

# PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL DERECHO DE DAÑOS: *ALTERUM NON LAEDERE VS. ASTUCIA PRO QUO*

Por: OSCAR ANDRÉS ECHEVERRY MARTÍNEZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

En el presente trabajo investigativo se analizó la controversia suscitada entre los principios *alterum non laedere* (deber de no dañar) y *astucia pro quo* (deber de aminorar el daño), y sus implicaciones frente al concepto de reparación integral (Ley 446 de 1998, art. 16), a través de la Constitución de Colombia de 1991.

El tema de investigación tuvo fuentes de información secundarias tales como leyes, sentencias judiciales y desarrollos doctrinales, dando prioridad a la teoría de la justicia correctiva (COLEMAN, 2013). La investigación se segmentó en tres acápites principales: Definición del daño, sus elementos y constitucionalización; Conceptos de los principios *alterum non laedere* y *astucia pro quo*, y Prevalencia relativa de la *astucia pro quo*.

Con los anteriores elementos se llegó a conclusiones relacionadas con la importancia de la prevalencia relativa de la *astucia pro quo* en relación a la reparación integral del daño (Ley 446 de 1998, art. 16).

## Palabras clave

*Astucia pro quo*, *alterum non laedere*, justicia correctiva, daño, reparación integral.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Estudiante de Sexto Semestre de la Licenciatura en Filosofía y Letras de la Universidad Tecnológica de Pereira. Candidato a Especialista en Derechos de Daños y Responsabilidad Pública y Privada por la Universidad Libre, Seccional Pereira.

## **ABSTRACT**

The research work carried out analyzed the controversy raised between the principles *alterum non laedere* (duty not to damage) and *astucia pro quo* (duty to lessen the damage) and its implications, against the concept of integral reparation (Law 446 of 1998, article 16), through the Political Constitution of Colombia of 1991.

The research topic had secondary sources of information: laws, judicial decision and doctrinal developments, giving priority of Corrective Justice of Jules Coleman. The investigation was divided into three chapters: Definition of the damage, its elements and constitutionalization; Concepts of the principles *Alterum non laedere* and *astucia pro quo*; Relative prevalence of *astucia pro quo*.

With the previous elements, conclusions were reached related to the importance of the relative prevalence of the *astucia pro quo* in relation to the integral reparation of the damage (art. 16, law 446 of 1998)

## **Keywords**

*Astucia pro quo*, *alterum non laedere*, corrective justice, damage, comprehensive reparation

## **INTRODUCCIÓN**

La presente investigación busca abordar la contraposición entre algunos principios del derecho de daños y su relación con la cuantificación del daño al momento de proceder con la reparación integral de este. En la actualidad

el derecho se ha visto permeado por diferentes situaciones contrapuestas entre sus normas y principios, que desde el ámbito jurídico han ampliado enormemente el ámbito de la responsabilidad civil y la responsabilidad estatal, ya sea bajo el entendido de la ejecución de una acción ilícita, o la pasividad para realizar aquellas acciones que, tanto los particulares como el Estado, tienen la obligación de realizar. Esta ampliación del derecho de daños ha planteado diversos elementos sobre los cuales debe entenderse la responsabilidad y su cabida en el ámbito del derecho que tiene toda persona, ya sea natural o jurídica, para que le sean reparados los daños antijurídicos imputables a otros.

Esta cultura de la responsabilidad, que se ha ido desarrollando paulatinamente dentro del derecho civil y el derecho administrativo, a través de la jurisprudencia nacional y los desarrollos doctrinarios, ha logrado presentar de forma palmaria las grandes problemáticas que se pueden revelar dentro de todo el proceso de responsabilidad, entre las cuales se ha vuelto manifiesta la situación de determinar cómo debe procederse al momento de buscar la reparación integral de los daños causados a un sujeto.

Una de las características principales de esta investigación es que la noción de reparación integral no logra entregar condiciones uniformes que permitan estimar de forma clara cómo debe procederse con esta, ya que dentro del ámbito del derecho de daños, más específicamente en la arista de la reparación del daño, se encuentra inmersa la cuestión de establecer cómo debe realizarse la cuantificación del daño, lo que necesariamente va de la mano de la pugna existente entre dos principios de la responsabilidad como son: el deber de no dañar (*alterum non laedere*) y la obligación de aminorar el daño (*astucia pro quo*), las cuales se presentan como dos extremos a tener en cuenta al momento de buscar la reparación integral del daño.

El principio *alterum non laedere* es enfático en establecer el deber de no dañar, el cual al ser transgredido genera la obligación de reparar. Por otro lado, la *astucia pro quo* establece una obligación a la víctima del daño, la cual consiste en no ampliar el daño, sino antes bien, buscar su mitigación. La confluencia de estos dos principios, al igual que la aplicación prevalente de alguno de los dos, necesariamente entregará una respuesta diferente en cuanto a la reparación integral del daño refiere (Ley 446 de 1998, art. 16), razón por la cual resulta sumamente relevante y cobra profunda importancia, ya que si el derecho de daños tiene como finalidad la reparación del daño padecido, es claro que su foco principal se verá comprometido y posiblemente afectado por el principio sobre el que se establezca la reparación integral, que debe ser el más acorde con la búsqueda incansable por el resarcimiento adecuado del daño.

Es por todo lo anterior que la presente investigación busca entregar un acercamiento del concepto del daño, los principios de la responsabilidad en pugna, como son el deber de no dañar (*alterum non laedere*) y el deber de aminorar el daño (*astucia pro quo*), y una consideración argumentada acerca de cuál de estos dos principios debe prevalecer al momento de buscar la reparación integral del daño padecido.

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y METODOLOGÍA**

La responsabilidad ha tenido un desarrollo relativamente temprano, como el instrumento más coherente para solventar las problemáticas emanadas entre los sujetos en sociedad, al igual que estos con el Estado colombiano. Es así que la responsabilidad ha obtenido, paulatinamente, un desarrollo acerca del concepto de daño, sus características y condiciones que erigen como postulado para la protección de los intereses primordiales de las personas en relación a sus bienes y derechos, elementos que han conseguido que la idea del daño y la reparación integral del mismo se logre

a través de medidas retributivas, con la finalidad de colocar al sujeto pasivo del daño en la situación en la que se encontraba antes de la acción dañosa, teniendo como fin la protección de los derechos, deberes legamente reconocidos y protegidos por un sistema jurídico determinado.

Empero, dentro del concepto de daño y la idea de responsabilidad se ha vuelto recurrente la controversia suscitada entre los principios *alterum non laedere* (deber de no dañar) y la *astucia pro quo* (deber de aminorar el daño), de los cuales surgen diversos conflictos, primordialmente en materia de reparación integral del daño, al igual que su magnitud económica o cuantificación, ya que no puede obviarse el objetivo principal de la reparación integral del daño (Ley 446 de 1998, art. 16), la cual es el restablecimiento de derechos por el menoscabo de facultades jurídicas reconocidas (JARAMILLO, 2017).

