not with its correlativity of right and duty*".

Por otro lado, influido por EPSTEIN, adopta la misma posición BARROS, ob. cit., n.º 15, p. 43. Sostiene entonces que la justicia correctiva podría ayudar a discernir en qué situaciones la responsabilidad estricta es preferible a la fundada en negligencia, por ejemplo cuando el riesgo creado es anormal o excesivo; y cfr. n.º 307, p. 454. Por su parte, CORRAL señala que "en la responsabilidad estricta hay que encontrarla (la justificación) en el injusto de que sea la víctima quien soporte el riesgo del daño": cit., p. 67.

Entendemos alguna confusión en estos comentarios. Dado que por una serie de razones puede no estarse de acuerdo con el resultado a que la justicia correctiva lleva en el caso concreto (porque el riesgo es anormal o excesivo), entonces el legislador, precisamente en atención a esas razones particulares, redistribuye el riesgo. La justicia correctiva entonces no ayuda en nada a resolver la cuestión, pues el fundamento del cambio ha sido la justicia distributiva, no la correctiva.

30 WEINRIB no podría ser más claro: "*my argument that strict liability is (...) incompatible with corrective justice*": ob. cit., p. 171. Esta clase de responsabilidad "*is inconsistent with the equality and*

injusto de un sujeto a quien moralmente se le pueda imputar. Por ello es que la justicia correctiva desarrollada en sus bases conceptuales por ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO necesariamente coincide o se corresponde con la denominada responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad objetiva tiene, por el contrario, un fundamento distinto. Se trata de una clase de responsabilidad cuyo fundamento es la justicia distributiva (y no, claro está, correctiva). Esta última es un tipo de justicia en el que lo justo es lo proporcional y lo injusto una desproporción (a diferencia de la correctiva, donde los conceptos son igualdad y desigualdad, respectivamente). La distribución se hace de conformidad con determinados méritos, y por tanto conforme a la proporción en que están unos respecto de los otros³¹.

Así, en aras del bien común, deben distribuirse los riesgos de la actividad humana, como también se distribuyen recursos, oportunidades, cargos, cargas, responsabilidades, etc. Así, la justicia distributiva exige que los riesgos se distribuyan entre los miembros de la sociedad, de modo de imponerles la carga a algunos de soportarlos si de dichos riesgos resultasen daños para otros. Los criterios para la distribución pueden ser muy disímiles, pero la tendencia en términos generales es que asuman los costos de dichos perjuicios aquellos que más se benefician con la actividad de la cual derivaron los perjuicios sufridos por los damnificados³². Pues, aunque toda la sociedad y cada uno de sus miembros obtengan provecho de las actividades riesgosas o ejecutadas con cosas peligrosas, la ganancia es más preponderante en unos respecto al resto³³.

De manera que la obligación (la responsabilidad) tiene un fundamento diverso al de la justicia correctiva. En esta, el deudor debe restituir algo que no le pertenece porque es propio de la víctima. Con la restitución entonces se hace justicia, pues precisamente esta consiste en dar a cada uno lo suyo. En la justicia distributiva, a la víctima no se le da algo que le pertenece individualmente, sino que es común, pues todos están en igual situación (o tienen el mismo mérito) de sufrir daños como consecuencia de los riesgos que generan actividades consideradas beneficiosas para el bien común (si así no fuese, debieran simplemente prohibírseles). El legislador sin embargo interviene, atribuye los riesgos de la actividad a uno, en beneficio proporcional de la víctima individual. Con ello, la atribución permite al damnificado tener como propio lo que inicialmente era de la comunidad³⁴.

Con lo dicho, no extraña que el *derecho* a la reparación integral solo se reconocerá si concurre primeramente una *obligación* de restitución, dado que es esta la

correlativity of corrective justice and with the concept of agency that underlines Kantian right': ob. cit., p. 203.

31 Arist. EN 1131b y 1132a, cit., p. 74 y 75.

32 JOHN FINNIS. *Natural law and natural rights*. Oxford University Press, New York, 2011², p. 180. Recuerda esta consecuencia de la doctrina que seguimos FABRA, ob. cit., p. 179.

33 DE AQUINO, *Summa*, 2.2 a, q. 61, art. II.

34 *Summa*, 2.2 a, q. 61, art. I (cfr. respuesta n.º 5) y art. 2 (respuesta).

que implica, en definitiva, hacer justicia³⁵. De manera que *lo que no se debe* a otro 'no es suyo', propiamente hablando, aunque en alguna época lo fuese. Y si se le devuelve a otro lo que no se le debe, lo que hay en realidad es una donación y no una restitución. Esto es plenamente concordante con la justicia, entendida como dar cada uno lo suyo. Si no hay deuda, no se le debe; y si no se le debe, no es suyo. Luego, obligar a dar a alguien que no debe, no constituye un acto justo, sino una injusticia; como asimismo, porque el que lo recibe no tiene derecho a él, y si no tiene derecho, no es suyo. Por eso SANTO TOMÁS DE AQUINO da el nombre de donación y no de restitución a este caso³⁶.

Así las cosas, en sentido estricto, el nombre responsabilidad civil objetiva resulta equívoco, porque no tiene lugar en ella una relación jurídica privada en que un sujeto tenga una deuda de restitución respecto de otro sujeto que tiene el derecho correlativo³⁷. El legislador atribuye proporcionalmente a un sujeto los costos de los daños sufridos por otro, no obstante no existir desde el punto de vista de la justicia correctiva su obligación de 'responder' por ellos, y por ende, de efectuar restitución alguna. Hay más bien una donación (indemnización objetiva), en lugar de responsabilidad. El legislador designa un pagador (o indemnizador) más que un responsable. Lo dicho lleva a que se vea esta clase de justicia como un problema de derecho público y no de derecho privado³⁸.

En todo caso, al decir que el fundamento moral de la responsabilidad objetiva es la justicia distributiva no se está negando la justicia de la solución, porque la justicia distributiva es una especie de justicia, no una injusticia. Cosa distinta es si la distribución efectuada por la ley, modificando los resultados a los cuales arriba la justicia correctiva, puede o no ser considerada equitativa³⁹.

Por su parte, el principio de la reparación integral del daño, sin perjuicio de que se puedan encontrar elementos similares hasta en la ley del talión⁴⁰, tiene su génesis directa en la doctrina iusnaturalista de la repetición a partir de las enseñanzas de MOLINA, SOTO y LESSIO.

35 DE AQUINO, *Summa*, 2.2 a, q. 62, art. 1 ("*justitia enim respicit rationem debiti*" dice en la primera objeción).

36 DE AQUINO, *Summa*, 2.2 a, q. 62, art. 1 (respuesta 1).

37 No se trata de una deuda de responsabilidad civil, sino de una distribución de los percances de la empresa colectiva. CAMILO TALE. *Derecho de daños y derecho natural*, en EDUARDO SOTOKLOS y SERGIO RAÚL CASTAÑO (eds.). *El derecho natural en la realidad jurídica y social*. Universidad Santo Tomás, Santiago, p. 598. Entiende que es un cierto primitivismo jurídico imputar a agentes no libres lo propio de los agentes libres, HERVADA, ob. cit., 299.

38 BARROS, ob. cit., n.º 21, p. 52. PANTALEÓN, ob. cit., p. 171, nota n.º 10.

39 O sea, si existen verdaderos motivos fundados que puedan configurar efectivamente una solución en equidad. Esto es lo que a mi juicio reconoce en definitiva BARROS quien, admitiendo las dificultades de una generalización, opta por señalar grupos de casos en que se considera que es justo aplicar un régimen de responsabilidad estricta: cfr. ob. cit., n.º 307, p. 456.

40 CHRISTELLE COUTANT-LAPALLUS. *Le principe de réparation intégrale en droit privé*. PUAM, Marseille, 2002, p. 65.

MORALES resume como aportes de dicha doctrina, por una parte, la construcción de una teoría unitaria de la responsabilidad inclusiva de los contratos y la exigencia de la reparación *in natura*; y por otra, la indemnización integral del daño⁴¹.

La doctrina de la restitución se edificó sobre las bases de la filosofía aristotélica-tomista, sin perjuicio de los elementos aportados por el derecho romano (*restitutio in integrum*), de modo que particularmente tiene por fundamento la justicia correctiva. De esta manera, no puede extrañar que el contenido esencial de la restitución ya se encuentre en SANTO TOMÁS, quien afirmaba que tanto en los contratos como en los delitos (colocando como ejemplos la rapiña y el hurto, de carácter doloso) "restituir no parece ser otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo". Agregaba a ello que tal restitución no era sino "un acto de justicia conmutativa"⁴².

Dentro de las 'novedades' que desarrollan los iusnaturalistas no se encuentra entonces la obligación de restituir imputable a quien cometía un acto injusto, pues ella formaba parte ya de la justicia correctiva. Lo nuevo apunta al contenido de dicha restitución: debía efectuarse en naturaleza, y solo ante la imposibilidad de ello se admitía un pago en dinero. De modo que los elementos esenciales de la conmutatividad se mantuvieron inalterados.

Así las cosas, los iusnaturalistas partieron necesariamente de la base de que la obligación de restitución debe tener por fuente un acto injusto; es decir, como se ha visto, que la deuda y el derecho correlativo solo surgirían cuando hubiere tenido lugar un acto doloso o culposo. Constituye por tanto un error atribuir a los iusnaturalistas el haber subordinado el principio de la reparación integral del daño a la existencia de culpa⁴³, puesto que se trataba de un elemento que siempre formó parte de la justicia correctiva.

A modo de ilustración GROCIO, seguidor de los iusnaturalistas ya citados, afirmaría que 'el que efectivamente es obligado por un acto, es al mismo tiempo obligado a lo que son sus consecuencias', citando en apoyo de sus dichos un pasaje de ULPIANO y otro de SANTO TOMÁS⁴⁴. Por tanto, aunque el tema a desarrollar fuese el de las 'consecuencias', la

41 ANTONIO MANUEL MORALES MORENO. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Discurso del 8 de febrero de 2010 en acto de su recepción como Académico de Número, Madrid, 2010, pp. 1009 y 110. Reconoce por lo demás este origen MEDINA CRESPO, ob. cit., p. 132, nota n.º 112 donde cita a DOMINGO DE SOTO.

42 DE AQUINO, *Summa*, 2.2 a, q. 62, art. 1. "Quod restituere nihil aliud esse videtur, quam iterato alicquem statuere in possessionem, vel dominium rei suae".

43 Es lo que afirma COUTANT-LAPALUS, ob. cit., p. 96.

44 El texto de ULPIANO corresponde a D. 9.2.27.8, en materia del delito de daño *ex lege Aquiliae*. El jurisconsulto afirma en él que quien intencionalmente quema una casa queda obligado no solo a pagar su valor, sino también el de las cosas que existen en su interior, como asimismo el valor de la casa del vecino si el fuego a ella se extendiera. O sea, el que debe por dolo, está obligado a todas las consecuencias del mismo.

Por su parte, SANTO TOMÁS, en *Summa* 1.2. q. 20, art. v, se pregunta si un acontecimiento subsiguiente aumenta la bondad o la malicia del acto exterior, precisando que el acontecimiento subsiguiente aumenta la pena (por aumentar la maldad). Cuando no es preme-

exigencia de encontrarse el deudor *obligado* por un acto injusto (doloso o culposo) estaba siempre presente⁴⁵. De modo que no extraña que manifieste en otro pasaje que el que con dolo o violencia induce a otro a la celebración del contrato debe *in integrum restituere*⁴⁶. Y en fin, el capítulo donde se encuentran los precedentes pasajes está contenido en el parágrafo sobre "*Culpam obligare ad restitutionem damni*". Mayor claridad no parece posible.

Otra cosa es que, imputada la obligación de restituir, deba determinarse el contenido de esta. Y así, el obligado, aunque su intención haya sido solo causar parte del daño, será obligado a la restitución de todo el daño, como si lo hubiese querido premeditadamente; la cosa debe ser restituida con sus aumentos y con los deterioros reparados; y si pereció, la estimación no debe ser demasiado elevada ni demasiado baja, sino media⁴⁷.

Así, sobre la base del acto injusto aristotélico-tomista, o doloso o culposo romano, desde MOLINA, pasando por GROCIO y los demás iusnaturalistas que siguieron (PUFENDORF, THOMASIIUS, etc.), la doctrina de la restitución configuró entre otras la idea de que la obligación que nace del daño causado injustamente es una obligación restitutoria en naturaleza (eso es lo 'natural'), y solo en subsidio pecuniaria. El desarrollo de estas ideas llevó finalmente a su recepción en el BCB⁴⁸, desde donde se ha proyectado expresa o implícitamente a Europa⁴⁹ o América⁵⁰. Ello sin contar su recepción doctrinal y jurisprudencial en Francia a partir de la interpretación de los artículos 1149 y 1382 del *Code* al no existir texto expreso⁵¹.

ditado, hay que distinguir si la consecuencia se sigue en la mayoría de los casos o no. En el primer caso, aumenta la bondad o malicia del acto (es claro que es peor aquel del que derivan muchos males). Pero si es accidental y excepcional, no aumenta la bondad o malicia del acto, pues no se juzga lo que *juzga una cosa por lo que es por accidente, sino por lo que es de por sí*. En definitiva, si no hay previsibilidad de las consecuencias, no hay culpa, es un accidente y el mismo no se sanciona.