Luego, resulta que surge la controversia en relación a cuál principio de la responsabilidad debe tomarse de forma prevalente frente a la cualificación, cuantificación del daño y su relación directa con la reparación integral del daño como mecanismo ideal para la restauración de las afectaciones padecidas.

Sin embargo, debe recordarse que todo el proceso de reconocimiento del daño y su reparación se encuentra sumamente ligado al concepto del Estado responsable, el cual debe responder por los daños antijurídicos que cause por su acción u omisión (GIL B., 2014), lo que quiere decir que el Estado debe proceder de igual forma que los particulares respecto a su obligación de reparar los daños causados, y por extensión, la protección de los derechos inmersos y disminuidos por la acción dañosa, por lo que puede concluirse, como lo estableció Gil B. (2014), que nos encontramos frente al fenómeno naciente de la constitucionalización del derecho de daños (pp. 19-20).

De acuerdo a las razones esbozadas, logra evidenciarse de forma clara la importancia de la investigación aquí desarrollada, toda vez que la controversia suscitada entre los principios *alterum non laedere* y *astucia pro quo*, tienen una profunda implicación al momento de establecer la responsabilidad del Estado o de un particular por su acción u omisión, ya que de acuerdo al criterio (principio) sobre el cual se plantee el proceso de reparación integral del daño (Ley 446 de 1998, art. 16) se obtendrá una cuantificación del daño diferente, lo que a todas luces produce un cambio en materia indemnizatoria y su finalidad, como es reintegrar al sujeto a la situación en la que se encontraba antes del daño padecido (idea de rectificación del daño) (PULIDO & FABRA Z., 2013).

Teniendo en cuenta los elementos arriba señalados, se busca sentar la discusión en torno a cuál de los principios del derecho de daños (*alterum non laedere* y *astucia pro quo*) debe dársele una condición preponderante respecto al derecho al proceso de reparación integral del daño padecido (SIRI, 2011), cobijado bajo el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Por las razones mencionadas el trabajo investigativo presentado se identifica como una investigación de carácter jurídico, del tipo cualitativo y analítico, para lo cual se hará uso de normatividad nacional vigente relacionada con el tema, al igual que se buscará precisar interpretativamente la problemática planteada a través de diversos autores de la filosofía del derecho privado y de la filosofía de la responsabilidad civil.

Para todo lo anterior se hará uso de fuentes de información secundarias como son algunas sentencias de los máximos órganos jurisdiccionales en materia civil, administrativa y constitucional, al igual que algunos referentes doctrinarios.

En consideración a lo anterior, se plantea como esquema de trabajo el siguiente derrotero: en el acápite primero se busca entregar nociones acerca del concepto de daño en Colombia, sus características constitutivas y la responsabilidad del Estado en relación a la constitucionalización del daño; posteriormente, en el segundo, se abordará la explicación acerca de qué puede entenderse por los principios *alterum non laedere* y la *astucia pro quo*, y través de dicho bosquejo se procederá en un tercer y último acápite, a sentar posición respecto a los argumentos por los cuales debe darse prevalencia relativa al principio de la *astucia pro quo*, y su relación con las nociones entregadas por la justicia correctiva y constitucionalización del daño al momento de proceder con la reparación integral del daño.

Finalmente, la pregunta a resolver dentro del presente trabajo investigativo, es la siguiente:

*¿Cuál principio debe prevalecer cuando se confrontan los principios alterum non laedere (deber de no dañar) y astucia pro quo (deber de minimizar el daño) en relación a la reparación del daño a partir de la Constitución de Colombia del año 1991?*

Del anterior cuestionamiento se derivarán los siguientes objetivos específicos a desarrollar:

- a) Conocer qué es el daño en Colombia y sus características constitutivas a partir de la idea de constitucionalización del daño desarrollada a partir de la Constitución de Colombia del año 1991.
- b) Explicar en qué consisten los principios *alterum non laedere* (deber de no dañar) y *astucia pro quo* (deber de minimizar el daño), aplicables a la reparación del daño en Colombia.

- c) Analizar la prevalencia relativa del principio *astucia pro quo* frente al principio *alterum non laedere* al momento de proceder con la reparación el daño.

## 2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Dentro de las discusiones actuales que han emergido dentro del derecho de daños se han encontrado entroncadas dos perspectivas actuales del daño, que establecen bases respecto a cómo debe procederse para la reparación del mismo: la *Escuela del Análisis Económico del Derecho*, sustentado en autores como GUIDO CALABRESI (1970), RICHARD POSNER (1973), RONALD COASE (1960), entre otros, y la *Teoría de La Justicia Correctiva* planteada por JULES COLEMAN (2013), entre otros.

Inicialmente, la *Escuela del Análisis Económica del Derecho* plantea la relación del daño y su reparación bajo un problema de accidentes y costos, el cual debe desarrollarse bajo una perspectiva de eficiencia como lo planteó GUIDO CALABRESI (COLEMAN, 2013), el cual establece que el daño debe verse desde la óptica de principios del mercado, en aras de establecer una idea objetiva del daño y su reparación.

Esta visión económica del daño considera que el estándar para evaluar la responsabilidad y el daño debe estudiarse a partir de la concepción de eficiencia como punto central entre el accidente y el costo del mismo, con la intención de optimizar la reducción de costos que los accidentes ocasionan (COLEMAN, 2013). Esta relación tridimensional (accidente-costo-eficiencia) considera la búsqueda de máxima optimización de reducción de costos, la cual puede entenderse de forma sucinta a partir de la determinación de si el evitar el daño resulta más costoso que la reparación del mismo, lo que se traduce en la búsqueda de la disuación óptima del daño (COLEMAN, 2013).

En contraposición a los planteamientos hechos por la Escuela del Análisis Económico del Derecho (PULIDO & FABRA Z., 2013), que funda sus consideraciones en una relación de eficiencia entre accidentes y costos, se presenta la propuesta de COLEMAN (2010), quien no solo presenta críticas a la perspectiva formalista de GUIDO CALABRESI (1970) y la Escuela del Análisis Económico del Derecho, sino que presenta su propia propuesta en relación al daño y la procedencia de la reparación cuando este acaece en la realidad. Ciertamente el bosquejo inicial de la justicia correctiva de COLEMAN (2010) ha pasado por diferentes críticas, y ha sufrido modificación con ocasión a estas, lo que lo ha llevado a revisar en múltiples ocasiones los fundamentos y mecanismos de procedencia de su teoría anuladora, posteriormente establecida en una noción de justicia correctiva (COLEMAN, 2010).

Dentro de la concepción inicial de la justicia correctiva (COLEMAN, 2013) se planteaba a grandes rasgos que toda ganancia o pérdida errónea debía ser anulada, la cual al ser un tipo de distorsión del plan distributivo entre los sujetos debía ser corregida, lo que quiere decir que la idea de corrección puede ser entendida como la posibilidad de restaurar el daño, buscando eliminar las afectaciones causadas.