45 *De iure belli ac pacis*, II, Caput XVII, par. XII.

46 *De iure belli ac pacis*, II, Caput XVII, par. XVII.

47 *De iure belli ac pacis*, II, Caput XVII, par. XII y XVI.

48 § 249 BCB: "El obligado a reparar el daño, deberá restablecer el estado de cosas que existiría de no haber ocurrido el hecho que origina aquella obligación. Si el daño consiste en la lesión de una persona o deterioro de una cosa el acreedor puede reclamar, en vez de la reparación efectiva, el dinero necesario para realizarla". Para la historia de la doctrina de la restitución y de esta disposición, cfr. FISCHER, HANS. *Los daños civiles y su reparación*, trad. W. ROCES, Librería Suárez, Madrid, 1928, p. 134 y ss.

49 Así, art. 2058: "*Risarcimento in forma specifica. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore*". Para la historia de la doctrina de la restitución y de esta disposición véase D'ADDA, ALESSANDRO. *Il risarcimento in forma specifica*. Cedam, Padova, 2002, p. 81 y ss.

50 Así el artículo 1083 Cc.Arg.: reposición de las cosas a su estado anterior (ref. Ley n.º 17.711).

51 Hasta el día de hoy existen incluso algunas divergencias en esta interpretación. Mientras VINEY y JOURDAIN explican que el principio en materia contractual deriva del artículo 1149, no existiendo norma expresa en materia delictual (ob. cit., p. 112), COUTANT-LAPALUS sostiene que el primero sirve de guía para la aplicación del principio mientras que este

Entonces, el principio moderno de la reparación integral del daño, y la idea del restablecimiento de la situación de la víctima de que gozaba con anterioridad al daño, tienen su antecedente inmediato en la doctrina iusnaturalista de la restitución, y su fundamento moral es la justicia correctiva y no la justicia distributiva⁵². Luego, de la revisión efectuada queda a la vista que la responsabilidad subjetiva y el principio de la reparación integral del daño tienen idéntico fundamento moral: la justicia correctiva. Por tanto, lo que perseguirán ambos, finalmente, es igualar la desigualdad ocasionada por un acto injusto.

Por el contrario, la responsabilidad objetiva tiene un fundamento diferente, como es la *justicia distributiva*. Su finalidad se alcanza técnica y perfectamente no a través de la igualación de la desigualdad, sino mediante fórmulas de socialización de los riesgos. Las actividades riesgosas o ejecutadas con objetos peligrosos, si no se prohíben, es porque producen algún beneficio a toda la sociedad. Luego, lo que corresponde es distribuir entre todos los miembros de la sociedad el riesgo. Ello implica la contribución de todos y cada uno a la indemnización de los daños que se produzcan a personas individuales, como asimismo la posibilidad, en caso de que se produzcan efectivamente dichos daños, de recibir esa indemnización otorgada por la sociedad. Todos tienen las mismas posibilidades de beneficiarse por los riesgos; todos tienen igual carga de contribuir al pago de los daños; todos tienen las mismas posibilidades de ser dañados; y todos gozan de la misma posibilidad de ser resarcidos individualmente por el colectivo.

El problema está en que dicha socialización, desde la mutualización hasta la contratación de seguros individuales⁵³, alcanza solo algunos sectores particulares, resultando su generalización imposible e inviable. La responsabilidad objetiva aparece entonces como una vía para conseguir en ciertos casos especiales que, sin socialización de los daños y sin acto injusto de por medio, una víctima reciba, de parte de quien no tiene obligación moral alguna, un pago a título de resarcimiento. ¿A cuánto debiera ascender ese pago? ¿Puede ordenársele a quien no ha cometido acto injusto la reparación íntegra?

He aquí el grave problema. La justicia correctiva ordena al que debe, por haber cometido acto injusto, igualar la desigualdad. Esta es la solución justa en este tipo de justicia y por tanto en materia de responsabilidad subjetiva. Pero si se aplica la misma solución a la justicia distributiva, necesariamente se obtiene una injusticia.

está consagrado en realidad en el artículo 1382, lo que se deduciría del estudio de los redactores de la disposición como de su construcción gramatical: ob. cit., p. 76.

52 Incluso la doctrina moderna que cultiva el principio de la reparación integral reconoce que su fundamento es la justicia correctiva conceptualizada por Aristóteles: cfr. COUTANT-LAPALUS, ob. cit., p. 91 y ss.

53 Una alternativa interesante de solución dice relación con la carga que las personas de rentas más altas tendrían de contratar seguros para su propia prevención y de su familia. Cfr. ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 124; GIORGIO AFFERINI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, en *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXIX, n.º 3, maggio-giugno, 2004, p. 874 y 888.

Si en vez de efectuar la socialización de los riesgos y consiguientemente de la contribución del pago se impone individualmente una responsabilidad objetiva a un sujeto, resultará este obligado a restituir aritméticamente la injusticia sin haber cometido acto injusto alguno. O sea, se le obligará a igualar la desigualdad, y por tanto a reparar todo lo que la justicia correctiva ordena. Dicho de otro modo, se le atribuiría por la ley el deber de pagar indemnización (reparar) de acuerdo a una clase de justicia, como es la distributiva; pero el *quantum* de la indemnización que se le obliga a pagar deriva de la aplicación de otra clase de justicia diferente, como es la correctiva.

Así, quien comete un acto injusto, iguala; quien no comete un acto injusto, también iguala. El primero indemniza por actuar injustamente; el segundo, solo por el hecho de actuar, aunque paga como si hubiese obrado injustamente. En palabras de SANTO TOMÁS DE AQUINO, no hay en realidad restitución, sino una donación; ni tampoco un acto de justicia reparando, sino una nueva injusticia.

De lo dicho se advierte que la pretensión que ha existido entre importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia de aplicar el principio de la reparación integral a la responsabilidad objetiva resulta sustancialmente equívoca. Significa recurrir a una solución que deriva de la justicia correctiva y obtener los resultados que se imponen naturalmente en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, pero en el ámbito de una responsabilidad fundada en la justicia distributiva. El cruce es evidente, como asimismo la injusticia del resultado. Algunos autores civiles demuestran que se dan cuenta de esta situación⁵⁴, aunque sin protestar airadamente, pues cualquier comentario en estos días que aparezca contrario al derecho absoluto de las víctimas a ser indemnizadas no es bien visto.

Así como el legislador interviene y modifica el resultado de la justicia correctiva en favor de una víctima, distribuyendo de manera distinta los riesgos, también la solución debe ser proporcional (geométrica), y no aritmética como es la de la justicia correctiva. De manera que la desigualdad no puede restituirse a igualdad, sino que ello solo puede ocurrir limitadamente. El *quantum* o la proporción correspondiente deberá fijarla el legislador para cada caso.

En este orden de cosas, la síntesis del panorama que hace FINNIS es simplemente perfecta:

La justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de vida común, mientras que el modelo para asegurar la justicia conmutativa busca compensar *solamente a quienes fueron lesionados por el acto de quien*

54 Al respecto, BARROS precisamente plantea que "la mayor dificultad con que tropieza la definición de la responsabilidad civil a la luz de la justicia distributiva es que tiende a contradecir lo que exige la justicia correctiva para la relación entre el autor del daño y la víctima. En efecto, a la luz de la justicia correctiva la pregunta es '¿por qué el demandado debe correr con costos que no le son atribuibles en su relación con la víctima?': ob. cit., n.º 21, p. 53.

no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) *de cuidado y respeto por el bienestar de los demás*, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, *el modelo distributivo estará normalmente limitado* por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como lo que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo⁵⁵.

En resumen y reiterando, no cabe sino concluir, de lo expuesto, que la aplicación en la responsabilidad objetiva del principio de la reparación integral del daño como se le entiende habitualmente, fundado en la justicia correctiva, es un equívoco sustancial. De modo que, correspondiendo su aplicación solo en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, ninguna contradicción puede haber con el principio de que toda responsabilidad objetiva debe ser cuantitativamente limitada.

4. LA CUESTIÓN CENTRAL ES EL 'DAÑO RESARCIBLE'

Pareciera ser una simple perogrullada expresar que el 'daño' constituye en la materia que tratamos el elemento esencial. El principio de la reparación integral en definitiva no repara íntegramente cualquier cosa, sino el 'daño'. Este, y no otro, es el objeto central del tal supuesto principio. Pero hay que decirlo, porque a veces, la preocupación por construir y desarrollar una dogmática del principio deja de lado lo más importante: 'el daño' mismo. Y olvidarse de este es simplemente construir un castillo en el aire.

A pesar de la importancia que tiene la noción de daño en materia de responsabilidad, curiosamente sigue siendo un concepto de contornos no precisamente determinados. De hecho, como sabemos, las legislaciones rehúyen definirlo. La cuestión parece no profundizarse lo suficiente pues, al margen de las objetivas dificultades de la materia, la conceptualización puede significar la introducción de fronteras. Y entonces es más conveniente una idea difusa, de modo de dejar márgenes que permitan alegar intereses individuales de la más variada naturaleza, en calidad de daños que no necesariamente pudieran haber quedado comprendidos en una definición jurídica *ex ante* de daño resarcible, y que sean los tribunales los que finalmente califiquen. De ahí que, en definitiva, los cultores del principio de la reparación integral del daño se preocupan de profundizar el adjetivo 'integral' en vez del sustantivo 'daño'. Cualquier precisión de este repercute necesaria y negativamente en aquel. Por lo mismo, a veces pareciera olvidarse que en definitiva la responsabilidad civil se dirige a la declaración de la existencia o no de una obligación de indemnizar 'un daño', y no a perseguir la reparación o restauración

55 FINNIS, ob. cit., p. 181, cursivas originales.

de 'situaciones', como las explicaciones sobre el citado principio parecieran dar a entender.

Siguiendo, digamos que si hay algo bastante difícil de discutir es que *el concepto de daño debe entenderse y aplicarse en sentido jurídico*, descartándose uno amplio o a-jurídico. No en vano la doctrina tradicionalmente ha distinguido entre las simples aspiraciones o intereses personales de las víctimas y el daño jurídico, de modo de aclarar que solo este último es indemnizable⁵⁶. Es decir, el perjuicio que el ordenamiento jurídico respectivo determine como *daño resarcible*, según un conjunto de criterios y reglas de carácter sustantivo y adjetivo⁵⁷. De modo que no es un problema de teoría general, sino de derecho positivo⁵⁸, resultando en este sentido el concepto de daño resarcible una noción "jurídica" o "normativa"⁵⁹.

Si bien no es esta la ocasión para resolver en unas cuantas líneas los problemas y dudas conceptuales que históricamente ha presentado el concepto de daño, algunas reflexiones centrales en relación con lo anterior nos parecen necesarias.

Así, no se puede olvidar que la respuesta a la pregunta sobre qué daños son resarcibles y qué daños no son resarcibles es concreta y no abstracta. El ordenamiento jurídico respectivo contiene un sistema que permite en cada caso particular establecer los daños resarcibles por un sujeto individualizado, a otro también identificado. Es decir, no existe un elenco o lista *ex ante* de los daños precisos catalogados por el ordenamiento como resarcibles, que automáticamente puedan alegarse e indemnizarse. Por el contrario, la definición de daños resarcibles es el resultado de un proceso *ex post*, que realizan los órganos unipersonales o pluripersonales que el mismo ordenamiento jurídico dispone. De manera que el mismo "resulta

56 Ilustro el punto con las siguientes citas: "cualquiera sea la amplitud del concepto de daño, el ordenamiento de la responsabilidad tiene que definir los límites entre turbaciones a intereses que son daños en sentido jurídico y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad" (BARROS, ob. cit., n.º 143, p. 222); "la plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material sino, como es obvio, jurídica, es decir, siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general, para la responsabilidad en el derecho" (ALFREDO ORGAZ. *El daño resarcible, Actos Ilícitos*. Depalma, Buenos Aires, 1967³, p. 121); "lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante cualquier daño" (DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975²², p. 83).

57 Sin embargo, dado que el daño resarcible se determina por las reglas de cada ordenamiento jurídico, parece lógico intentar su conceptualización a partir del mismo ordenamiento. Es decir, tratar de responder a la pregunta sobre cuál es la noción de daño que se acoge en el sistema del propio ordenamiento. De manera que la noción de daño en Chile o Colombia perfectamente puede resultar más o menos distinta en variados elementos a la noción de daño de otros países latinoamericanos (sobre todo aquellos que han seguido fuentes distintas) o europeos.

58 CESARE SALVI. s.v. 'Danno', en *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), Utet, Torino, 1989, p. 64.

59 ALESSANDRO D'ADDA. *Risarcimento in forme specifica*, en ENRICO GABRIELLI (ed.), *Commentario del codice civile*, UGO CARNEVALI (coord.) *Dei fatti illeciti*, vol. 2, Utet, Torino, 2011, p. 620

configurable sólo como momento terminal de un procedimiento de cualificación, conducido según criterios normativos⁶⁰.

Ahora bien este proceso, al amparo del ordenamiento jurídico, apuntará en síntesis a la realización de un juicio de valor respecto de un evento ejecutado por un sujeto, que otro afirma como lesivo de un interés propio y que, según su parecer, potencialmente podría ser calificado de resarcible. Se trata de un proceso judicial que finalizará con un pronunciamiento de un órgano decisor acerca de si un sujeto tiene o no la obligación de indemnizar a otro y, en caso afirmativo, indicar en qué consistirá dicha prestación.

Más allá de las controversias que se han librado acerca de las nociones de ilicitud, injusticia o antijuridicidad, y de si deben aplicarse al daño o a la conducta, estamos en presencia de un proceso que valorará en definitiva las pretensiones alegadas por una parte en contra de la otra. En cuanto a esto último, recuerdo que no se puede perder de vista que la responsabilidad civil es una relación jurídica bilateral entre sujetos privados, como ya tuvimos ocasión de reafirmar en el acápite anterior. La responsabilidad civil atiende en definitiva a conflictos de interferencia de intereses y está llamada efectivamente a resolver problemas de coexistencia⁶¹. Desde esta perspectiva, ese juicio de valor necesariamente se debe realizar a través del paradigma del juicio comparativo de los intereses de las partes que confluyen en el hecho dañoso⁶². Pero claro, no de cualquier manera, sino con base en parámetros normativos⁶³.

La doctrina tradicionalmente distingue y sistematiza los requisitos o elementos que deben concurrir para que tenga lugar la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual. Sin embargo, el proceso para su configuración es unitario⁶⁴, orientándose todos ellos a la determinación de la existencia o no de un hecho ilícito, esto es, un daño resarcible⁶⁵. De manera que si, por ejemplo, no hay culpa del demandante respecto a las consecuencias de un hecho que ejecutó, la pretensión en relación a dichas consecuencias no constituirá en definitiva un daño resarcible; si no hay relación de causalidad entre la actuación del demandado y el

60 CESARE SALVI. *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*. Jovene, Napoli, 1985, p. 52.

61 MARIO BARCELLONA, *L' "ingiustizia" del danno e il doppio regime della responsabilità*, en ENRICO GABRIELLI (ed.), *Commentario del codice civile*, UGO CARNEVALI (coord.) *Dei fatti illeciti*, vol. 1, Utet, Torino, 2011, p. 202.

62 SALVI, *Danno*, cit., p. 69; BARCELLONA, *L' "ingiustizia"*, cit., p. 94.

63 SALVI, ob. cit.

64 BARCELLONA, *L' "ingiustizia"*, cit., p. 200.

65 En materia de responsabilidad civil, el ordenamiento no reacciona ante un hecho ilícito entendido simplemente como conducta contraria a derecho que amerita una sanción (que desde luego los hay). Sino ante el delito o cuasidelito de 'daño', que por el juicio negativo del mismo se le considera ilícito, antijurídico o injusto. Sin perjuicio de los efectos restrictivos que le da, me parece interesante, para Chile y los países que siguieron su Código, el recordatorio de CORRAL a la doctrina, en cuanto a que la antijuridicidad está expresamente establecida por el Cc.Ch. en los artículos 1437 y 2284: ob. cit., p. 111.

interés alegado como violado por el demandante, no existirá un daño resarcible⁶⁶; si se alegó lucro cesante en un caso en que la ley no lo admite, no habrá para los efectos del juicio concreto un daño resarcible; si no se prueba la lesión del interés, no hay un daño resarcible; si se probó un valor menor al alegado respecto a intereses patrimoniales, el exceso no será un daño resarcible; si la acción se extinguió por prescripción extintiva, no habrá tampoco daño a resarcir; etc. Todos estos elementos no se analizan *in abstracto*, sino relacionados con unas consecuencias que se alegan como dañosas.

Entonces, conforme a un conjunto de criterios y reglas del ordenamiento respectivo, se definirá concretamente la presencia o no de un daño calificable de resarcible, lo que significa técnicamente que el demandado tiene o no en su patrimonio una obligación y, en caso afirmativo, el objeto de esta. A su vez, también en caso afirmativo, ese mismo pronunciamiento implicará para el actor el reconocimiento de un derecho con igual objeto. La relación jurídica bilateral queda entonces definida normativamente. Lo que digo es simple y sabido, pero a veces —como dije— pareciera olvidarse.

La doctrina moderna reitera genéricamente que el daño resarcible es un 'interés jurídicamente protegido', lo que incluso ha sido recogido por el artículo 2:101 de los *Principios Europeos de la Responsabilidad Civil*⁶⁷. La expresión tiende a dar la idea de que existirían intereses calificados de reparables *ex ante*, *in abstracto* y con carácter unilateral, sin recordar que el concepto se determina concretamente a través de un juicio de valor de carácter normativo realizado en un proceso bilateral. Pareciera que la víctima tiene derecho a que se le repare un daño que el ordenamiento jurídico ya establece, sin respecto a una obligación correlativa de otro sujeto, que está aún por precisarse desde su misma existencia hasta su contenido preciso.

De hecho, los *Principios Europeos de la Responsabilidad Civil* no pudieron eludir la cuestión, y lo que en el artículo 2:102 pareciera ser a primera vista un listado de intereses protegidos *per se*, termina correspondiendo simplemente a un elenco de criterios que podrían tenerse en consideración por cada uno de los ordenamientos jurídicos respectivos. Así por ejemplo, se reconoce en el n.º (5) del artículo 2:102 que la protección podrá ser más amplia o más restringida por la '*naturaleza de la responsabilidad*', donde la relación bilateral es previa al daño, no pudiendo el daño resarcible desentenderse de esa fuente normativa (sin duda, las diferencias tradicionales entre el régimen contractual y extracontractual pesaron).

66 SALVI reconoce que cuando el ordenamiento ordena la reducción del monto de la indemnización en razón de concurrir un hecho no imputable al demandado, implica que esa "cuota de daño" no ha sido causada jurídicamente por el responsable, con lo cual queda excluida lógicamente del daño reparable: *Danno extracontrattuale*, cit., p. 53.

67 Art. 2:101. "Daño resarcible. El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido".

Pero particularmente interesa destacar el n.º (6) del artículo 2:102, el cual dispone, entre los criterios a considerar para el establecimiento de intereses jurídicamente protegidos, '*los intereses del agente, en especial su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos*'. De modo que la que parecía una definición tan absoluta de daño resarcible termina relativizada, al reconocerse la bilateralidad de la relación, la necesaria consideración de los intereses del damnificado y la protección que correspondería otorgar a sus propias posibilidades de actuar en la vida social⁶⁸. Asimismo, se reconoce que esa relación puede ser intervenida y valorada por intereses ya no individuales, sino de toda la comunidad (la justicia correctiva primero y la justicia distributiva a continuación se hacen presentes, entonces).

Luego, si hay algo claro es que las simples aspiraciones o frustraciones individuales no son ni pueden ser en sí mismas daños resarcibles. Requieren pasar por un proceso de calificación que determine cuáles y en qué parte jurídicamente constituyen daño resarcible. Esto es, la fijación en definitiva del *an debetur* como asimismo del *quantum debetur*, que se distinguen para efectos de mejor entendimiento, pero que forman parte del mismo proceso unitario ya referido. De modo que la investigación del *an* está compenetrada desde el inicio de aquella sobre el *quantum*, al límite de la identificación; la medida del resarcimiento nada tiene que ver con la pretensión de un juicio separado sobre el *quantum*, como si los daños fueran algo separable de la injusticia, como ya se ha visto⁶⁹.

Es en este contexto que encontramos en el ordenamiento jurídico reglas tan dispares en su precisión como la equidad, por una parte, o los límites cuantitativos de la responsabilidad, por otra. Ambos, si los hechos y el conflicto imponen su aplicación, serán utilizados por el órgano encargado del proceso destinado a la determinación de un daño resarcible. Y dicha aplicación será desde luego en coordinación con todos los criterios o reglas sustantivas y adjetivas que deben concurrir al proceso. Así por ejemplo, la equidad funcionará concretamente sobre la base de unas disposiciones que la llaman, y en relación a unos hechos y elementos probados durante el juicio. Lo mismo ocurrirá con los límites, a pesar de su objetividad. Piénsese, por ejemplo, que de acuerdo a los hechos probados y su valoración legal podría figurar una culpa del demandado que detona la inaplicabilidad del límite alegado; o bien, que la cuantificación del interés declarado protegible jurídicamente no alcanzó el umbral definido legal y expresamente.

68 "Il problema dell'ingiustizia' non sta solo nell'accertamento in capo al danneggiante di un potere di interferenza nella sfera del danneggiato (c.d. causa di giustificazione), ma concerne, più propriamente, l'esercizio di tale potere, le modalità secondo le quali una tale interferenza viene concretamente esperita": BARCELLONA, L'ingiustizia', cit., p. 201.

69 CARLO MAIORCA. I fondamenti della responsabilità. Giuffrè, Milano, 1990, p. 421.

5. CARÁCTER NO NORMATIVO, COMPLEJO Y LIMITADO DE LA IDEA DE UNA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

En la práctica, numerosas sentencias de distintos países aluden hoy en día al principio de la reparación integral del daño como supuesto fundamento para conceder las más variadas indemnizaciones. Ello daría la impresión de que el principio tiene carácter normativo, lo que además implícita o explícitamente ha sido sostenido por la doctrina favorable a este principio⁷⁰.

Sin embargo, si hay algo en que creemos existe unanimidad es en que el principio, entendido tradicionalmente, sigue siendo vago, indeterminado y sin que se sepa exactamente lo que es (siendo dudoso que se sepa lo que no es)⁷¹. Ello es reconocido incluso por los más ortodoxos defensores del principio de la reparación integral del daño⁷². No solo porque poco de concreto tiene un llamado genérico a restituir a la víctima a su situación anterior a través de la reparación de todos y cada uno de los perjuicios sufridos por ella, sino porque esta misma finalidad en la práctica no es posible, conformándose la doctrina con un simple retorno aproximadamente equivalente.

Con dicha vaguedad es imposible que realmente constituya un principio que tenga la calidad de regla *decisoria litis*, incluso en función interpretativa⁷³. Afirmar que puede decidir conflictos concretos es tan abstracto como señalar que todo proceso judicial se rige por el principio de la justicia, de modo que los juicios deben ser justos, teniendo la carga el juez de que así sea. De manera que el principio, conceptualizado como lo es tradicionalmente, no es capaz de señalar en concreto qué daños se deben resarcir y a cuánto ascienden las cuantías de los daños resarcibles. Es decir, no puede concretamente incidir por sí mismo ni en el *an debeatur* ni en el *quantum debeatur*.

La aplicación histórica del principio por la doctrina y la jurisprudencia francesa no soluciona el problema de fondo, y ello se debe a que lo que tiene lugar en el país galo, como en el resto de los países, son aplicaciones de 'la idea' de la reparación integral, pero no un desarrollo jurídico del principio. Es más, la gran ventaja que se le reconoce es el constituir un método de evaluación de los

70 MEDINA CRESPO, ob. cit., p. 129 y ss.; CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO. *El principio de la reparación integral del daño: sus contornos*, en *Estudios de derecho civil VIII*, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 563.

71 Como afirma MEDINA CRESPO, ob. cit., pp. 130 y p. 140. Este autor viene sosteniendo la misma idea desde hace trece años al menos (cfr. MARIANO MEDINA CRESPO. *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, t. iii, vol. II, Dykynson, 2000, p. 279). En todo este tiempo no ha logrado cambiar la afirmación de que se sabe lo que no es por la afirmación acerca de lo que es.

72 *Ibid.*, pp. 130 y p. 140.

73 ALEJANDRO ROMERO SEQUEL; MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN y JORGE BARAONA GONZÁLEZ. *Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil*, en *Ius et Praxis*, año 14, n.º 1, 2008, p. 230.

daños que se adapta inmediata y concretamente a las situaciones individuales y a las nuevas posibilidades de alivio para las víctimas resultantes de las ciencias, las técnicas y las condiciones sociales⁷⁴. O sea, su flexibilidad, el no entregar soluciones concretas directamente (con lo cual el método de la equidad se nos asoma irremediabilmente en el horizonte). No extraña entonces que, después de tantos años de aplicación, la única conclusión posible sea simplemente que el lugar en Francia del principio no es ser una regla de derecho, sino la sanción a una regla, no pudiendo indicarse elementos objetivos para la determinación de la sanción⁷⁵. Simplemente el avance es escuálido. Por lo mismo, no le queda a SANDOVAL más que reconocer que la idea de la reparación integral tiene fuerza obligatoria en Colombia, pero con la advertencia de que se trata de un principio (norma que ordena que sea realizado en la mayor medida posible) y no de una regla de derecho⁷⁶. Hasta el ultra defensor del principio MEDINA CRESPO, que ha escrito y tratado de construir una dogmática del mismo, se queja de que no existe un estudio monográfico sobre el principio normativo de reparación integral⁷⁷. Pero no es que deje a otros lo que personalmente no puede hacer, sino que la tarea es tan utópica como el mismo principio.

Mas si, como hemos dicho, la jurisprudencia recurre a él, habría que pensar que alguna función concreta debiera prestar. No son muchos los estudios profundos globales al respecto, pero MARÍA ROSARIA MARELLA tiene un interesante análisis de la jurisprudencia italiana, conforme al cual queda claro que, a pesar de la gran afección que aquella le tiene al principio, las funciones que cumple están bastante alejadas de una función normativa efectiva. Así, comenta que la principal función es simplemente 'declamatoria', permitiendo dar una importancia coherente a las motivaciones de la sentencia, resultando los motivos concretos de la decisión otros; o sea, nada permite decidir el principio directamente, pero adorna la decisión (suena mejor). Asimismo, en virtud de su fuerza sugestiva, se utiliza indiferentemente en favor del demandado y la mayoría de las veces en favor del demandante, prescindiendo de toda unidad de contenido y de directivas internas. Por tanto, si hay algo que decide, sería la existencia de un principio *pro damnato*, que orienta o no las decisiones en su favor según el caso⁷⁸. Y finalmente, en los

74 VINEY y JOURDAIN, ob. cit., pp. 114 y 115.

75 COUTANT-LAPALUS, ob. cit., pp. 97 y 105.

76 DIEGO ALEJANDRO SANDOVAL GARRIDO. *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*, Revista de Derecho Privado n.º 25, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 247.