Esta consideración de una teoría de justicia correctiva de los daños dentro de un esquema de responsabilidad es asociada con una noción (inicial) de una justicia compensatoria (COLEMAN, 2013), que se fundamente en el ideal que no se desarrollen más distorsiones frente a las ganancias y/o pérdidas injustificadas que pueda padecer el sujeto pasivo de la acción dañosa.

En el planteamiento genérico de la cercanía entre la justicia correctiva y la justicia compensatoria, hacen énfasis en dos elementos esenciales de la responsabilidad como son: la concepción de justificación, y la ilicitud como criterio para establecer pérdidas arbitrarias.

En relación a la concepción de justificación se debe entender que esta tiene como finalidad establecer las condiciones sobre las cuales debe desarrollarse la noción de resarcimiento del daño, ya que como plantea COLEMAN (2013), *“la justificación de imponer responsabilidad a un causante dependerá de cuanto ha recibido de una ganancia arbitraria a expensas de otros”* (p. 137), lo que quiere decir que desde la perspectiva de una teoría correctiva del daño el acaecimiento del daño no es suficiente para considerar a un sujeto responsable, sino que debe generarse un desequilibrio establecido bajo los parámetros de ganancia-pérdida.

Sin embargo, este criterio de relación entre ganancia y pérdida no es suficiente para justificar las razones sobre las cuales debe desarrollarse la idea de compensación y su procedencia, por lo que COLEMAN (2013) establece tres criterios sobre los cuales se puede plantear una relación argumentativa entre la responsabilidad del agente y la obligación de reparar a la víctima, las cuales pueden ser resumidas de la siguiente forma:

- a) La indemnización de un daño se puede establecer a partir de la noción de justificación de la conducta. Si la conducta es injustificada o irracional debe procederse con el resarcimiento del daño.
- b) Si la conducta dañosa es justificable por el sujeto activo de la acción, se da un desplazamiento de la responsabilidad y se excluye la indemnización.
- c) La conducta del agente que causa el daño es justificable solo si este procede a pagar la indemnización por todos los daños que su conducta causó.

A partir del criterio aplicable al caso en concreto se puede determinar la procedencia de la noción de reparación/indemnización, de acuerdo a la concepción del daño como relación de ganancia-pérdida justificable.

Frente al segundo discernimiento (la ilicitud como criterio para establecer pérdidas injustificadas), se encuentra que COLEMAN (2013) no se limita a la explicación formalista de la ilicitud como toda acción que contraviene una norma establecida, y en su lugar implanta la ilicitud como un criterio que permita determinar la justificación de una pérdida o ganancia, y la procedencia de la reparación por esta, ya que la justicia correctiva requiere del concepto de ilicitud, porque las pérdidas que se encuentren secundadas por una justificación no son del interés de la justicia correctiva.

Para la justicia correctiva solo existen intereses por aquellos daños que generen pérdidas o ganancias injustificadas que requieran mecanismos de reparación y/o indemnización, por ello es que el daño, para ser indemnizable, requiere que genere una carga incesante e injustificada al sujeto pasivo del daño, el cual puede solicitar, en concordancia con los criterios de justificación, que le sean reparadas las pérdidas padecidas.

Bajo los dos elementos anteriormente presentados (criterios de justificación para la procedencia de la indemnización, e ilicitud como criterio para establecer pérdidas arbitrarias), permiten considerar la justicia correctiva (anulación del daño por ganancias o pérdidas injustificadas) no solo como un criterio económico de resarcimiento, sino que trasciende a la noción económica, para presentarse como una expresión ideal de justicia (COLEMAN, 2013), ya que, aparte de las teorías que secundan el daño, existen principios que convergen al momento de establecer la responsabilidad, lo que hace trascender la noción del daño y la responsabilidad más allá del esquema económico de accidente-costo-eficiencia, para dar un sustento moral a la responsabilidad.

Entre dichos principios que permiten una connotación moral de la responsabilidad se encuentran algunos como:

- a) Principio general de responsabilidad (sostiene que la responsabilidad que se atribuya al sujeto debe de ser justa).
- b) Principio de autonomía y libertad negativa (se entiende como la posibilidad de que el sujeto desarrolle sus ideales y actividades, pero respetando el límite donde se interfiere con la libertad de otros.
- c) Principio según la invasión a los derecho del otro (este principio considera que el sujeto que genera un desequilibrio entre las partes está obligado a su justo restablecimiento) (COLEMAN, 2013, pp. 134-135).

Con los anteriores elementos puede demostrarse que la justicia correctiva de COLEMAN (2010), a diferencia de lo predicado por autores de la Escuela del Análisis Económico del Derecho, no solo establece la idea de la reparación de las ganancias o pérdidas injustificadas (las cuales también podrían verse como un criterio desde la eficiencia), sino que presenta un sustento moral de la responsabilidad, lo que amplía de forma clara el panorama a través del cual deben entenderse las relaciones entre sujetos que puedan ser objeto de reparo por parte de la responsabilidad, ya que, como se evidenció con anterioridad, la justicia correctiva, al lado de la connotación económica, plantea principios y criterios de justificación respecto a la afectación padecida.

Así, puede ser esclarecido con lo dicho por COLEMAN (2010) al hablar de la dimensión moral del daño y el agente:

(...) La injusticia se fundamenta en el entendimiento de que su propósito consiste en brindar razones morales para la acción a los agentes. Antes de que uno pueda tener un deber moral de rectificar esas pérdidas, debe de existir una razón moral para hacerlo. En otras palabras, las perdidas deben ser de la clase por las que tiene sentido preocuparse moralmente (...) (p. 354).

Con lo anterior es claro que dentro de la justicia correctiva se busca connotar las bases sobre las cuales debe desarrollarse la idea de daño y el correlativo proceso de reparación integral (Ley 446 de 1998, art. 16) a partir de las ganancias o pérdidas injustificadas, pero sin olvidar que ésta posee un carácter moral que también reconoce que la relación entre el causante del daño, la víctima y la reparación, también debe observarse bajo el panorama de la acción moral del sujeto, la cual permea todo el estudio del daño, al igual que sus consecuencias o derivaciones.

### **3. CONCEPTO DEL DAÑO, CARACTERÍSTICAS Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN**

#### **3.1. DEFINICIÓN DEL DAÑO**

La definición de daño ha sido objeto de múltiples definiciones, al igual que de diversas discusiones teóricas, ya que su correcta o incorrecta conceptualización puede llevar al reconocimiento de un proceso de responsabilidad o, por el contrario, puede llevar a una senda llena de interrogantes que no permite dilucidar con claridad cuándo se está frente a un daño, lo que apareja claramente un problema frente al proceso de responsabilidad y la indemnización correspondiente.

En razón de lo anterior, diversos autores han intentado delimitar conceptualmente el daño, como puede evidenciarse con las definiciones dadas por algunos estudiosos del daño; el daño ha sido definido por TAMAYO J., (2017) como el menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial derivada de la lesión a facultades jurídicas (p. 1), o puede tomarse bajo lo dicho por RUIZ O. (2019), quien aclara que el daño es el fundamento esencial de la responsabilidad civil extracontractual del Estado (p. 43), o lo dicho por

el profesor HENAO (2007), que considera que el daño es un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad (p. 39).