77 Ob. cit., p. 130.

78 Nótese que hasta MEDINA CRESPO distingue el principio *pro damnato* del principio de la reparación integral, calificándolo expresamente de 'principio tendencial', en cuanto carece de valor normativo en sí mismo: ob. cit., p. 101. Ahora bien, si el principio de la reparación integral del daño cumple la función a veces de decidir la cuestión en favor de la víctima y esta decisión es solo tendencial y no normativa, queda en evidencia que

casos en que no desarrolla una función declamatoria, asume una heterogeneidad de perspectivas y significados, al punto de volverlo en cierta manera pleonástico y de alcance indeterminado y tendencialmente marginal⁷⁹.

Por otra parte, la revisión de la actual jurisprudencia así como de la doctrina que trata el principio de la reparación integral permite concluir que este es invocado la mayoría de las veces a propósito de los daños extrapatrimoniales⁸⁰. Como en este ámbito no hay ninguna referencia al valor del tipo de bienes jurídicos comprometidos, entonces no se ve horizonte que establezca un límite que no pueda traspasarse. El principio sirve entonces de simple excusa jurídica para satisfacer los más variados intereses de los demandantes, concederles indemnizaciones y por montos cada vez mayores⁸¹. Al respecto, no puede olvidarse que la extensión de la aplicación del remedio resarcitorio consistente en el pago de una suma de

el principio de la reparación integral, aunque lo invoque el tribunal, asume en el caso el mismo carácter: principio tendencial y no normativo.

79 MARÍA ROSARIA MARELLA. *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, en GIOVANNA VISITINI (ed.), *Trattato della responsabilità contrattuale*, vol. 3, Cedam, Padova, 2009, p. 33.

80 Por ejemplo, en doctrina, el trabajo de MEDINA CRESPO, tantas veces ya citado como defensor acérrimo del principio, se encuentra en un libro precisamente referido a la valoración del daño corporal. Asimismo, DOMÍNGUEZ HIDALGO, *Los derechos*, cit., pp. 409 y ss.; RUPERTO PINOCHET OLAVE. *El principio de la reparación integral del daño y su relación con la función social del derecho civil*. Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 585 y ss. (Estudios de Derecho Civil VIII); GIULIO PONZANELLI (ed.), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*. Cedam, Padova, 2007; FRANCESCO DONATO BUSNELLI. *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, *Rivista di diritto civile*, LVIII, fasc. 2, marzo-aprile, 2012, p. 129 y ss. En PAOLO CENDON (ed.), *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, I, *Parte generale*. UTET, Milano, 2009, se encuentran variadas referencias al principio, por ejemplo, la contribución del mismo PAOLO CENDON. *Duplicazioni no, risarcimento integrale sì* (pp. 485 ss.).

En cuanto a la jurisprudencia, el principio de la reparación integral ha sido citado particularmente por la Corte Suprema como un principio internacional en sentencias casi calcadas, relativas a procesos sobre derechos humanos, en las cuales los beneficios recibidos por ley por los demandantes han sido considerados compatibles con nuevas indemnizaciones de daño moral. Así, por beneficios económicos otorgados por la Ley 19.123, sentencia de 18 de julio de 2013, Rol n.º 519-2013, LegalPublishing On line CL/JUR/1553/2013 y sentencia de 4 de septiembre de 2013, Rol n.º 3841-2012, LegalPublishing On line CL/JUR/1964/2013. Por beneficios económicos otorgados por la Ley la Ley n.º 19.992, sentencia de 13 de enero de 2014, Rol n.º 4024-2013, LegalPublishing On line CL/JUR/39/2014.

81 Los más preocupados por la reparación integral y sus efectos son en definitiva juristas (abogados) que tienen interés en los resultados de los juicios. En Francia, los abogados "especialistas" en materia de daños corporales se encuentran agrupados u organizados: *Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels* (ANDAVI). Un abogado, que se declara especialista en estas materias, propone, para equilibrar la situación de poder de los demandados, que dentro de la reparación integral se consideren las asistencias y consejos profesionales y técnicos iniciales (o sea, una buena fuente de trabajo pagada por el demandado). CLAUDE LIENHARD. *Réparation intégrale des préjudices en cas de dommage corporel: la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire*, en *Recueil Dalloz*, 36, octubre 2006, p. 2488. También encontramos la obra de PHILIPPE PIERRE y FABRICE LEDUC (eds.), *La réparation intégrale en Europe, Études comparatives des droits nationaux*. Larcier, 2012, resultando ser los autores, miembros de la *Association nationale des victimes de la route du Luxembourg*.

dinero como equivalente al daño extrapatrimonial sufrido constituye un método que por su propia naturaleza implica un enriquecimiento para el favorecido con la indemnización⁸².

De modo que, cuando se le invoca, especialmente cuando el conflicto tiene como objeto daños extrapatrimoniales, detrás de los fallos se esconde una finalidad solidaria, de beneficencia o simple compasión, que muchas veces trata de justificarse jurídicamente a través del aparente principio en cuestión. A pesar de ello, la simple invocación, reitero, no lo convierte en un principio normativo o norma *decisoria litis*. La indeterminación respecto del valor con que deben resarcirse los daños extrapatrimoniales no se soluciona con más indeterminación, como es apelando al principio de la reparación integral del daño en el entendimiento tradicional.

Pero hay una cuestión mucho más de fondo que todo lo anterior, que nos parece deja en evidencia la inexistencia del carácter normativo del principio de la reparación integral. En la práctica, la insistencia en su conceptualización tradicional a lo que lleva es, de reconocérsele como principio, a caracterizarlo como un *principio de carácter complejo*. O sea, el principio de la reparación integral del daño no tiene un contenido propio que permita su aplicación directa, debiendo ser 'integrado' por diversos subprincipios, criterios y reglas jurídicas.

En efecto, el juez, a la hora de tener que determinar la procedencia o no de la reparación, respecto a qué daños y su monto, tiene que acudir a un sinnúmero de reglas sustantivas y adjetivas presentes en el ordenamiento jurídico respectivo. Son verdaderamente estas reglas las que reciben aplicación directa y permiten decidir los conflictos generados por la producción de daños y su indemnización.

Por ejemplo, los artículos 2314 y 2329 Cc.Ch. establecen conjuntamente la siguiente regla, base del sistema de responsabilidad civil: todo daño que una persona haya inferido a otra con malicia o negligencia de su parte, la obliga a indemnizarlo. Luego, son estas disposiciones las que consagran el derecho del damnificado de exigir que se le indemnicen los daños que otro sujeto (ahora deudor de la correlativa obligación) le causó con su conducta dolosa o culpable. El derecho al resarcimiento de la víctima es establecido entonces por reglas sustantivas del ordenamiento, no por el principio de la reparación integral. El juez, para resolver el conflicto, ¿aplica las citadas disposiciones o el famoso principio? Y cito particularmente este ejemplo, dado que se ha creído ver en el artículo 2329 Cc.Ch. (2356 Cc.Col.; 2256 Cc.Ec.; 2080 Cc.ElSal.) la disposición que implícitamente consagraría el principio (se dejan llevar por la palabra "todo" del

82 La suma indemnizatoria, respecto de los daños patrimoniales, reemplaza precisamente el valor perdido en el patrimonio de la víctima. Teóricamente, el titular del patrimonio queda en la misma situación patrimonial. Respecto de los daños extrapatrimoniales no reemplaza ningún valor, pero ingresa al patrimonio, resultando, patrimonialmente, una ganancia neta.

artículo 2329, como si, a falta de ella o de todo este artículo, el artículo 2314 no ordenara lo mismo)⁸³.

Se unirán criterios como los de la certeza del daño; la exigencia de la causalidad; la previsibilidad del perjuicio; la *compentatio lucri cum damno*, etc. Además reglas legales sobre capacidad; clases de daños; eximentes de responsabilidad; convenciones de las partes; etc. Y por último, una gran cantidad de criterios y reglas que comandarán el proceso, entre las que destacan las relativas a la rendición de la prueba. Es más, se encuentra generalizada en los distintos ordenamientos la admisión de la transacción o de los acuerdos reparatorios, de modo que el primer instrumento de medición del daño es subjetivo, y depende de la propia víctima que acepta la reparación. Puede no estar efectivamente satisfecha, pero para el ordenamiento jurídico lo está, efecto idéntico al que tendría lugar con una sentencia que no le place al demandante.

Son todos los anteriores criterios y reglas los que decidirán directamente si deben o no indemnizarse tales o cuales perjuicios y en qué monto, y no el principio de la reparación integral del daño. O, dicho de otro modo, este, si resuelve la causa, lo hace integrado por todos dichos criterios y reglas, pues no tiene un 'contenido efectivo'⁸⁴.

En algunos casos particulares, y sobre todo en materia de daños extrapatrimoniales, faltan reglas que permitan determinar de mejor manera los daños resarcibles y su cuantificación. En ellos, como último recurso, el juez debe fallar conforme a la *equidad*. No es el criterio o la regla más precisa para la determinación de los daños, lo cual es indiscutible. Sin embargo, y es lo que nos interesa destacar, inclusive en estas situaciones el legislador ha proveído de la regla a la cual acudir, ya sea ordenando recurrir a ella directamente; o bien como regla de interpretación de las disposiciones que conforman el sistema de la responsabilidad civil; o bien para integrar este sistema. Respecto a estos últimos dos sentidos, se recuerda que expresamente el Código Civil chileno contiene el recurso a la 'equidad natural'⁸⁵

83 Es correcto el comentario de RUZ, en orden a decir que en el artículo 2329 Cc.Ch. no se reconoce el principio de la reparación integral, sino el derecho de la víctima a ser indemnizada: cfr. GONZALO RUZ LÁRTIGA. *La reparación integral del daño: mito o realidad?*. Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 430.

84 Utiliza esta expresión MARELLA, ob. cit., p. 53. Por su parte, SALVI se da cuenta de la problemática, realizando un esfuerzo para coordinar el principio de la reparación integral del daño con las reglas legales para la determinación del daño indemnizable: cfr. CESARE SALVI. *La responsabilità civile*. Giuffrè, Milano 2005², p. 250 y ss. Tiene momentos lúcidos, cuando califica de límite del principio la regla que circunscribe el resarcimiento a los perjuicios previstos al tiempo en que surge la obligación (art. 1225) (p. 255), o cuando plantea que las reglas que ordenan una valoración equitativa al juez, sea por la falta de prueba (art. 1226) o por implicar un juicio probabilístico respecto del lucro cesante (art. 2056 inc. 2º), no derogan el principio de la reparación integral (p. 258).

85 Expresión que significa recurrir al derecho romano. Cfr. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO. *El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el derecho chileno*, en *Revista de Ciencias Sociales* n.º 18-19, Universidad Católica de Valparaíso, 1981, p. 142.

(art. 24), así como los que le siguieron (arts. 32 Cc.Col.; 18, 6 Cc.Ec.; 24 Cc.ElSal.). Y en todo caso, el desarrollo del método equitativo y su potencialidad tiene una larga tradición incluso en la jurisprudencia de países europeos desde los cuales nos llegan novedosas clases de nuevos daños⁸⁶.

De modo que la equidad también integraría el principio de la reparación integral del daño y sería en definitiva la regla *decisoria litis* que le infunde a su vez contenido a este principio. Por lo mismo debiera citarse, sin perjuicio de aludir al principio en función declamatoria si así lo desea el tribunal. Lo que no debería ocurrir, es citar el principio sin aludir a la equidad, cuando es esta la que ha resuelto la cuestión controvertida⁸⁷. Desde esta perspectiva, en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 colombiana⁸⁸, efectivamente normativo es el recurso a la equidad, no así la referencia al principio de la reparación integral del daño.

Habitualmente lo expresado no se mira positivamente, estos es, como criterios o reglas legales sustantivos o adjetivos que integran el principio, sino negativamente: dichos criterios o reglas serían constitutivos de límites o restricciones al principio⁸⁹. Si así fuera, necesariamente se deberá concluir que el principio es

SANDRO SCHIPANI. *Rileggere i Digesta. Enucleare i principii. Proporli*, en ANDREA TRISCIUOGGIO (ed.), *Valori e principii del diritto romano, Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 63 y 68 especialmente.

86 Interesante análisis de la jurisprudencia italiana en cuanto al uso del método equitativo puede verse en VALENTINA DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*. Cedam, Padova, 1999. Se advierte de su análisis que dicho método puede ser empleado tanto en la determinación del *an* como del *quantum*, según la naturaleza de los perjuicios. Así, respecto del daño biológico y a la persona, su utilización estaría restringida al *quantum*; en el ámbito de los derechos de la personalidad el único método para la determinación del *an* por falta de prueba es el método equitativo; y, respecto al daño existencial, a veces sirve para su cuantificación, y en otras para el establecimiento del daño mismo. También es posible reconocer los parámetros objetivos y subjetivos a los que la jurisprudencia recurre en la aplicación del método. Finalmente, deja en evidencia su aplicación en muy diversos ámbitos, como son el de los daños a la persona, el de los derechos de la personalidad, el de las inmisiones y el daño ambiental, o el de los daños contractuales, así como otras distintas tipologías de daños.

87 HERVADA habla precisamente de reparación equitativa cuando el bien dañado no es equiparable a otros bienes (cit., p. 295). CENDON y ROSSI citan a propósito del principio un par de sentencias italianas que expresamente aluden a valoración equitativa: cfr. PAOLO CENDON y RITA ROSSI. *Il quadro di riferimento*, en PAOLO CENDON (ed.), *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, 1, parte generale. Utet, Torino, 2009, p. 47.

Reconoce SANDOVAL que el criterio de equidad es el que en definitiva serviría para modular el principio de reparación integral y llevar hasta donde sea posible la expectativa de indemnización: ob. cit., p. 267. Además este autor cita a HENAO, quien duda del principio, entre otras razones, porque la aplicación de la equidad por los jueces relativiza su practicidad: ob. cit., p. 264, nota 63.

88 Cfr. *infra* nota 96.

89 Más que decidior, RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Los límites al principio de la reparación integral*, en *Revista chilena de derecho privado*, 15, diciembre 2010, p. 9-28; COUTANT-LAPALUS, ob. cit., p. 245 y ss.; DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El principio de la reparación integral del daño*, cit., p. 565.

Por su parte, en el artículo 10:101 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* expresamente se reconoció que no se puede pasar por alto que existan ciertos límites que

intrínsecamente limitado y no extrínsecamente restringido. Es decir, no se trata de un principio que dice relación con un objeto más amplio, que sufre desde afuera limitaciones o derogaciones que no le son propias. Por el contrario, su objeto tiene la dimensión y contornos que cada ordenamiento jurídico dispone.

Los partidarios del principio intentan en ocasiones colocar a este en un nivel jerárquico superior a todas las demás disposiciones del ordenamiento jurídico. Y bajo tal consigna deducen una serie de efectos que el principio tendría: no hay que considerar la gravedad de la conducta; no hay que considerar la fortuna de las partes; la indemnización debe ser ampliada a todo daño material o moral; no pueden existir cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad, etc.⁹⁰. Por supuesto que ante tales pretensiones toda regla que se oponga a las mismas es vista como un límite que hay que derribar.

Con tal jerarquía y consecuencias, efectivamente el principio de la reparación integral no solo sería un principio, sino una regla de derecho. En tal condición, gozaría de los caracteres de normativa y simple (no compleja), de aplicación directa e inmediata. ¿Cuál sería el efecto? La existencia de una única regla: las víctimas tienen derecho a que se les indemnicen todas y cada una de sus pretensiones. Quedan derogadas todas y cada una de las reglas que configuran la responsabilidad civil: desde la culpa hasta los baremos, pasando por las reglas de causalidad, las distinciones clásicas de daño emergente y lucro cesante y los límites cuantitativos a las indemnizaciones en sectores de responsabilidad objetiva. Es más, se acaba la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva. Y así tiene que ser, porque cada una de estas reglas conllevaría, cual más o cual menos, una limitación al a ese punto absoluto derecho de la víctima a ser reparada integralmente (que exista o no un obligado es un detalle, no importa, se trata del derecho de daños, no de la responsabilidad civil). Los tribunales, en cada caso concreto, verán a quién y a cuánto obligan a pagar para indemnizar a la víctima. Qué interés o qué frustración de la vida admite tutela, y cuál no, es una cuestión entregada a la jurisprudencia, entendiendo que su tarea es siempre favorecer a la víctima, que esta salga 'plenamente satisfecha' del tribunal.

Que aceptemos un panorama como el anterior es tan utópico como la misma idea de reparación integral, pues finalmente es la negación misma del derecho. Luego, basta que introduzcamos una regla, sustancial o procesal, para que el principio pierda su carácter normativo, y adquiera los caracteres de complejo e intrínsecamente limitado. Ello sin contar que las supuestas consecuencias del principio son dejadas de lado permanentemente por razones de equidad u otras motivaciones que corresponde atender. Así ha ocurrido históricamente en

controlan el principio de restitución integral. Cfr. MIQUEL MARTIN-CASALS (ed.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, Texto y comentarios*, trad. REDPEC, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 204.

90 DOMÍNGUEZ HIDALGO, *Los derechos*, cit., pp. 415 y ss.

materia contractual al atenderse al dolo y a la culpa para fijar la responsabilidad sobre los daños imprevistos y previstos (arts. 1558 Cc.Ch.; 1616 Cc.Col.; 1601 Cc.Ec.; 1429 Cc.ElSal.), regla que nuevas voces defienden que se extienda a la responsabilidad aquiliana⁹¹. Pero hoy en día el legislador también faculta al juez para reducir equitativamente la reparación cuando hay excesiva diferencia entre la gravedad de la culpa y el daño⁹², o para tener presente la fortuna de las partes como criterio de fijación de las indemnizaciones⁹³, o bien, se puede condenar a un no culpable a una indemnización equitativa por los hechos del incapaz⁹⁴. Las 'excepciones' al principio confirman su falta de carácter normativo o simplemente su inexistencia como tal, así como la imposibilidad de regular las reparaciones de un modo general, pues las situaciones jurídicas son múltiples, correspondiendo a cada una regulaciones que pueden ser particulares con base en fundamentos enteramente atendibles. La idea entonces de reparación integral queda sujeta a los criterios y reglas que el ordenamiento respectivo contenga.

Ahora bien, seguramente el lector ya se ha preguntado a esta altura qué diferencia hay entre los principios, criterios y reglas del ordenamiento jurídico respectivo que permiten determinar el daño resarcible según lo visto en el acápite anterior, y los que integrarían el principio de la reparación integral del daño y que forman parte del mismo como limitaciones. La respuesta es simple: ninguna. Son exactamente los mismos. Y obviamente que es así, porque, además de que no existe un conjunto diferente de reglas sustantivas y procesales para el principio en cuestión, no tendría ningún sentido afirmar que se aplican unas reglas para la determinación del "daño" jurídicamente reparable y otras para la determinación de la reparación integral del "daño". Es decir, no hay ni puede haber reglas distintas para la precisión del *an debetur* y del *quantum debetur*.

De modo que lo que debiera hacerse es reconocer que el principio de la reparación integral del daño es una simple idea o aspiración no normativa, compleja e intrínsecamente limitada por reglas que sí tienen carácter normativo, y que por lo mismo se confunde simplemente el principio con el proceso de determinación del daño resarcible que sí es normativo.

A mi juicio, es esto en definitiva lo que advierte la sentencia del 22 de julio de 2008 de la Corte Suprema de Chile, cuando señala expresamente que la reparación integral del daño es una "doctrina que elimina las diversas distinciones que pueden hacerse en relación a los perjuicios (daño patrimonial, daño emergente, lucro cesante, directos e indirectos, previstos e imprevistos, daño moral)", lo que

91 CRISTIAN BANFI DEL RÍO. *Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes*, en *Ius et Praxis*, año 18, 2, 2012, p. 3 a 32.

92 Art. 944 Cc.Br.

93 Arts. 1069 Cc.Arg.; 89 Cc.Cu.; 1655 n.º 3 Cc.Gua.; 994 Cc.Bol.; 1644-a Cc.Pan.; 494 Cc.Por.; 829 BGB; 1916 inc. 4º Cc.Mex. (D.F.).

94 Arts. 2047 Cc.It.; 1977 Cc.Per.; Art. 989 Cc.Bol.; 24-b de la Ley General de Responsabilidad danesa.

constituye una '*posición dogmática totalmente ajena a nuestro ordenamiento jurídico civil*'. De la lectura de este fallo se advierte además que la Corte, en consecuencia con lo expresado, lo que hace es aplicar en todo momento los criterios y las reglas sustantivas y procesales dados por el ordenamiento jurídico chileno para decidir la causa, dejando en claro que son ellos, y no la idea de la reparación integral del daño, lo que debe determinar la causa y sus particulares conflictos. Por ejemplo, ante la alegación de los recurrentes de la falta de reparación integral conforme a los artículos 2314 y 2329 Cc.Ch. (que dice 'todo daño'), responde que ya se concedió indemnización según una responsabilidad legal establecida en la Ley 17.336 (sobre propiedad intelectual); o bien, en cuanto a las alegaciones por el monto fijado, señala la Corte que los jueces establecieron el *quantum* conforme un parámetro objetivo que estaba en un convenio (3,6%) como parte de los antecedentes de la causa (o sea en la prueba rendida), determinando "un porcentaje *equitativo* que constituyó el *quantum* de la indemnización"⁹⁵.

6. LA LEGALIZACIÓN O CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO NO MODIFICA SU NATURALEZA, SU CONTENIDO NI SUS EFECTOS

Existe cierta tendencia a pretender la consagración expresa del principio en textos legales o constitucionales o, al menos, a interpretar las disposiciones legales o constitucionales de modo de lograr su reconocimiento implícito.

En cuanto a la legalización, y no obstante las diversas dificultades que presenta, nos encontramos con que ha comenzado a ser *introducido expresamente a la legislación*

95 Corte Suprema, Rol 4234-06, Microjuris On line, MJCH_MJJ17727. Integró la Sala redactora del fallo don SERGIO MUÑOZ, actual presidente de la Corte Suprema.

En otros fallos en que por el contrario se ha reconocido el principio, la Corte tampoco resuelve con base en este, sino conforme las disposiciones del Código Civil. Así, en sentencia de 28 de marzo de 2013, a pesar de estimar que a partir del artículo 2329 Cc.Ch. se ha desarrollado el 'Principio de la Reparación Integral del Daño', falla según la distinción de daños del artículo 1556 Cc.Ch. La Corte estima que el demandante confundió en su petición las categorías de daño emergente y lucro cesante, y que lo solicitado por concepto de lucro cesante se desestima por falta de prueba (hay normas procesales involucradas). Microjuris On line MJCH_MJJ34724 | ROL:3844-10, MJJ34724.

Otro ejemplo es la sentencia de 19 de agosto de 2010. La norma central es nuevamente el artículo 1556 y la clasificación ya citada. De acuerdo a la prueba rendida y a la evaluación prudencial judicial de los perjuicios, correspondía la reparación del lucro cesante y no del daño emergente pretendido, aclarándose que la procedencia de uno no implica, necesariamente, la rescabibilidad del otro. Declara expresamente (para aclarar que las disposiciones sustantivas y procesales resuelven la cuestión y no el principio) que la invocación del principio de la reparación integral se torna insuficiente para aumentar el monto indemnizatorio en los términos reclamados. Microjuris On line MJCH_MJJ24590 | ROL:7440-08, MJJ24590.

de varios países latinoamericanos, como ha ocurrido en Colombia⁹⁶, México⁹⁷ y Argentina⁹⁸. En este último país se pretende su incorporación al nuevo Código Civil⁹⁹.

En otros países, a falta de norma expresa, se persigue el mismo reconocimiento vía interpretación de la ley. Esto es, ante la falta de consagración legal, la doctrina igualmente interpreta las normas vigentes en orden a entender comprendidas en ellas el principio en comento. Es el caso de Chile, donde se ha entendido por algunos que la expresión 'todo daño' del artículo 2329 del Código Civil precisamente da cuenta de la presencia del principio en el ordenamiento chileno, ello tanto por la doctrina¹⁰⁰ como por la jurisprudencia¹⁰¹. Lo mismo podría decirse para los países que siguieron la norma (arts. 2256 Cc.Ec.; 2080 Cc.ElSal; 2356 Cc.Col, aunque en este último caso no sería ahora más que un complemento al reconocimiento legal expreso antes citado). Y si la interpretación de la expresión 'todo daño' fuera esa, el Código Civil de Guatemala sería bastante decidor, al intitularse el Capítulo Único, del Título VII, de la primera parte del Libro V: "Todo daño debe indemnizarse".

A medio camino entre los dos extremos anteriores podemos ubicar el trabajo doctrinario ya citado, como son los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad*

96 A través de la Ley 446 de 1998 que expresamente estableció la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atendiendo a "los principios de reparación integral y equidad" (art. 16).

97 La Ley Federal de responsabilidad patrimonial del Estado de 2004 (DOF 31.12.04) dispone en su artículo 12 que "las indemnizaciones corresponderán a la reparación integral del daño, y en su caso, por el daño personal y moral".

98 El artículo 54 de la Ley n.º 24.240 sobre defensa del consumidor (artículo incorporado por 27 de la Ley 26.361, B.O. 7/4/2008), en materia de las acciones de incidencia colectiva, señala en su inciso 3º que "si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá (la sentencia) las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral".

99 Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, art. 1740: "*Reparación plena*. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable". Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/>

100 Cfr. DÍEZ SCHWERTER, ob. cit., p. 160; BARROS, ob. cit., n.º 163, p. 255; DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El principio de la reparación integral del daño*, cit., p. 562; PINOCHET, ob. cit., p. 591. Este último autor agrega que el principio en Chile se encuentra además consagrado en el artículo 3º letra e) de la Ley de Protección de los Consumidores (Ley 19.496), que dispone: "el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor".