Tomando en consideración algunas de las definiciones presentadas, puede decirse que el daño es todo menoscabo sufrido por acción u omisión de un particular o del Estado, independiente de la existencia de una relación contractual entre las partes, en la cual una se obliga con otra para el pago de los daños irrogados por el sujeto pasivo de la acción, detrimento que se canaliza desde la perspectiva de un desequilibrio económico, psicológico o físico padecido por el sujeto pasivo de la acción dañosa (JARAMILLO, 1983), lo que permite inferir que el sujeto que sufrió la disminución de alguna de sus esferas personales tenga derecho a solicitar la reparación integral del daño padecido (Ley 446 de 1998, art. 16).

Sin embargo, no puede particularizarse las relaciones anteriormente presentadas, bajo la óptica reducida de la responsabilidad solo entre particulares, toda vez que el Estado, como sujeto ficto de la creación humana, también contrae obligaciones frente a sus ciudadanos, siendo sujeto tanto activo como pasivo de las acciones en las que se encuentra inmerso, desembocando en la posibilidad de ser objeto de indemnizaciones (rol pasivo), al igual que puede ser sujeto (activo) de daños causados, resultando imperiosa su obligación de indemnizar por dichos daños.

Para TAMAYO J. (1983) el daño se ciñe estrictamente a la afectación de una facultad jurídica reconocida, lo que permite inferir que todo daño requiere, para ser indemnizable, que aminore alguna de las potestades y/o derechos que se le entregan a todos los sujetos que se relacionan en un territorio. Sin embargo, este mismo autor aclara que la afectación de la facultad jurídica debe estar permeada por el concepto de ilicitud (TAMAYO, 1983), ya que no toda afectación jurídica *per se* conlleva el proceso indemnizatorio, sino que este debe darse con ocasión a la vulneración del sistema legal establecido.

En oposición a la propuesta un poco formalista de TAMAYO J. (1983), se pueden encontrar teorías morales de la responsabilidad, entre las cuales aparece la teoría de la Justicia Correctiva de COLEMAN (2010), las cuales se fundamentan en concepciones de la filosofía moral y política, para explicar los fundamentos de la responsabilidad extracontractual (PULIDO & FABRA Z., 2013), la cual considera que existe la obligación de reparar o anular el daño causado con ocasión de una acción u omisión lesiva de los intereses legítimos del otro, buscando restituir la posición del sujeto pasivo al estado en que se encontraba antes del daño (LEAL, 2015).

En concordancia con lo anterior, y a modo de conclusión, puede deducirse de lo dicho que el daño es el elemento necesario (inicialmente) para considerar la procedencia de un proceso de responsabilidad, ya que el daño puede ser definido como toda afectación ilícita a los intereses legítimos de cualquier sujeto en sociedad, quien tiene el derecho a solicitar al sujeto pasivo de la acción la reparación del daño padecido, el cual carece de todo fundamento secundado por el Estado y el orden jurídico reinante.

Teniendo una idea básica del concepto del daño, es menester tener en cuenta que este posee unos elementos característicos: debe ser cierto, debe de ser personal, y debe de ser directo.

### **3.2. CARÁCTER CIERTO DEL DAÑO**

La certeza del daño indica que el padecimiento debe acaecer en la realidad, lo que quiere decir que debe existir convicción de que el daño fue padecido por el sujeto que alega la reparación integral del daño (entendido este como un daño emanado de una relación contractual, precontractual o extracontractual).

En razón a la necesidad de evidencia del daño se requiere que el hecho generador pueda ser identificado, tanto para el sujeto pasivo de la acción como por el juez de conocimiento, quien debe contar con evidencia que permita inferir de forma clara que se ha producido un perjuicio material o inmaterial (JARAMILLO, 1983).

Ante la necesaria corroboración por parte del juez, de la afectación padecida por el sujeto pasivo de la acción, este debe optar por obtener pleno convencimiento del hecho generador del daño a través de los medios probatorios permitidos por la ley.

En concordancia con lo anterior, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (2016), aclaró que es necesaria la demostración del daño padecido, ya que sin dicho convencimiento resultará imposible para el juez de conocimiento proceder con la imputación de responsabilidad y el proceso de reparación que de este se pueda derivar.

Bajo los argumentos esgrimidos es evidente que, sin la certidumbre del daño no puede procederse con el proceso de responsabilidad, y mucho menos la imputación de responsabilidad en cabeza del supuesto sujeto activo de la acción dañosa, ya que sin este pleno convencimiento del hecho no puede prodigarse la idea de daño y reparación del mismo.

### **3.3. CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO**

Cuando se apunta al carácter personal del daño se está haciendo alusión al hecho de que inicialmente solo la persona que padece la afectación a sus derechos tiene la legitimación para solicitar frente a un juez el reconocimiento de los daños padecidos, lo que quiere decir que la persona que sufre el detrimento es quien tiene la potestad legal de acceder al aparato judicial en

busca de que los desequilibrios padecidos de forma ilícita sean restaurados (PULIDO & FABRA Z., 2013).

En igual sentido, debe recordarse que el carácter personal del daño no hace alusión solamente a la esfera física del sujeto afectado, sino que abarca todos los objetos materiales con los cuales este genera lazos de cercanía e identificación.

Sin embargo, en la actualidad el término *personal* contiene una conexión expansiva con otros sujetos que puedan resultar afectados por el bien lesionado del sujeto pasivo (JARAMILLO, 1983), lo que quiere decir que el daño puede ser artífice de daños a bienes jurídicamente tutelados de otros sujetos que no padecen directamente el daño, como es el caso del daño moral o la posibilidad del resarcimiento del daño a los herederos de la persona lesionada en caso de esta morir (JARAMILLO, 1983), noción un poco ambigua que puede ser resuelta por algunos autores como POLANIA (2017) a través de la distinción entre daño y perjuicio, los cuales no pueden ser considerados como equivalentes, sino como dos clasificaciones de las esferas de existencia del sujeto, a saber: la esfera material (lucro cesante, daño emergente), y daño inmaterial (daño moral) (JARAMILLO, 2017).

Es así que el carácter personal del daño legitima al sujeto pasivo del daño para solicitar que se adelante el proceso de responsabilidad en contra del presunto productor del daño, buscando obtener la salvaguarda de sus derechos.

### **3.4. CARÁCTER DIRECTO DEL DAÑO**

Al momento de abordarse el carácter directo del daño se está haciendo una alusión clara al elemento del nexo de causalidad, el cual cumple una función relacional entre el hecho dañoso y el daño padecido, lo que puede traducirse

a términos amenos como el medio que permite convencer al juez de conocimiento acerca de la relación directa y lógica entre el hecho generador del daño y el daño que se busca indemnizar, por lo cual la relación de causalidad es el medio que permite reconocer entre causa y efecto jurídico, o, en otras palabras, el nexo entre dos fenómenos que permiten la constitución del factor de imputación material al sujeto (BARRIOS & TERNERA B., 2008).