101 Corte Suprema, sentencia de 12 de septiembre de 2013, Microjuris, MJCH_MJJ36081/ROL: 3852-13; Corte Suprema, sentencia de 22 de julio de 2008, Microjuris, MJCH_MJJ17727/ROL: 4234-06; Corte Suprema, sentencia de 18 de mayo de 2010, Microjuris, MJCH_MJJ23790/ROL: 6705-08; Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 24 de agosto de 1995, Microjuris, MJCH_MJJ2841/RDJ2841.

civil, que, no obstante no tener propiamente rango legal, influyen lógicamente en la interpretación que pudiere hacerse de las disposiciones legales europeas, así como para futuras intervenciones legislativas. El artículo 10:101, si bien no alude directamente al principio ni menciona su nombre, regula el patrón y método de valoración¹⁰². Es más, los integrantes del grupo que desarrolló dichos principios entienden haberlo consagrado¹⁰³.

En lo que respecta a la constitucionalización, no conocemos de una consagración expresa, aunque sí la disputa acerca de si las disposiciones constitucionales acogen o no implícitamente el principio. Desde luego, a veces algunos textos constitucionales podrían favorecer una conclusión positiva por sobre otros, como es el caso del artículo 41 de la Constitución costarricense¹⁰⁴.

Conocido es el arduo debate que en particular ha existido sobre el punto en España, precisamente ante las limitaciones a las indemnizaciones que representarían los topes indemnizatorios introducidos por la Ley 30/1995^[105]. Recuerdo al respecto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del año 2000, el cual declaró finalmente a la citada ley como constitucional (salvo en la aplicación de límites en materia de incapacidad temporal, cuando hay culpa relevante del demandado). Cuestión central en la disputa era la pretensión de que el citado órgano declarara que el principio de la reparación integral del daño tenía rango constitucional a través del artículo 15 de la Constitución (derecho a la vida y a la integridad física y moral), lo que fue rechazado, pues dicha disposición impondría al legislador la protección de la vida, integridad física y moral, pero sin intervenir en el régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes. O sea, ordena su reparación al legislador como parte de la protección, pero no interviene en el cómo y cuánto se indemnizará¹⁰⁶. Por

102 Art. 10:101. "La indemnización es un pago en dinero para compensar la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño".

103 "Ello comporta el reconocimiento del principio de compensación íntegra de la pérdida del dañado (*restitutio in integrum*): en general debe ser compensado todo el daño. No obstante, no se puede pasar por alto que existen ciertos límites que controlan el principio de restitución integral". *Principios de derecho europeo*, cit., p. 204.

104 Art. 41: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Deberá hacerse justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". RIVERO, basado en la norma constitucional, desarrolla la idea de que el fundamento de la responsabilidad es simplemente la norma jurídica, desechando la culpa, el riesgo creado y la antijuridicidad como tales. Se indemniza porque una norma así lo manda. Cualquier otra fundamentación sería una denegación de justicia. Cfr. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ. *Responsabilidad civil*. Díké, Medellín, 2001², en particular, p. 44, 68 y ss.

105 Puede verse síntesis del mismo y bibliografía al respecto en LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. V, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 189-207.

106 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia 181/2000 de 29 junio, Thomson Reuters Aranzadi, On line RTC\2000\181. Sintetiza el Tribunal que se alega ante él que "el legisla-

ello, la conclusión es que el principio no se declaró con rango constitucional pero sí un principio legal, lo que la doctrina abona siguiendo el camino de interpretar en dicho sentido las disposiciones del Código Civil¹⁰⁷.

En Italia, por su parte, se ha entendido que el legislador goza de libertad para restringir el daño dentro de ciertos márgenes, no existiendo una imposición constitucional a partir del principio de la reparación integral del daño¹⁰⁸. De igual manera, en Francia se reconoce el valor constitucional del derecho a la reparación de los perjuicios, no así a la reparación integral, reconociéndosele al legislador la facultad de regulación¹⁰⁹.

Ahora bien, ¿qué le cambia al principio de la reparación integral su reconocimiento expreso a nivel del derecho positivo? Nos parece que desde un punto de vista sustancial no existe ningún cambio, pues tanto la naturaleza del supuesto principio como sus efectos y defectos siguen siendo los mismos. Es decir, el supuesto principio, con consagración legislativa o constitucional, sigue siendo lo que es (para algunos un principio y para otros no); no gana en contenido ni resuelve las cosas de manera distinta de como hoy lo hace cuando es invocado. De hecho, la consecuencia de legalizarlo o constitucionalizarlo es idéntica en este caso a la de cambiarle el nombre, modificación que desde luego solo resulta

dor deberá reparar el daño personal que se hubiese ocasionado acogiendo aquel remedio sustitutivo que deje a la víctima en una situación lo más próxima posible a aquella de la que disfrutaría si el hecho lesivo no se hubiese llegado a producir, lo que convierte al tradicional *principio civil de la reparación integral* en contenido necesario de la tutela civil de los daños personales. Puesto que no es posible la reparación '*in natura*' de la vida ni de la integridad física y moral, de entre los distintos remedios posibles para reparar civilmente los daños corporales el legislador deberá optar por aquél que más se aproxime a la consecución, en cada caso, de la total indemnidad del daño personal sufrido por la víctima". A ello responde el Tribunal que si bien reconoce que el mencionado artículo 15 "contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado", dicho mandato "no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el art. 15 de la Constitución". Lo anterior porque "en el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art. 15 CE), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el artículo 15 CE impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes.

107 En el artículo 1902 Cc.Es., en relación con los artículos 1101, 1103, 1105 y demás concordantes, se establecería un sistema de resarcimiento informado por el principio de "*restitutio in integrum*", de modo que si el principio no es constitucional, al menos es legal. Cfr. MEDINA CRESPO, ob. cit., pp. 136 y 137.

108 GIULIO PONZARELLI. *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, en MAURO BUSSANI (ed.), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 67 y ss.

109 COUTANT-LAPALUS, ob. cit., pp. 117 y 118.

formal, pues no afecta su contenido y por ende los resultados que de su aplicación práctica se obtienen¹¹⁰.

De esta manera, el entendimiento de que el principio de la reparación integral del daño obligaría a dejar a la víctima en la situación más aproximada a la que se encontraba antes del hecho dañoso no parece cambiar con su legalización o constitucionalización. Tampoco cambian las dificultades para tratar de alcanzar dicho resultado, especialmente cuando se trata de perjuicios extrapatrimoniales. Consagrar el principio de la reparación integral en la ley o en la constitución solo cambia la fuente del derecho, de natural a derecho positivo, pero no su sentido y alcance. Su sustancia o contenido, que sería reparar en lo posible, como se pueda y hasta donde se pueda, de acuerdo a la comprensión tradicional del principio que la mayoría adopta¹¹¹, se mantiene incólume.

Nótese en este sentido las opiniones de MEDINA CRESPO, quien distingue entre el 'ideal normativo' y la 'realidad normativa', perteneciendo la primera al 'derecho natural' y la segunda al 'derecho positivo'. La primera correspondería a la utopía inalcanzable, "porque sabido es que no cabe la *restitutio in pristinum* y tampoco una estricta y absoluta *restitutio in integrum* por equivalencia"; mientras que la segunda correspondería a la justicia humana 'razonablemente agible' de forma más o menos precisa según la índole de los daños. La experiencia demostraría que quien se refiere al principio como una utopía "se pone (casi) siempre al servicio de convalidar una reparación parcial que queda manifiestamente alejada del umbral de la *reparación razonable* que, en sentido técnico, constituye una *reparación completa*"¹¹².

Como se aprecia, la legalización o constitucionalización del principio supondría entonces cambiar la naturaleza de la fuente, pasando de un principio de derecho natural a una regla de derecho positivo, pero que en cuanto al fondo nada cambia. Más bien el citado autor realiza un juego de palabras, de modo de generar una formal diferencia, donde no la hay. La *reparación completa* sigue siendo aquella simplemente *razonable*, porque la *restitutio in pristinum* no es posible, así como tampoco una estricta y absoluta *restitutio in integrum*. El principio sería lo que se dice que es, y tiene el contenido que se dice que tiene, no pudiéndosele pedir más.

Otra cosa es pretender alcanzar algunas ventajas prácticas que resultan de positivar este principio, como por ejemplo en el plano psicológico y procesal, según se desprende de las opiniones del mismo MEDINA CRESPO. Así, si el principio es simplemente considerado una utopía, esta funcionaría como distopía dice el

110 Precisamente, comentando la cuestión de cuál habría sido el nombre más apropiado para el principio en comento, SANDOVAL concluye que "el sentido simbólico que puede otorgársele a una palabra debe examinarse según su contenido jurídico y, sobre todo, con su posibilidad de ser en la práctica": ob. cit., p. 246.

111 Siguiendo a ALEXY, comparte la característica de tratarse de normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, SANDOVAL, ob. cit., p. 245.

112 MEDINA CRESPO, ob. cit., p. 130.

autor¹¹³, pues de las palabras antes transcritas se concluye que si en definitiva se le considera una utopía, psicológicamente el juez no haría el máximo esfuerzo por alcanzar la integridad ya que estaría consciente de que no es posible hacerlo; en cambio, si la ley o la constitución consagran el principio, aunque es una utopía, ese mismo juez tiene la obligación de realizar mayor esfuerzo, no pudiendo abandonarse a la conciencia de su imposibilidad (tiene que tratar de alcanzar lo más posible lo inalcanzable).

Por otra parte, la legalización o constitucionalización del principio permitiría aparentemente alcanzar un objetivo práctico instrumental en el plano procesal, pues toda supuesta infracción al principio significaría una violación de la ley y por tanto susceptible de ser objeto de un recurso de casación¹¹⁴. Desde luego, dicha infracción resultaría más grave si fuera a una norma constitucional.

En definitiva, no obstante el entusiasmo con que algunos han propugnado y logrado su sanción legislativa, o intentan interpretar las disposiciones legales vigentes para darle cabida, ello no basta para que de principio no normativo se convierta en principio normativo, despejando de paso las dudas acerca de si es un verdadero principio o un mero deseo, o ideal, o una simple y bien intencionada aspiración, o una idílica utopía, como piensa una muy buena parte de la doctrina¹¹⁵.

Ahora bien, lo dicho en precedencia tiene una consecuencia importante: si hay defecto o exceso en la indemnización no hay una vulneración al principio de la reparación integral del daño¹¹⁶, sino en general, a la norma positiva, cualquiera sea su rango, que establece el derecho del damnificado a ser indemnizado por quien ilícitamente le causó el daño; o bien, particularmente, a alguna regla sustantiva o adjetiva aplicada equívocamente u omitida por los tribunales inferiores en el proceso judicial, reglas entre las que se podría encontrar la equidad¹¹⁷. Prueba de ello es que lo histórico más bien ha sido que no se regule el principio de la reparación integral en el derecho positivo, y de hecho, en la mayoría de los países no se encuentra consagrado expresamente. ¿Alguien podría pensar que, en caso de que el juez concediera una indemnización mayor o menor a la que corresponda, la sentencia no podría ser objeto de casación? Me parece que no, con lo cual se

113 *Ibíd.*

114 Así lo explicita MEDINA CRESPO, ob. cit., pp. 137 y 138.

115 ANDRÉ TUNC. *La responsabilité civile*. Economica, Paris, 1981, n.º 172, p. 143; RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparativista*, *Revista de Derecho*, año LVIII, n.º 188, Universidad de Concepción, 1990, p. 136; ROBERTO LÓPEZ CABANA. *Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 10/2000, p. 222 y 223; ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit. p. 109; CORRAL, ob. cit., p. 94.

116 Como sostiene MEDINA CRESPO, lo que no cambia por utilizar nuevamente ampulosos términos para describir el defecto o el exceso: ectomía valorativa o auxesia valorativa; cfr. ob. cit., p. 144.

117 ROMERO et al., ob. cit., pp. 240 y ss.

ratifica que la vulneración no es al principio de la reparación integral, sino al derecho señalado y a otras reglas sustantivas o procesales del ordenamiento respectivo.

De modo que no se requiere de un principio de la reparación integral del daño en sentido tradicional ni siquiera para alcanzar las consecuencias prácticas que se esperan de la legalización o constitucionalización de aquel.

7. EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN 'INTEGRAL' DEL DAÑO NO APORTA CONTENIDO AL 'DAÑO RESARCIBLE'

Los efusivos sostenedores del principio de la reparación integral del daño desde luego pretenden que la agregación de 'reparación integral' adicione algo. Lamentablemente no ocurre así.

Respecto a la palabra 'reparación', esta significa precisamente "satisfacción completa de una ofensa, *daño* o injuria"¹¹⁸. Y parece obvio, ciertamente. Si no se satisface completamente el daño, no se repara. Luego, huelga 'integral', de modo que el principio sería simplemente de la reparación del daño, pues el adjetivo 'integral' no agrega nada. Se trataría quizás de una redundancia dirigida a reafirmar la reparación; o sea que la 'reparación' tiene que ser 'reparación', no otra cosa (es como ir a una carnicería y decir quiero filete, pero que sea filete, como para asegurarnos de que no nos darán un trozo de carne de otra clase).

Lo que parece absurdo, originalmente no lo era tanto, en cuanto el término inicial era 'restitución', en el sentido de volver al estado anterior en naturaleza. Lo que se pretendía era lo que se conoce hoy como la reparación en forma específica, de modo que el daño se restituyera efectivamente al tiempo anterior a su producción. Obviamente esto solo puede funcionar respecto de los daños materiales, no así abarcando a los extrapatrimoniales que no pueden 'restituirse', sino solo indemnizarse.