Sin embargo, para obtener una idea más específica de la importancia del nexo de causalidad es menester traer a colación parte del fundamento del prolífico filósofo del siglo XVI, David Hume. Este filósofo de la ilustración abarcó la problemática relacional entre la causa y el efecto, determinando que estas comparten no solo una relación de potencialidad, sino una condición espacio-temporal y de contigüidad, que permitía afirmar que un efecto debía provenir necesariamente de una causa, pero dicha causa no podía ser cualquiera causa, sino que debía de ser la causa efectiva.

Al respecto, PONCE & VALDÉS M. (2014) explican esta connotación de causalidad emergida desde HUME (1711-1776), al aclarar que el pensador escocés disuelve la unidad propia del concepto de causalidad generando una división entre causa y efecto, la cual se representa por la idea de sucesión, más nunca de enlace.

Es por lo anterior que si al momento de buscarse la indemnización y/o reparación resulta imposible demostrar el carácter directo del daño, o este entendido como causalidad, será improbable generar una obligación a cargo del promotor o causante del daño, con el interés que se busca proteger y resarcir.

Una vez aclaradas las características del daño, se colocará de presente la relación del daño y sus características con la idea de la responsabilidad y la

constitucionalización del daño como nociones transversales a todo el sistema de responsabilidad estatal.

### **3.4.1. Constitucionalización del daño**

La Constitución de Colombia (1991) prevé la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por su acción u omisión, estableciendo que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (art. 90).

Precisamente es por eso que el Estado se encuentra en la obligación de responder por los hechos que le sean imputables, siendo sujeto de obligaciones e indemnizaciones por su accionar.

En igual sentido, el Estado responde por los daños antijurídicos, lo que quiere decir que solo le son imputables aquellos daños que las personas no están en el deber de soportar, y que claramente contravienen sus derechos y las cargas connaturales que deben soportar por encontrarse inmersos en una sociedad determinada (ARROYO, 2000).

Estos daños antijurídicos se determinan a través de títulos de imputación, falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional (RUIZ O., 2019), que permiten la adecuación conductual del Estado a un determinado daño, siendo menester la demostración de la vulneración y obligación de indemnización.

Al respecto la Corte Constitucional (1996), aclara la naturaleza del daño antijurídico:

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización (Sentencia C-333).

Estos hechos antijurídicos deben estar plenamente demostrados, siendo imperiosa la relación de causalidad entre el hecho y el daño para prodigar la responsabilidad del Estado en sus múltiples esferas. Es por ello que la legitimidad del Estado respecto a los ciudadanos se concibe como la posibilidad de que no exista una relación eminentemente desproporcional, donde el Estado puede irrumpir dentro de las esferas, tanto privadas como públicas, de los sujetos que se encuentran bajo su ropaje y cuidado.

Con las anteriores acepciones se puede evidenciar que la responsabilidad del Estado, articulada a través del artículo 90 constitucional, se encuentra permeada en todas sus esferas a través del reconocimiento que el Estado tiene respecto a su deber de acción frente a los ciudadanos, en la búsqueda de protección de derechos y libertades fundamentales, lo que necesariamente implica una superación de la idea antiquísima sobre la cual

se llegó a fundar la irresponsabilidad del Estado, como se evidencia en la premisa “*the King can do not wrong*” (ARROYO, 2000, p. 214), sobre la que se fundaban los sistemas de responsabilidad anteriores.

La concepción de la constitucionalización del derecho de daños se da por aproximación a la noción de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, quien tiene la obligación de fungir como el primer organismo en prodigar, a través de los medios necesarios, la protección de derechos fundamentales de sus administrados, como a bien lo tuvo PORTOCARRERA (2017) al decir que la obligación de reparación del Estado debe considerarse como una obligación jurídica sin ningún tipo de ambigüedad y una tarea de orden público (p. 890).

Es por lo anterior que puede hablarse de la constitucionalización del daño, la cual apareja necesariamente la idea de que el daño y el reconocimiento del mismo deben tener como finalidad la protección de los derechos fundamentales y su resarcimiento en caso de ser vulnerados por acción u omisión de cualquier órgano o entidad que hagan parte del Estado.

Habiéndose presentado la concepción del daño, sus características constitutivas y su relación con la responsabilidad del Estado, y la constitucionalización del daño a partir del artículo 90 constitucional, se procederá a explicar los conceptos sobre los cuales se sustentan los principios *alterum non laedere* y *astucia pro quo*.

## **4. PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD**

### **4.1. PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD *ALTERUM NON LAEDERE***

Este principio de la responsabilidad encuentra su razón de ser en lo establecido en el Código Civil colombiano (1873), el cual aclara:

**Artículo 1902.** El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

El artículo aludido permite inferir dos nociones o aristas a tener en cuenta: por un lado, existe la obligación de reparar el daño causado, y por el otro existe un deber de omitir cualquier acción que repercuta en los derechos y libertades fundamentales de los demás individuos en sociedad, lo que correlativamente implica el reconocimiento, no solo de un orden dentro de la sociedad, sino la necesidad de reconocimiento del otro como sujeto de derechos y deberes, los cuales aparejan el reconocimiento de la dignidad humana de todos los individuos en sociedad, por lo cual este principio (*alterum non laedere*) se presenta como una noción rectora en la relación de sujetos en sociedad, ya que la noción de daño permite generar límites entre los cuales los sujetos pueden desarrollar y proyectar sus derechos sin que ello conlleve el detrimento de los derechos de los demás. La posibilidad de que el sujeto pueda ser responsable de su accionar está íntimamente relacionada con la concepción de responsabilidad personal frente a terceros.

Si se entiende el desarrollo del presente principio bajo una concepción eminentemente conceptual, parece ser la solución más plausible para el desarrollo y protección de derechos entre sujetos y su relación con el Estado. Sin embargo, en el desarrollo del reconocimiento y aplicación de dicho principio, principalmente en la esfera jurisdiccional, encuentra múltiples problemas para lograr su fin, ya que en el desarrollo del proceso judicial se encuentran diferentes limitantes para la noción de reparación integral (Ley 446 de 1998), ya que es claro que desde una perspectiva ontológica resulta imposible la aplicación estricta de la teoría de la anulación de COLEMAN (2010), ya que un sujeto afectado por un hecho claramente nunca logra volver a su estado anterior.

Por otro lado, se encuentra que, en desarrollo del proceso judicial, se busca establecer no una verdad real, sino una verdad procesal, la cual se presenta como en el enfrentamiento de dos discursos sobre los que el operador jurídico debe decidir (FLÓREZ, 2017), por lo que es evidente que la reparación, en su esfera fáctica, máximo podrá acercarse a la situación anterior al daño.

Corolario de lo anterior, se puede evidenciar que la aplicación del principio *alterum non laedere* no solo es un principio del derecho de daños, sino que es un principio transversal al desarrollo de las relaciones humanas, que permite generar límites en la interacción social. Ahora bien, bajo la noción eminentemente jurídica se encuentra que existe el deber de no dañar consagrada en el artículo 2341 (Código Civil, 1873), de la cual se desprende la concepción de que la reparación debe ser correlativa al daño causado, no siendo inferior o superior a esta, por lo que la reparación del daño solo busca establecer el equilibrio afectado por un acción determinada.

Habiéndose entregado una noción general de lo que puede entenderse por el principio *alterum non laedere*, se procederá a plantear las bases o nociones necesarias para comprender la *astucia pro quo*, o el deber de minimizar el daño.

#### **4.2. PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD: LA ASTUCIA PRO QUO**

Este principio de la responsabilidad tiene su origen en las raíces del derecho privado, el cual establece que el sujeto pasivo de una acción dañosa tiene derecho a solicitar la reparación del daño que se le ha causado, pero que correlativamente tiene la obligación de realizar todas las acciones tendientes a reducir el daño que se le ha causado, o evitar que este se propague (LEAL, 2015), lo que quiere decir que el sujeto pasivo debe procurar que el daño no

se extienda realizando todas las acciones necesarias, ya que en caso de que el daño se extienda por la acción u omisión del sujeto que padece la acción, estos daños no serán indemnizados por no provenir de una acción directa del sujeto activo que causó el daño inicialmente.

Al respecto TRONCOSO (2011) aclara que la obligación de la víctima de minimizar el daño es un deber que tiene el sujeto pasivo del daño de impedir la aparición excesiva de perjuicios provenientes del daño ocasionado, buscando limitar la gravedad de la afectación.

El daño puede ser entendido en términos simples como una afectación a la estructura del ser humano, siendo de carácter objetivo su repercusión y generando cambios intransitables para la reparación integral que promueve el derecho de daños.

No obstante, el daño desde la perspectiva doctrinal de autores como POLONIA T. (2017), se argumenta que dependiendo de la esfera en la que recaiga el daño se puede hablar de perjuicio y reparación, siendo el perjuicio aquella respuesta al daño que recae sobre bienes materiales o patrimoniales, y la reparación la respuesta al daño que recae sobre bienes no económicos o inmateriales (JARAMILLO, 2017).

Es por lo anterior que dentro del proceso de responsabilidad es menester que el sujeto pasivo demuestre que ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones respecto a la búsqueda de la reducción del daño, ya que debe recordarse que el proceso de responsabilidad tiene como finalidad lograr el restablecimiento de los derechos afectados, ya que en caso de ir más allá de este fin, se estaría en el posible terreno del fenómeno del enriquecimiento sin justa causa (RUIZ O., 2019).

Este principio de la responsabilidad, el cual se encuentra en concordancia con el artículo 83 constitucional (principio de buena fe), establece que las acciones del sujeto pasivo deben ir acordes a los principios rectores de las actuaciones entre particulares y el Estado, por lo que no hay lugar a acciones malintencionadas por parte de la víctima en busca de ampliar el margen de indemnización.

En concordancia con el artículo 83 constitucional (1991) se demuestra su correlación con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que dice:

**Valoración de daños.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

Este artículo permite aclarar que la naturaleza de la aplicación de la *astucia pro quo* converge, como ya se dijo, sobre los perjuicios derivados del daño, y dichos perjuicios se encuentran en consonancia con la naturaleza de aplicable al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, ya que es evidente que la aplicación de este principio afecta la *restitutio in integrum* o la equivalencia daño y reparación (ÁGUILA, 2005).

Como corolario de lo anterior, es claro afirmar que el sujeto pasivo de la acción dañosa tiene derecho a ser reparado de forma integral, pero igualmente la ley y la jurisprudencia establecen obligaciones que deben cumplirse si desea que el proceso de reparación integral se adelante conforme a los principios y finalidades de la responsabilidad y el derecho de daños.

## 5. PREVALENCIA RELATIVA DEL PRINCIPIO *ASTUCIA PRO QUO*

Una vez revisados y consignados los elementos inherentes al daño, la idea de la constitucionalización del daño y las nociones de los principios *alterum non laedere* y la *astucia pro*, se encuentra la necesidad de proceder a explicar las razones que sustentan la prevalencia relativa del principio de aminorar el daño (*astucia pro quo*).

El principio de la *astucia pro quo* predica el deber de la víctima de aminorar el daño que padezca, bajo dos vertientes: el deber de no extender el daño, y la obligación de no extender el daño.

Inicialmente la procedencia de la indemnización es clara: la necesidad de que se den los tres elementos del daño (directo, cierto y personal), al igual que debe presentarse el elemento de la ilicitud, ya que trayendo de nuevo a JARAMILLO (1983), la configuración de los tres elementos del daño resultan inocuos sin la noción "*ilicitud*" que media entre ellas, toda vez que sin esta resulta imposible establecer con claridad la afección a una facultad jurídicamente reconocida (JARAMILLO, 1983).

Es por lo anterior que al momento de establecerse los tres elementos del daño surge la responsabilidad, y por tanto la obligación de reparar a la víctima. Sin embargo, el daño a reparar debe ser razonable, lo que quiere decir que la consideración acerca de que "*se paga nada más, ni nada menos que el daño causado*", debe acontecer como un derecho de ser reparado, pero también como la obligación de no hacer extensivo o más gravosos los daños sufridos por el sujeto pasivo, ya que a este solo se le debe indemnizar el daño causado y no los que él mismo ayude a ampliar o magnificar.

Todo lo anterior se encuadra dentro de la percepción de la justicia correctiva de COLEMAN (2013), toda vez que debe recordarse que toda ganancia o

pérdida errónea debía de ser anulada, la cual al ser un tipo de distorsión del plan distributivo entre los sujetos debía ser corregida, lo que quiere decir que el derecho de daños debe acontecer como una herramienta que restablezca el equilibrio entre sujetos en sociedad, y no como un mecanismo de lucro injustificado.

No obstante, la *astucia pro quo* no puede precisarse como un principio de aplicación absoluto, sino antes bien, su aplicación debe acontecer bajo los limitantes que establece tanto la constitucionalización del daño amparado bajo lo preceptuado en el artículo 90 superior, al igual que criterios extraídos de la teoría de la justicia correctiva de JULES COLEMAN (2010), lo que claramente desembocaría en la concepción de una aplicación relativa del principio del deber de aminorar el daño.

La *astucia pro quo* como principio de la reparación encuentra su asidero en el derecho a ser reparado, pero correlativamente en el deber de aminorar el daño por todos los medios posibles. Empero, debe recordarse que la noción del daño, ya sea la estipulada en el artículo 2341 del Código Civil (1873), o la derivada de la Constitución de Colombia (1991) en su artículo 90, se encuentra ampliamente permeado por la concepción de la constitucionalización del daño, ya que el margen de acción del daño no se desarrolla simplemente bajo la percepción económico-eficiente de la Escuela Económica del Derecho (COLEMAN, 2013), sino que esta se hace extensiva a la protección de los diferentes derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que la esfera económica no logra abarcar completamente la idea de reparación integral, sino que solo es una parte dentro de esta, ya que la constitucionalización del daño reconoce que el fin último de la reparación es la protección de derechos y libertades reconocidos (BOTERO, 2014).

Por lo anterior, la constitucionalización del derecho de daños ya genera un primer criterio para la relativización del principio de la *astucia pro quo*, toda

vez que el sujeto pasivo del daño, en primer término, tiene la obligación de aminorar el daño, pero sin que ello quiera decir que deba supeditar la reparación a la posible afectación a otros derechos y libertades, lo cual es ilustrado por ROA (2018):

Resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues solo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido (p. 7).

Así, logra corroborarse que desde una perspectiva constitucional del daño la aplicación de la *astucia pro quo* apareja límites que no permiten que sea desarrollada en todas las situaciones donde pueda presentarse un daño, más bajo la posibilidad de afectar o comprometer otros derechos, lo que necesariamente conllevaría una ampliación del daño, que bajo las consideraciones del derecho de daños no serían indemnizables.

Una vez explicada la primera limitación en la obligación de aminorar el daño, también se tiene que, bajo las consideraciones de la teoría de la justicia correctiva, se encuentran elementos que relativizarían la aplicación de la obligación de mitigación del daño.

Debe recordarse que la teoría de la justicia correctiva se fundamenta en el ideal que no se desarrollen distorsiones frente a las ganancias y/o pérdidas injustificadas que pueda padecer el sujeto pasivo de la acción dañosa

(COLEMAN, 2013), lo que conlleva la idea de que debe buscarse el restablecimiento del equilibrio entre las partes inmersas en el hecho dañoso, en aras de no generar detrimentos ni ventajas injustificadas que posiblemente podrían emerger en la relación entre sujetos.

Bajo dicha concepción podría considerarse, inicialmente, que la aplicación del principio de la *astucia pro quo* debe presentarse indefectiblemente en procura de que los desequilibrios generados entre las partes se reduzcan en el mejor de los casos, o se mantenga estrictamente en su magnitud inicial.

Sin embargo, los criterios de justificación planteados por COLEMAN (2013) se desarrollan bajo la percepción de la responsabilidad dependiente de una relación entre ganancia arbitraria y pérdida injustificada, lo que quiere decir que se da una suerte de ponderación entre ganancia y daño para establecer la procedencia de la indemnización, ya que esta ponderación permite dimensionar el desequilibrio entre los sujetos con ocasión al daño.

En igual sentido, se encuentra que entre la aplicación del principio de la *astucia pro quo* los tres criterios sobre los cuales se puede plantear una relación argumentativa entre la responsabilidad del agente y la obligación de reparar a la víctima (COLEMAN, 2013), se puede dar aplicación al primer criterio que plantea que la indemnización de un daño se puede establecer a partir de la noción de justificación de la conducta. Si la conducta es injustificada o irracional debe procederse con el resarcimiento del daño.

Bajo la consideración del primer criterio, el cual establece una noción de justificación de la conducta para la procedencia de la indemnización, se puede establecer, *contrario sensu*, que la aplicación del principio de la obligación de mitigación del daño solo debe aplicarse bajo condiciones que justifiquen su procedencia, lo que quiere decir que su aplicación solo puede

aplicarse cuando la mitigación del daño se pueda desarrollar sin comprometer otros derechos del sujeto pasivo del daño.

Por ello es que el daño padecido, que genere una carga incesante e injustificada al sujeto pasivo del daño, debe ser indemnizable complemente en concordancia con los criterios de justificación planteados por la teoría de la justicia correctiva, sin que pueda darse un detrimento o reducción de la indemnización por la inaplicación del principio de mitigación del daño, ya que para que este proceda se requiere que se configuren elementos justificativos (que no afecten otros derechos, o de terceros).

Los dos elementos anteriormente presentados (criterios de justificación para la procedencia de la indemnización e ilicitud como criterio para establecer pérdidas arbitrarias) permiten considerar la justicia correctiva (anulación del daño por ganancias o pérdidas injustificadas) no solo como un criterio económico de resarcimiento, sino que trasciende a la noción económica, para presentarse como una expresión ideal de justicia (COLEMAN, 2013), ya que, aparte de las teorías que secundan el daño, existen principios que convergen al momento de establecer la responsabilidad, lo que hace trascender la noción del daño y la responsabilidad más allá del esquema económico de accidente-costo-eficiencia, para dar un sustento moral a la responsabilidad, ya que estos se desarrollan de igual forma, en concordancia con principios de la responsabilidad como el principio de autonomía y libertad negativa, entre otros.

Lo anterior es referido por COLEMAN (2010), al decir:

(...) La injusticia se fundamenta en el entendimiento de que su propósito consiste en brindar razones morales para la acción a los agentes. Antes de que uno pueda tener un deber moral de rectificar esas pérdidas, debe de existir una razón moral para hacerlo. En

otras palabras, las perdidas deben ser de la clase por las que tiene sentido preocuparse moralmente (...) (p. 354).

En consideración de lo expuesto, se puede evidenciar que la aplicación relativa del principio de la *astucia pro quo* se presenta bajo una percepción de necesidad, ya que la obligación de aminorar el daño no puede predicarse como una obligación absoluta, sino que esta debe acontecer con criterios de justificación, los cuales son entregados bajo la concepción de la constitucionalización del derecho de daños (GIL B., 2014), y los criterios entregados por la teoría de la justicia correctiva, que juntos permiten la superación de una percepción eminentemente económica del daño, para dar prevalencia a la protección de los derechos del sujeto pasivo, lo que indefectiblemente permite inferir una dimensión moral dentro del proceso de estimación e indemnización del daño.

## **6. RESULTADOS O HALLAZGOS**

Dentro del presente trabajo de investigación, teniendo en cuenta las variables propuestas y su integración a través de la justicia correctiva de COLEMAN (2010), se logró encontrar que en la pugna entre los principios de la *astucia pro quo* y el deber de no dañar se debe dar prevalencia relativa a la *astucia pro quo*, ya que este principio, si bien inicialmente plantea un deber, este no es absoluto, más si se tiene en cuenta que gracias a los avances realizados en la Constitución de Colombia de 1991 en materia de responsabilidad, consagrado en el artículo 90 superior, se logra consolidar un panorama del derecho de daños que ya no se ciñe solamente por una noción eminentemente económica, sino que en razón a criterios de justificación para la procedencia de la indemnización y la ilicitud, como criterio para establecer pérdidas arbitrarias, elementos justificativos dentro de la teoría de la justicia correctiva de COLEMAN (2010), la obligación de aminorar el daño se relativiza bajo la percepción de protección de otros

derechos fundamentales que se puedan ver involucrados en las acciones tendientes a aminorar el daño, por lo que en la obligación de la víctima de reducir el daño puede encontrarse elementos que no permitan su aplicación, sin que ello quiera decir que la víctima incumplió a deberes establecidos en la ley, y por tanto el derecho a una reparación integral no puede ser afectada.

La aplicación relativa de la *astucia pro quo* no elimina el deber de aminorar el daño, pero sí permite, en su relativización, la protección de derechos que puedan ser afectados al buscarse la mitigación del daño, lo cual claramente puede resultar contraproducente, degenerando en una ampliación del daño sin desearlo, por lo que la aplicación prevalente de la mitigación del daño demuestra con claridad que su aplicación, en relación con el derecho a que la víctima reciba una reparación integral, se encuentra en mayor consonancia con la constitucionalización derecho de daños y su finalidad, que es la protección de las diferentes esferas (materiales e inmateriales) reconocidas y protegidas jurídicamente por el ordenamiento jurídico colombiano, resultando así en una superación de una simple visión economista del daño, para dar lugar a una visión moral de la reparación del daño.

## **CONCLUSIONES**

Habiéndose presentado las explicaciones pertinentes respecto al concepto del daño, sus características y constitucionalización, pasando por la explicación de los principios en disputa (*alterum non laedere* y *astucia pro quo*), y finalmente la consideración respecto a la prevalencia relativa del principio de la *astucia pro quo*, se logra demostrar que la confluencia de principios en materia de derecho de daños juegan un papel primordial en relación con su finalidad, la cual es la reparación integral de la persona afectada, por lo que resulta necesario establecer que la aplicación relativa del principio de la *astucia pro quo* se encuentra más acorde con la esfera de protección de los derechos inmersos que puedan resultar afectados por el

hecho dañoso (constitucionalización del derecho de daños), ya que a diferencia del principio *alterum non laedere*, que establece la obligación eminente de no dañar y su correlativa obligación de reparar el daño sin más, el principio de la *astucia pro quo* establece límites sobre los cuales puede procederse con el cumplimiento de la obligación de aminorar el daño.

El establecimiento de dicho límite, demostrado a partir de los postulados teóricos de la justicia correctiva de COLEMAN (2013), permite evidenciar que la aplicación relativa de la *astucia pro quo* logra que el derecho a una reparación integral de la víctima no se vea disminuida por la imposibilidad del cumplimiento de sus obligaciones (aminorar el daño), mientras se encuentren elementos justificativos como son los criterios de justificación para la procedencia de la indemnización y la ilicitud como criterio para establecer pérdidas arbitrarias, al igual que la aplicación *contrario sensu* del primer criterio como relación argumentativa entre la responsabilidad del agente y la obligación de reparar a la víctima, a partir de la noción que considera que la carencia de justificación de una conducta dañosa apareja la procedencia del resarcimiento del daño, ya que la conducta de la víctima respecto a su obligación de aminorar el daño debe ser justificada, toda vez que sin este elemento se le colocaría en una situación de difícil resolución, porque la víctima tendría que comprometer otros derechos que pueden resultar afectados en aras del cumplimiento de su obligación, lo cual paradójicamente puede terminar por ampliar el daño padecido con la gravosa consecuencia de que estos no estarían incluidos dentro de la esfera del daño causado por el sujeto activo de la acción dañosa (se busca reparar solamente el daño causado), lo que significa que tampoco podrían contemplarse dentro de la reparación integral que se pueda deprecar.

Finalmente, teniendo los anteriores elementos, como la constitucionalización del daño a partir del artículo 90 superior, al igual que los criterios de justificación para la procedencia de la reparación emanados de la justicia

correctiva, demuestran que la aplicación relativa de la *astucia pro quo* logra superar la noción eminentemente económica del derecho de daños, para dar lugar a una connotación moral del daño y la reparación integral.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁGUILA, R.D. (2005). *Notas sobre el deber de indemnizar el daño*. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838862003.pdf>

ARROYO, F.N. (2000). "La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política". En: *Revista de Derecho Privado*. N° 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/659>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional.

BARRIOS, L.F. & TERNERA B., F. (2008). *Breves comentarios sobre el daño y su indemnización*. *scielo*. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v7n13/v7n13a5.pdf>

BOTERO, G.E. (2014). *La constitucionalización del derecho de daños*. Bogotá: Editorial Temis.

COLEMAN, J. (2010). *Riesgos y daños*. Disponible en: [https://unilibrebog-my.sharepoint.com/personal/joquina\\_gallegom\\_unilibre\\_edu\\_co/\\_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fjoquina\\_gallegom\\_unilibre\\_edu\\_co%2FDocuments%2FAttachments%2FCOLEMAN-Jules-Riesgos-y-Danos%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fjoquina\\_gal](https://unilibrebog-my.sharepoint.com/personal/joquina_gallegom_unilibre_edu_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fjoquina_gallegom_unilibre_edu_co%2FDocuments%2FAttachments%2FCOLEMAN-Jules-Riesgos-y-Danos%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fjoquina_gal)

COLEMAN, J. (2013). *Daños, derechos y responsabilidad extracontractual*. Disponible en: [https://unilibrebog-my.sharepoint.com/personal/joaquina\\_gallegom\\_unilibre\\_edu\\_co/\\_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fjoaquina\\_gallegom\\_unilibre\\_edu\\_co%2FDocuments%2FAttachments%2FJules-Coleman-Danos-derechos-y-responsabilidad-extracontractual-2013-](https://unilibrebog-my.sharepoint.com/personal/joaquina_gallegom_unilibre_edu_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fjoaquina_gallegom_unilibre_edu_co%2FDocuments%2FAttachments%2FJules-Coleman-Danos-derechos-y-responsabilidad-extracontractual-2013-)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1998). *Ley 446*. Bogotá: Imprenta Nacional.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1873) *Código Civil*. Bogotá: Imprenta Nacional.

CONSEJO DE ESTADO (2016). Sentencia de octubre 03. Rad. 05001233100019990205901. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Disponible en: [http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/28-11-2016\\_05001233100019990205901.pdf](http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/28-11-2016_05001233100019990205901.pdf)

CORTE CONSTITUCIONAL (1996). *Sentencia C-333*. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-333-96.htm>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL (2016). Rad. 11001-31-03-08-2000-000196-01. Disponible en: [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp.../ci.../SC16690-2016%20\(2000-00196-01](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp.../ci.../SC16690-2016%20(2000-00196-01)

HENAO, J.C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- JARAMILLO, J.T. (1983). "El daño civil y su reparación". En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad de La Rioja. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5333117.pdf>
- JARAMILLO, T. J. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogota: Legis.
- LEAL, V. d. (2015). *Justicia correctiva y derecho de daños. Jules Coleman, Ernest Weinrib y los fundamentos de la responsabilidad*. Disponible en: <http://buleria.unileon.es/handle/10612/5152>
- PONCE, A.A. & VALDÉS M., H. (2014). *La causalidad desde Hume a Kant. De la disolución del absoluta del concepto a su condición como ley*. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/pafi/n38/n38a01.pdf>
- PORTOCARRERA, J.C. (2017). *La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/34.pdf>
- PULIDO, C.B. & FABRA Z., J. (2013). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico jurídico de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROA, F.S. (2018). *Mitigación del daño en materia contractual*. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-90602018000100156](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602018000100156)
- RUIZ, O.W. (2019). *Responsabilidad del Estado y sus agentes*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

SIRI, A.J. (2011). “*El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos*”. Disponible en: <http://revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/6>

TRONCOSO, M.I. (2011). *La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2993>