Entonces, reparación es sinónimo de indemnización, en el sentido de una cantidad de dinero que deja a la víctima *indemnís*, libre o exenta de daño. Luego, nuevamente no se requiere o resulta redundante 'integral', porque este adjetivo forma parte del concepto de indemnización. Si alguna parte del daño faltase por pagar, el damnificado no saldría de esta condición, pues no habría sido dejado libre o exento de daño¹¹⁹.

Se comprenderá que un principio que ordena reparar o indemnizar el daño no aporta absolutamente nada a la regla fundamental que todos los códigos civiles contienen, consagrando el derecho de la víctima a ser indemnizada o reparada, tanto en materia extracontractual como contractual.

118 RAE, 22ª ed., en línea.

119 MEDINA CRESPO, defensor ortodoxo del principio, precisamente reconoce que el principio "se expresa también como principio de indemnidad y, con fórmula enfática, aunque pleonástica, como principio de la total o plena indemnidad": ob. cit., pp. 120 y 121.

Según los partidarios del principio de la reparación integral del daño, hay básicamente dos consecuencias fundamentales que de él se derivarían, especialmente ligados al adjetivo 'integral': uno, consistente en que debe repararse todo el daño y nada más que el daño; el otro, en que deben repararse todos y cada uno de los daños¹²⁰. Sin embargo, ninguna de estas consecuencias se deduce realmente del famoso principio, ni menos del adjetivo 'integral'.

En efecto, la extensión del resarcimiento no puede sino derivar del mismo daño¹²¹. Una pretendida indemnización mayor o menor al daño no es indemnización. Si asciende a una cantidad superior, en todo el exceso está enriqueciendo sin derecho a la víctima, pues es un no daño; y si asciende a una cantidad inferior, no hay reparación, pues el faltante es daño que debe cubrirse y no se ha satisfecho, no quedando la víctima indemne. De modo que en ambos casos estaríamos ante una sentencia condenatoria que establece el pago de una cantidad de dinero que no tiene el carácter de indemnización.

Por otra parte, sería un simplismo y un absurdo para los propios partidarios del principio pretender que se necesita de este solo para entender el singular en plural; o sea, donde la ley dice 'daño' debe entenderse 'daños'. Es evidente que la exigencia de que se indemnicen todos los perjuicios deriva del mismo concepto de daño, pues mientras queden partidas materiales o inmateriales jurídicamente consideradas reparables no cubiertas, el monto establecido como indemnización no es tal. Ello porque no hay reparación del 'daño', considerado en toda su dimensión y en cuanto a todas las consecuencias que lo conforman. Desde luego, lo dicho es sin perjuicio de que inclusive ordenamientos como el chileno expresamente contienen una regla positiva que dice 'todo' daño (art. 2329 Cc.Ch.), no necesitándose recurrir a ningún principio ni a la explicación dada en precedencia.

Por lo dicho, me parece que COUTANT-LAPALUS equivoca el camino para tratar de explicar el adjetivo 'integral', contradiciéndose incluso. En efecto, la autora francesa parte correctamente de la base de que el daño es el criterio de referencia y es la medida de la reparación, pero que la acepción del término reparación, entendida como cualquier indemnización acordada a la víctima, no implicaría ninguna noción de *quantum*, por lo que se mantendría el interés de añadir el adjetivo 'integral' al término 'reparación'. Así, la reparación integral implicaría que el "*montant doit être l'équivalent de la totalité du dommage*", resultando mejor usar la expresión "*réparation équivalent au préjudice*"¹²². Aclaro que alude a 'equivalente', porque parte del

120 MEDINA CRESPO, de modo más rimbombante, recurriendo al "principio teleológico" y a los "subprincipios prohibitivos" de la pobreza persistente y de la riqueza emergente, así lo sostiene: *ibíd.*

121 Esto lo hace ver incluso una partidaria del principio como COUTANT-LAPALUS, *ob. cit.*, p. 39.

122 *Ob. cit.*, pp. 25, 37, 38 y 41 (en esta, nota 98, referencia a los autores franceses que utilizan la expresión propuesta). A su favor digamos que de no darle el sentido señalado, su tesis quedaba sin sustento. En Chile replica la misma idea RUZ, *ob. cit.*, p. 428, quien

presupuesto de que lo que se busca exactamente es restablecer lo más posible el equilibrio o estado de cosas destruido por el daño, reubicando a la víctima solo en una situación hipotética o equivalente ('compensación aproximativa al daño')¹²³. Por lo mismo, no podría ser objeto de ninguna restricción o disminución, pues el monto debiera ser completo, en cuanto equivalente al total del daño.

Si este es el concepto esencial del cual se parte, si es el criterio de referencia y la medida, y por lo mismo de él se desprende que la suma en que consiste la indemnización para ser tal debe cubrirlo enteramente, no se entiende por qué se requeriría del adjetivo 'integral'. De faltar este auxiliar, ¿podría el monto indemnizatorio no ser equivalente? Nos parece evidente que la respuesta es negativa, pues si la suma fijada en la sentencia no es equivalente a todo el daño, significa que no es equivalente al "daño mismo". Podría ser sobre-equivalente o sub-equivalente, pero no equivalente.

Debe recordarse que si se está reparando por equivalencia, ello se debe a que por la naturaleza del daño su resarcimiento no puede ser específico, o bien a la víctima el ordenamiento respectivo le otorga la facultad de elegir esta vía. Luego, el daño se repara mediante *equi-valencia* (*aequivalens*) o igual valor, buscándose por esta vía dejar indemne, libre o exento del daño al damnificado. Una reparación que no es equivalente, no es indemnizatoria.

Por tanto, así como la expresión 'reparación integral' resulta pleonástica, 'integral del daño' también resulta redundante; y así como lo sería para una reparación en naturaleza agregarle 'integral', también lo es para una reparación por equivalencia. De modo que no se necesita de un principio superior o heterodoxo que venga a decir lo anterior. Podrá ser la frase 'reparación integral del daño' una buena manera de explicar en qué consiste el derecho de la víctima a que se le indemnice o repare, pero en sí mismo no aporta nada nuevo ni integra ni llena vacío alguno¹²⁴. Por lo mismo, la explicación no puede llegar a tener una suerte de vida propia, y pretender transformarse sin contenido alguno efectivo en el gobernante de todo el sistema de la responsabilidad civil.

se formó en la misma universidad que la autora francesa, donde seguramente conoció la obra de esta. Sin ser tan explícito, pero aludiendo incluso al "*principio dell'equivalenza*", SALVI entiende que conforme al principio, el *quantum* de la obligación resarcitoria debe ser equivalente a la entidad del daño sufrido por la víctima. Cfr. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., pp. 43 y 44, en relación con *La responsabilità*, cit., p. 250.

123 COUTANT-LAPALUS, ob. cit., p. 24 ; RUZ, ob. cit., p. 427.

124 Así como integral, los términos entera, completa, total, holística, plena, plenaria, colmada o íntegra (utilizados por MEDINA CRESPO, ob. cit., p. 120) también sirven para explicar que el daño es el criterio y medida de la reparación.

8. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO: REPARACIÓN PLENA DEL DAÑO RESARCIBLE

Con lo dicho en los acápites precedentes, pareciera que el principio de la reparación integral del daño, en cuanto supuesto principio, y no como simple explicación, debiera más bien erradicarse por su inutilidad ante la falta de contenido propio.

Sin embargo, se ha desarrollado una nueva concepción del principio de la reparación integral, basado justamente en las ideas expuestas relativas al daño jurídico en el acápite n.º 4.

En este sentido, resulta muy interesante el planteamiento que en Latinoamérica ha defendido con fuerza ALTERINI, quien, abandonado la idea central habitual del principio, distingue entre las nociones de 'reparación total' y de 'reparación plena', afirmando que la '*reparación integral es igual a reparación plena*' y no a la total. Entiende por reparación plena "la resarcibilidad del conjunto de los daños que determina el sistema, aunque sin que se pretenda aprehender en bruto la totalidad de los que ha sufrido la víctima"¹²⁵. Sin la misma claridad, pero en la misma línea, a partir de la expresión "*la réparation d'un dommage doit être intégrale*" utilizada por la *Cour de Cassation* en un fallo¹²⁶, destacado por BÉNABENT¹²⁷, surge la idea de la distinción entre la '*reparación integral del daño*' y la '*reparación del daño integral*'. Ello porque precisamente el objeto de la reparación no puede ser la reparación integral, como se ha visto en el acápite anterior, sino el *daño integral*; esto es, el 'daño resarcible'.

Tiene por tanto razón RUZ cuando, siguiendo estas ideas, plantea que lo que debe resarcirse es el *daño integralmente probado*. Precisamente, afirma que los presupuestos de la responsabilidad (aludiendo a la extracontractual) no están concebidos para garantizar la reparación integral del daño, sino para permitir reparar el daño integralmente probado, citando diversas disposiciones legales, entre ellas los artículos 2314 y 2329 Cc.Ch. De ahí entonces concluye que la reparación del daño seguida del adjetivo 'integral' sí es un principio claramente establecido en una regla de derecho positivo, mientras que la '*reparación integral del daño*' "no es más que un mito que es necesario desnudar"¹²⁸. Por tanto, lo que debe repararse plenamente es el daño resarcible, o sea, el daño determinado a través de las reglas sustantivas y adjetivas que fija el ordenamiento jurídico respectivo. El daño que puede calificarse jurídicamente de tal, al término del correspondiente proceso.

La víctima, por tanto, debe ser reparada del daño resarcible 'plenamente', conforme los diferentes criterios jurídicos o reglas que 'el sistema' admite. Son dichos criterios o reglas los que determinan qué y en cuánto, de modo que jurídicamente

125 ALTERINI, ob. cit., p. 17. En el mismo sentido, LÓPEZ CABANA, ob. cit., p. 230.

126 Bull. civ., 1985, n.º 40, p. 28, disponible en: <http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/2eme/1985/2/14/83-13970/>

127 ALAIN BÉNABENT. *Droit civil. Les obligations*. Montchrestien, Paris, 1989², p. 278.

128 RUZ, ob. cit., pp. 434 y 436, respectivamente.

una sentencia cuya condena incluya ese *an debetur* y ese *quantum debetur* 'indemniza' en el caso particular. En cambio, si no se incluye parte del daño reparable que el sistema admite, o bien se incluye por un valor inferior, la reparación ordenada no es plena¹²⁹. Es decir, se retorna al elemento esencial de la cuestión, olvidado a veces por la doctrina y la jurisprudencia: el daño *jurídico*.

El término 'íntegro' es aquello "que no carece de ninguna de sus partes", y se recurre a él para expresar que la reparación debe comprender precisamente todas sus 'partes'. Quienes abogan por el principio de la reparación integral han intentado ir más allá del daño jurídico resarcible, pretendiendo que la calificación de la reparación como 'íntegra' se traduzca como 'todo' interés individual, sin distinción. Con ello, lo que en realidad desean es entregar a los demandantes la posibilidad de obtener una suma de dinero por cualquier interés, intención, pretensión, sentimiento, frustración, etc., material o inmaterial, imaginable o inimaginable, que en juicio pudieran alegar como afectados y constitutivos a su parecer de daño. Se pretende, en buenas cuentas, el desborde del concepto de daño jurídico. En tales términos resulta un 'principio seductor o encantador', en cuanto seduce a las víctimas y a los abogados que las representan. Luego, la justicia pasa a un segundo plano, porque más que una solución justa, se pretende una solución 'cuantiosa'. Poco importa si la justicia es correctiva o distributiva, lo que busca es una justicia 'abundante'. El resultado, como todos sabemos, ha sido el aumento exponencial de condenas indemnizatorias así como de las cantidades otorgadas.

Sin embargo, la labor del derecho no es satisfacer todas las pretensiones y todos los deseos, pues si lo hiciera resultaría inútil su existencia. El derecho fija los criterios y las reglas sustantivas y adjetivas que permitan establecer razonablemente en cada época 'qué partes' serán las que integrarán la reparación y 'qué partes' quedarán excluidas, tanto cualitativa como cuantitativamente. Dichos criterios y dichas reglas conforman el respectivo sistema de responsabilidad civil, el cual determina 'las partes' que constituirán el daño resarcible.

Es claro que en la actualidad la tendencia es a construir sistemas de responsabilidad mixtos, en cuanto a la naturaleza de los factores de atribución adoptados. De un lado, se mantiene a la culpa como factor de atribución general; por otro, se incorporan diversos criterios objetivos que constituyen excepciones a esta. Empero, cualquiera haya sido el criterio adoptado (subjetivo u objetivo) en general o en particular, dicho criterio fue aquel que pareció razonablemente adecuado a las

129 Entender el principio en este sentido no es un insulto a la más elemental inteligencia, como dice MEDINA CRESPO, ob. cit., p. 96. Por el contrario, es a la conclusión a la cual lleva necesariamente la aplicación de la inteligencia y de la razón, sin intentar construir un principio carente de contenido propio, desligándose de su elemento esencial y solo a partir de puros sentimientos o intereses personales o profesionales. Probablemente, si fueran dicho autor u otros de la misma línea los condenados al pago de una indemnización por responsabilidad, moderarían sus palabras tanto como querrían que se les moderara la condena.

circunstancias de tiempo y de lugar. ¿Es discutible la decisión? Siempre. Y estoy seguro de que toda persona que sea obligada a pagar indemnizaciones sobre la base de una atribución objetiva dirá que la condena es injusta, pues no ha cometido pecado (culpa) alguno. Pero no le quedará otra que pagar, pues los daños que se le obliga a indemnizar son 'las partes' que con base en la justicia distributiva el sistema determinó imponerle, estimando más razonable que sufriera una proporción mayor de la pérdida que la víctima, así como una proporción mayor que el resto de los miembros de la comunidad.

Pero el sistema puede asociar a dicho criterio otros, que, junto con la garantía de obtener una compensación a la víctima, conlleven beneficios adicionales, individuales y sociales, conforme las motivaciones particulares que impulsaron a la distribución de los riesgos en el caso específico. Así, históricamente y en ciertas materias el beneficio más razonable asociado a la responsabilidad objetiva ha sido el de la limitación cuantitativa de la indemnización de perjuicios. O sea, responsabilidad sin culpa sí, pero limitada. Es la vía para precisar la proporción de la carga que se distribuye sobre un miembro concreto de la sociedad ante la problemática de la distribución a su vez de los riesgos necesarios para el funcionamiento y progreso social.

Desde esta perspectiva, la limitación cuantitativa de las indemnizaciones derivadas de responsabilidad objetiva no sería nada más que otro criterio o regla que se sumaría al resto de las existentes que permiten configurar el concepto de daño jurídico. Constituye otra regla del sistema que no viene sino a precisar 'una' de las tantas partes del sistema, en este caso, relativa al *quantum* indemnizatorio en ciertos casos.

Conforme a lo dicho, y siendo el principio de la responsabilidad objetiva limitada otra de las partes del sistema, estaríamos en presencia de una reparación plena (integral) cuando se indemnicen todos los perjuicios que la responsabilidad objetiva limitada admite.

Esta distinta forma de ver el principio de la reparación integral del daño ayuda incluso a superar algunas dificultades que a su respecto se plantean por la doctrina. Así, la responsabilidad contractual no es una excepción al principio de la reparación integral del daño, ni porque tome en cuenta la gravedad del comportamiento (culpa o dolo) ni porque limite la indemnización¹³⁰. La responsabilidad contrac-

130 En la responsabilidad contractual se atiende tradicionalmente al dolo y a la culpa del responsable para condenar a este al pago solo de los daños previstos o además de los imprevistos (arts. 1558 Cc.Ch.; 1616 Cc.Col.; 1601 Cc.Ec.; 1429 Cc.ElSal.). Asimismo, si actúa con culpa y solo indemniza los previstos, la reparación sería incompleta, porque faltarían los imprevistos. Ve como una atenuación al principio SANDOVAL, ob. cit., pp. 250 y ss. Para evitar que la responsabilidad por culpa se considere una reparación parcial tendría que entenderse que ella es íntegra; que la responsabilidad por dolo es una responsabilidad agravada, y que el exceso es una pena civil, según MEDINA CRESPO, a propósito de la misma regla que corresponde al artículo 1107 Cc.Es.: ob. cit. p. 152.

tual y la responsabilidad extracontractual no son sino un conjunto de normas en el ordenamiento jurídico respectivo que regulan, en razón de la fuente de la relación jurídica, entre otras cosas, la determinación de los daños jurídicos que deberán indemnizarse. Luego, el principio de la reparación integral, entendido como reparación plena del daño resarcible (o del daño íntegro), lo que ordena es que efectivamente la indemnización cubra todos los perjuicios y en la forma que cada uno de esos regímenes dispone. Si en el caso particular existió dolo y la condena no incluyó una suma por los perjuicios imprevistos, estamos ante una infracción al principio de la reparación plena del daño resarcible (suponiendo el cumplimiento de todas las demás reglas sustantivas y procesales). Por lo mismo, no corresponde ni asociar el principio a una y negarlo al menos parcialmente respecto de la otra clase de responsabilidad. Por lo demás, la justicia correctiva aristotélica no distinguía, como se pudo apreciar, entre una y otra.

Asimismo, como se ha señalado, los daños extrapatrimoniales se han convertido en uno de los grandes problemas para el principio de la reparación integral del daño, tanto por las dificultades que presentaría su evaluación como por las inadecuadas consecuencias que ha producido por este motivo el recurso al principio conceptualizado en sentido tradicional. El problema no se soluciona proponiendo su exclusión *a priori*, lo que obliga necesariamente a su defensa¹³¹. De hecho, tal proceder sería contrario a la misma justicia correctiva, la cual siempre ha comprendido tanto a los daños patrimoniales como a los daños extrapatrimoniales¹³². El problema en realidad lo ha suscitado el hecho de que originalmente estos daños se sancionaban como delito, de manera que la pena se encontraba relativamente determinada, influyendo en ella la conducta del dañador (su dolo o culpa). El cambio de ámbito del penal al civil significó la pérdida de puntos de referencia objetivos establecidos por el legislador, quedando como último criterio de evaluación la

131 SANDOVAL, ob. cit., pp. 266.

132 Vid. Arist., *supra*, nota n.º 22. Para TOMÁS DE AQUINO, *Summa*, 2.2 a, q. 61, art. III, tanto para las acciones voluntarias como para las involuntarias, existe el mismo módulo para determinar el término medio, según la igualdad de la compensación, por lo cual todas estas acciones pertenecen a una sola especie de justicia, la conmutativa. Entre las involuntarias, incluye las dañosas para la persona (como heridas por ataque con sorpresa, muerte con alevosía o envenenamiento, matándola) o para su dignidad (como a través de falsos testimonios o detracciones o por acusaciones en juicio o llenándole de injurias). Pero además, expresamente el Santo señala que cuando no es posible la restitución por algo igual, por ejemplo cuando se le ha quitado a otro un miembro, debe compensarse en dinero o en algún honor. Claro, agrega, "considerada la condición de ambos según el juicio de un hombre prudente" (porque la justicia conmutativa fundamenta la responsabilidad subjetiva): *Summa*, 2.2 a, q. 62, art. II. En el ámbito de los iusnaturalistas, GROCIO también extendía la aplicación de la doctrina de la restitución a los daños extrapatrimoniales, en el entendido de que pueden efectivamente restituirse en naturaleza. Así, si se afectaban derechos de la personalidad como el honor o la fama, debe recurrirse a remedios que "restituyan" dicho honor o fama a la víctima. Si se trataba de daños corporales, la cuestión cambiaba, pues un hombre libre no es susceptible de estimación (*De iure belli ac pacis*, II, Caput XVII, par. XXII y XIV respectivamente).

'equidad'. El método equitativo es tan antiguo como admisible y los ordenamientos jurídicos romanistas lo acogen como una regla más entre otras. Cosa distinta es el 'des criterio' con que se le pueda haber usado y las dificultades para alcanzar resultados objetivos y uniformes por su propia naturaleza. Como sea, la solución más bien pasa por la introducción en el derecho positivo de reglas o criterios que permitan superar las dificultades de evaluación, como son los baremos, evitando la lotería judicial¹³³.

Luego, sea la equidad, sean baremos o sean otros los instrumentos que permitan el cálculo de la indemnización, mientras ellos se cumplan junto a los demás criterios o reglas del sistema, la reparación del daño resarcible será plena. De modo que si, por ejemplo, la prueba rendida no permite contemplar tales o cuales daños extrapatrimoniales o mayores montos, o aquellos no tienen por causa los hechos que se imputan al demandado, la reparación del daño jurídico será plena, aun cuando aparecieran algunos intereses del demandante como no cubiertos. No se puede decir que por infracción al principio de la reparación integral en sentido tradicional, la condena debe aumentarse por no estar cubiertos todos los perjuicios. La reparación del daño jurídico ha sido íntegra (plena).

Cosa distinta es si el ordenamiento jurídico, en un tiempo determinado, los contempla o los excluye, y de contemplarlos, las reglas jurídicas que les aplica, y que disciplinan el proceso de determinación y cuantificación.

CONCLUSIONES

La tendencia objetivante de la doctrina y la jurisprudencia modernas, sobrepasando los casos de responsabilidad objetiva expresamente regulados por el legislador, como asimismo la diversa configuración de estos, en especial por la falta de un criterio uniforme para la introducción de límites cuantitativos a la responsabilidad, así como por la introducción de casos genéricos objetivos, ha generado diferentes incoherencias sistémicas que hoy pueden apreciarse.

En particular, la permanente infracción del principio de la tipicidad de la responsabilidad estricta ha impedido un adecuado equilibrio entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, lo que hace necesario, sin perjuicio de la insistencia en la excepcionalidad de esta, la introducción de un mecanismo que pueda reequilibrar el sistema de la responsabilidad civil en los ordenamientos jurídicos romanistas.

En este orden de cosas, el principio de que no hay responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa de la indemnización constituye una vía plenamente atendible y fundada. Sin embargo, la objeción más importante que se le hace dice

133 Expresión de ELENA VICENTE DOMINGO, en JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (ed.), *Lecciones de responsabilidad civil*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2013², p. 100, afirmando que la reparación de los daños extrapatrimoniales debe hacerse conforme a baremo.

relación con la presunta contradicción que el tope del *quantum* indemnizatorio significaría para otro supuesto principio: el de la reparación integral del daño.

Del análisis efectuado puede concluirse que tal contradicción es en definitiva solo aparente, debido al equívoco concepto y a la aplicación que de dicho principio se hace por la doctrina y la jurisprudencia. En lo fundamental, no puede haber contradicción pues el principio de la reparación del daño tiene como fundamento moral la justicia correctiva, la cual opera únicamente en el ámbito de la responsabilidad subjetiva. Luego, no puede haber contradicción con limitaciones cuantitativas aplicadas en el campo de la responsabilidad objetiva, que de paso se funda en una clase distinta de justicia como es la distributiva. Pretender aplicar el principio de la reparación integral del daño en la responsabilidad objetiva, lleva necesariamente a una injusticia, por lo cual se trata de una solución que no puede sino ser desechada.

Pero además de lo anterior, el interés por el principio de la reparación integral del daño ha hecho olvidar lo más importante, el daño resarcible; daño que en definitiva es el daño a que el demandado condenado en juicio indemnizatorio resulta obligado. Dicho daño solo se determina luego de un proceso en que se han aplicado los criterios y reglas sustantivas y procesales que el ordenamiento jurídico respectivo contiene para tales efectos.

El principio de la reparación integral del daño, en cambio, conceptualizado en términos tradicionales, como aquel que manda a que se indemnicen todos y cada uno de los daños sufridos por la víctima, presenta una indeterminación tal que impide en definitiva la resolución de conflictos concretos. Por lo mismo, no le queda más que ser integrado por los mismos criterios y reglas que el daño resarcible. Desde esta perspectiva, no constituye un principio normativo, y por el contrario, más bien aparece como una idea compleja e intrínsecamente limitada. Su legalización o constitucionalización no cambia su situación, tanto respecto de su carencia de contenido como de sus efectos y defectos. Tanto es así que la misma expresión 'reparación integral' resulta redundante, no aportando ningún elemento nuevo a los ya contenidos en el derecho de la víctima a que le sean indemnizados los daños sufridos frente al causante de estos y jurídicamente obligado a pagar tal indemnización.

Así las cosas, pareciera que quedamos enfrentados a dos alternativas posibles de seguir repitiendo la noción tradicional del principio de la reparación integral del daño antes recordada: o bien se reconoce la insuficiencia normativa del principio, presentando como característica el ser una idea compleja, 'integrada' por numerosas reglas sustantivas y adjetivas que sí resultan efectivamente de carácter normativo, las cuales determinan el daño resarcible; o bien simplemente se reconoce que no queda más que abandonar de una vez por todas el recurso a esta entelequia que es el principio de la reparación integral del daño, pues lo fundamental es el daño resarcible, no aportando nada a este concepto.

En el primer caso, el principio de la responsabilidad objetiva cuantitativamente limitada es absolutamente compatible con la idea de reparación integral del daño, porque no constituye más que una de las tantas reglas normativas de cuantificación del daño. En el segundo caso, evidentemente es compatible porque el principio de la reparación del daño desaparece, no pudiendo haber contradicción, resultando el principio de la responsabilidad objetiva cuantitativamente limitada una regla más, introducida por el ordenamiento jurídico para la valoración del daño resarcible. Es decir, no contradice este último concepto porque es parte de él.

A su vez, puede abandonarse el sentido habitual del principio de la reparación integral del daño, entendiéndose el mismo en el sentido de *reparación plena* del daño resarcible. Lo que se debe indemnizar entonces no son todos los intereses individuales, sino el conjunto de los daños que el sistema establece. No hay que reparar integralmente el daño, sino reparar el daño resarcible de un modo pleno o integral.

Conforme con ese último sentido, también la responsabilidad objetiva cuantitativamente limitada es compatible con el principio de la reparación integral del daño, pues el valor máximo indemnizatorio que la regla positiva establece lo constituyen los intereses que el sistema reconoce como daño resarcible. O sea, no contradice el principio de la reparación del daño integral porque (nuevamente) forma parte del mismo, lo 'integra'.

En conclusión, ya sea desde el análisis de los fundamentos morales del principio o desde el análisis de su concepto y contenido, la posible contradicción planteada no tiene lugar. Desde esta perspectiva, no hay impedimento para re-equilibrar el sistema de la responsabilidad civil introduciendo y sosteniendo el principio de que no hay responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa.