

EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN COLOMBIA POR VULNERACIÓN A BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS*

EILYNN SUSANA DURÁN OVALLOS**

Presentado: 14 de octubre de 2016 – Aprobado: 16 de noviembre de 2016

DOI: 10.24142/raju.v11n23a7

Resumen

El presente escrito gira en torno a la inclusión dentro de la responsabilidad civil y estatal de una nueva tipología del daño extrapatrimonial que resulta de la vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, consideración que ha sido asumida por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia basándose en criterios constitucionales, que son los que se pretenden exponer, y al plantear el proceso de constitucionalización de la responsabilidad que ha dado paso al surgimiento de las nuevas categorías del daño, para estudiar luego la protección a bienes y derechos reconocidos convencionalmente y finalizar con el planteamiento de los comentarios que se han generado frente al tema.

Palabras clave: daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, constitucionalización del derecho, internacionalización del derecho, responsabilidad.

* Este escrito es resultado del trabajo de grado para obtener el título de Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Santo Tomás, Bucaramanga.

** Abogada y Especialista en Derecho Constitucional, ambos títulos de la Universidad Santo Tomás (Bucaramanga). Actualmente se desempeña como Secretaria de Víctimas del Municipio de Teorama (Norte de Santander). Correo electrónico: eilynn23@hotmail.com

THE EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE IN COLOMBIA BY VULNERATION OF GOODS AND RIGHTS CONSTITUTIONALLY AND CONVENTIONALLY PROTECTED

Abstract

This paper focuses on the inclusion inside the civil and State responsibility of a new typology of extrapatrimonial damage resulting from the violation of constitutional and conventionally protected goods and rights, which has been assumed by the Council of State and the Supreme Court based on constitutional criteria that are those pretended to be exposed, initially proposing the process of constitutionalisation of responsibility that has given way to the emergence of the new categories of damage, then studying the protection of property and rights recognized conventionally and ending with the approach of comments that have been generated in front of the topic.

Keywords: Damage to constitutional and conventionally protected assets and rights, constitutionalisation of law, internationalization of law, responsibility.

LES DOMMAGES EXTRAPATRIMONIAUX EN COLOMBIE POUR VIOLATION DES BIENS ET DROITS CONSTITUTIONNEL ET CONVENTIONNELLEMENT PROTEGES

Résumé

Cette lettre tourne autour de l'inclusion dans la responsabilité civile et de l'Etat pour un nouveau type du dommage extrapatrimonial résultant de la violation des biens et droits constitutionnel et conventionnellement protégés, examen qui a été pris en charge par le Conseil d'Etat et la Cour Suprême de Justice sur la base de critères constitutionnels ici proposés, soulevant d'abord le processus constitutionnel de la responsabilité qui a conduit à l'émergence de nouvelles caté-

gories de dommages, puis l'étude de la protection des biens et des droits reconnus conventionnellement et finalement en proposant des commentaires d'approche qui ont été générés contre le sujet.

Mots-clés: Dommages aux biens et droits constitutionnel et conventionnellement protégés, constitutionnalisation du droit, l'internationalisation du droit, la responsabilité.

IL DANNO EXTRAPATRIMONIALE IN COLOMBIA PER VIOLAZIONE AI BENI ED AI DIRITTI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALMENTE PROTETTI

Riassunto

Il presente scritto ruota attorno l'inclusione all'interno della responsabilità civile e dello Stato di una nuova tipologia del danno extrapatrimoniale derivante dalla violazione di beni e diritti costituzionali e convenzionalmente protetta, considerazione che è stato assunto dal Consiglio di Stato e la Corte suprema di giustizia sulla base di criteri costituzionali, che sono quelli che si cerca esporre, considerando inizialmente il processo di costituzionalizzazione della responsabilità che ha portato alla nascita di nuove categorie di danni, quindi studiare la protezione di beni e diritti convenzionalmente riconosciuti e finisce con i commenti di approccio che sono stati generati contro il soggetto.

Parole chiave: danni alla proprietà e i diritti costituzionali e convenzionalmente protetti, costituzionalizzazione della destra, internazionalizzazione della legge, responsabilità.

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA COLÔMBIA POR VIOLAÇÃO AOS BENS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS E CONVENACIONALMENTE PROTEGIDOS

Resumo

O presente escrito gira em torno á inclusão dentro da responsabilidade civil e estadual de uma nova tipologia de dano extrapatrimonial,

resultantes da violação aos bens e direitos constitucional e convencionalmente protegidos, consideração que foi assumida pelo Conselho de estado e o Supremo Tribunal de Justiça, com base em critérios constitucionais, que são os que se destina expor, considerando inicialmente o processo de constitucionalização da responsabilidade que levou ao surgimento de novas categorias de danos e, em seguida, estudando a proteção aos bens e direitos convencionalmente reconhecidos e terminando com as observações de abordagem que foram gerados contra o tema.

Palavras-chave: danos aos bens e direitos constitucional e convencionalmente protegidos, constitucionalização do direito, internacionalização do direito, responsabilidade.

INTRODUCCIÓN

Finalizado el siglo xx inició una etapa de transformación para el derecho. Tras la Segunda Guerra Mundial el punto central giró en torno al ser humano y al reconocimiento de los derechos inalienables; fue esta la base para el auge del proceso de constitucionalización del derecho que se generó en América Latina, a partir de la década del noventa, y que algunos autores han llamado “neoconstitucionalismo”¹ o Estados de derecho constitucionales y no puramente legales² (Uprimny, 2011).

Inicialmente, la constitucionalización ha sido definida como el proceso de transformación del ordenamiento jurídico, en el cual este se impregna totalmente de las normas constitucionales, por lo tanto, se caracteriza por tener una constitución extremadamente invasora capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, la doctrina, la política y las relaciones sociales³ (Guastini, 2003).

Frente a esta tendencia, impulsada principalmente por el poder judicial, el ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno. La Corte Constitucional ha sido pionera en el asunto, pues la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado no han asumido esta postura con tanta facilidad. Principalmente podría decirse que esto obedece a tres razones: la tradición, pues siempre han resuelto sus litigios con estricto apego a la ley; la estabilidad, al tener en cuenta que este es un presupuesto inexorable para la creación y modificación de relaciones en los aspectos del derecho privado y administrativo; y la subsidiariedad, toda vez que el derecho constitucional se ha catalogado más como una forma de llenar lagunas o solucionar un problema de interpretación que como una fuente directa (Suárez, 2014, p. 333).

Sin embargo, el proceso de constitucionalización ha calado poco a poco en cada espacio del derecho. Es el caso del régimen de responsabilidad, el cual hoy encuentra sus principales fundamentos en la Carta Magna,

1 Véase M. Carbonell (2003). *Neconstitucionalismos*. Madrid: Trotta (citado por Uprimny, 2011, p. 124).

2 Véase L. Ferrajoli (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (citado por Uprimny, 2011, p. 124).

3 Sobre estas características también hace referencia P. Comanducci (2005), *Constitucionalización y teoría del derecho* [conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina].

lo que ha inspirado a las altas cortes a introducir teorías como la del daño por vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

Probablemente la necesidad de garantizar la dignidad humana y los derechos fundamentales reconocidos por la constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), ha llevado a que posturas tan formalistas como las del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia se hayan flexibilizado, lo que permite la inclusión de ese tipo de daños.

Es esto precisamente lo que se persigue a través del presente escrito, indagar sobre los criterios que han tenido estas corporaciones para introducir en su jurisprudencia el daño extrapatrimonial por vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, lo cual implica apartarse un poco de los elementos dogmáticos legalmente establecidos dentro de la responsabilidad, para reconocer otros postulados que hacen parte de lo que hoy se conoce como constitucionalización e internacionalización del derecho.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS DEL DAÑO EN COLOMBIA

Hasta antes de finales del siglo XIX no se reconocía en el derecho, incluyendo en Colombia, la responsabilidad por parte del Estado y, por lo tanto, se predicaba su total irresponsabilidad. Es a partir de la sentencia del 22 de octubre de 1896 de la Corte Suprema de Justicia que surge la responsabilidad del Estado colombiano, al tener como antecedente el célebre Fallo Blanco de 1873 del Tribunal de Conflictos francés que da inicio a la etapa de responsabilidad de la administración; pero contrario a esta, en Colombia no se reconoció inicialmente su independencia del derecho privado, sino que se asimiló la responsabilidad del Estado a la contemplada frente a los particulares al mantener entonces la aplicación de las normas consagradas en el Código Civil y reconocer como tribunal máximo a la Corte Suprema de Justicia (Nader, 2010).

Así transcurrió hasta 1964 cuando se expide el decreto 528, el cual asigna la competencia de la responsabilidad del Estado —que hasta entonces era de la Corte Suprema de Justicia— al Consejo de Estado, quien tiene

a la ley como fundamento principal de los regímenes de responsabilidad que correspondían a falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial.

Es a partir de 1991, con la expedición de la nueva Constitución Política de Colombia, que inicia un crecimiento de la responsabilidad estatal, fundamentada en un solo régimen, “el daño antijurídico”, contemplado en el artículo 90 de la Carta Magna, el cual dispone que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”; esto entiende por aquel la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está obligada a soportar, que no está justificada por la ley o el derecho (CE, 2008).

En esta oportunidad, interesa lo referente al daño extrapatrimonial, el cual no siempre ha estado reconocido. Inicialmente, fue la Corte Suprema de Justicia a través del conocido fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 (CSJ, 1922), en el cual se consideró la existencia de un daño diferente al económico al partir de la afectación de otros bienes relacionados con los sentimientos, el dolor espiritual, la aflicción sufrida por la víctima o familiares a causa del daño producido, llamándolo daño moral.

Bajo esta teoría se mantuvo el Consejo de Estado durante varios años, pero luego, con los nuevos postulados de la Constitución Nacional de 1991, inició un cambio constante tanto de nombre como de contenido de los perjuicios. Enrique Gil Botero hace un recuento histórico de las distintas categorías de daño inmaterial o extrapatrimonial que se han dado en la jurisprudencia contencioso administrativa, diferentes al daño moral (Gil, 2012, pp. 93-107).

Un primer pronunciamiento en el cual se abre la posibilidad a una categoría distinta de perjuicio inmaterial se da a través de la sentencia del 14 de febrero de 1992, expediente 6477, en donde la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló frente al caso de Mariana Barazzuti, a quien se le produjo una fístula rectovaginal, que era necesario conceder una indemnización de 1.800 gramos oro, debido a las incidencias traumáticas generadas por las consecuencias fisiológicas que se ocasionaron a la víctima.

Durante el mismo año, el Tribunal Administrativo de Antioquia profundizó y contextualizó mejor el concepto de daño fisiológico. Inicialmente se hace referencia al daño especial y el demandante lo divide en tres categorías: 1) El daño personal especial producto del perjuicio causado en su vida de relación social y personal, causa de la grave invalidez; 2) Los perjuicios estéticos y 3) El daño corporal especial, debido igualmente a la invalidez

total que padece. Sin embargo, la Sala estimó que los daños mencionados deberían agruparse en uno solo: el perjuicio fisiológico; además señaló la diferencia entre este y los daños moral subjetivo y materiales al entender que estos se refieren a distintos bienes del ser humano. El daño moral, o “pretium doloris”, trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc. Los daños materiales se interesan por mantener los ingresos económicos que eran percibidos por el lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido, por ejemplo, y el daño fisiológico pretende compensar de alguna manera a una persona que ha sido privada de los “placeres de la vida”, al tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado (Tribunal Administrativo de Antioquia, 1992).

Seguidamente, en 1993, nuevamente la Sección Tercera del Consejo de Estado, en expediente 7428, trajo a colación el perjuicio fisiológico, pero esta vez lo asimila al concepto de daño a la vida de relación,⁴ al aducir a la necesidad de reparar la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales que no generan rendimientos patrimoniales pero hacen agradable la existencia.

Ante la confusión entre el perjuicio fisiológico y el daño a la vida de relación, en el año 2000 el Consejo de Estado (expediente 11842) aclaró que el uso del primero es inadecuado y no podría ser sinónimo del segundo daño, por lo tanto, se desechó definitivamente la utilización de perjuicio fisiológico. De esta manera, se señaló que el perjuicio al que se hace referencia no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que se derivan en la vida de relación de quien la sufre y que no sólo puede surgir de una lesión corporal, sino de diferentes hechos, cualquiera que provoque una alteración a la vida de relación de las personas. Asimismo, este daño extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del perjuicio o por otras personas cercanas a ella y no sólo hace referencia a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que puede tratarse de simples actividades rutinarias que ya no pueden realizarse o requieren un mayor esfuerzo. En este sentido, este tipo de daño extrapatrimonial siempre hará referencia a la vida exterior, pues aquel que afecte directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

4 El Consejo de Estado incurrió en una confusión, en esta ocasión, al asimilar dos categorías de daños inmateriales con orígenes distintos, el primero de raigambre francesa y relativa a los placeres de la vida y el segundo de corte italiano que se refería a la indemnización de las actividades no productivas de la víctima (Gil, 2012).

No obstante, posteriormente en sentencia del 15 de agosto de 2007, expediente AG 2003-385, la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió cambiar la anterior denominación al tener en cuenta que en ocasiones se utiliza de manera inadecuada y excesiva; se acude entonces al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual es más amplio e incluye no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino los cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto a la lesión de sus bienes, derechos e intereses legítimos como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otros.

El anterior concepto es replanteado en el 2011, cuando se crea una tensión entre distintas posiciones, de un lado quienes defienden categorías abiertas de lesiones y del otro, quienes optan por una reparación integral que identifique cada bien o interés jurídicamente tutelado.

Es así como nacen las llamadas “sentencias gemelas de unificación”⁵ proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, las cuales introducen el concepto de daño a la salud para reconocer aquella afectación a la integridad psicofísica, al reducir esta categoría a los ámbitos físicos, psicológicos, sexuales, etc.; esto determina el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental a la salud para establecer su indemnización.

En este sentido, se adopta de nuevo la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, al volver al concepto de afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, el cual se hizo difuso al incluirlo en otras categorías más amplias que desviaron su principal propósito. De esta manera, cuando el daño se genere por una lesión corporal, sólo podrá reclamarse y eventualmente reconocerse los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y los inmateriales, referentes al moral y a la salud o fisiológico.

Dichas sentencias de unificación marcaron un cambio importante en el derecho de daños, dándole un sentido constitucional a la responsabilidad al dejar de lado las categorías de daños que conducían a errores por su amplitud, para ir puntualmente a la indemnización de perjuicios ocasionados por la lesión a bienes e intereses constitucionalmente legítimos.⁶ Es así

5 Sentencias del 14 de septiembre de 2011 proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, en los procesos radicados 38222 y 19031.

6 Además de las sentencias de unificación, existen otros casos en los cuales se ha reconocido por parte del Consejo de Estado la afectación a bienes constitucionales como daño resarcible de naturaleza autónoma; ejemplos: sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 32651, vulneración del derecho a la familia; sentencia del 9 de febrero de 2010, expediente 19283, vulneración a los dere-

como la Sala reconoció como una tercera categoría de daños inmatrimales autónomos la afectación a bienes o derechos constitucional o convencionalmente lesionados.

En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se estableció como a continuación se describe: 1) Perjuicio moral; 2) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico) y 3) Cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado, no incluido dentro de la noción de daño corporal o afectación a la integridad psicofísica y que sea necesario su reconocimiento e indemnización por medio de las categorías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, derecho a la intimidad, entre otros).

Dentro de la misma unificación de criterios, la Sala, frente a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, contempló las características que identifican el daño a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados, que son las siguientes:

- 1) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales.
- 2) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.
- 3) Es un daño autónomo.
- 4) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva.

De igual forma, pueden resaltarse los siguientes aspectos mencionados por la misma corporación:

- 1) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos.

chos fundamentales al honor, buen nombre y honra; sentencia de unificación del 1º de noviembre de 2012, acción de grupo, radicado 1999-0002, vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad familiar y recreación familiar; sentencia del 25 de septiembre de 2013, expediente 36460, violación a los derechos constitucionales y convencionales a la familia y libertad de residencia y domicilio.

- 2) La reparación del daño es dispositiva.
- 3) La legitimación de las víctimas del daño.
- 4) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario.⁷
- 5) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración.
- 6) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados.

Frente a esta tipología del daño y la constitucionalización del derecho de la responsabilidad, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de julio de 2013, radicado 31252, consejero ponente Enrique Gil Botero, mencionó lo siguiente:

Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia. A modo de ejemplo, baste señalar las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, proferidas por la sala plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial. De igual manera, se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad.

Por su parte, el derecho privado ha sido reacio a reconocer el proceso de constitucionalización del derecho, dada su concepción tradicionalmente formalista. Sin embargo, no ha sido la excepción y poco a poco ha aceptado la necesidad de acogerse y garantizar los postulados constitucionales.

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia no ha sido tan dinámica en cuanto a la creación de categorías del daño, al mantener dentro de los daños inmateriales el daño moral y el fisiológico o daño a la vida de relación,

7 Sobre medidas de reparación no pecuniarias véase: expediente 26251, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; expediente 32988, M. P. Ramiro Pazos Guerrero y expediente 28804, M. P. Stella Conto Diaz del Castillo.

a partir del año 2014 acogió también mediante jurisprudencia la teoría del daño por vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

Mediante sentencia del 5 de agosto de 2014, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, la Corte Suprema de Justicia señaló, sobre el estudio del daño, que este ha adquirido una mayor importancia en los últimos tiempos, tanto que puede catalogarse como el elemento central de la responsabilidad civil y ya no como un simple accesorio del factor de imputación, esto como resultado del protagonismo que la sociedad y la cultura jurídica actual le ha dado a la reparación del derecho o bien vulnerado y el reconocimiento del valor de la persona humana, la reivindicación del nombre de las víctimas y la obtención de perdón por haber sido agredidas en su dignidad.

En palabras textuales, la Corte suprema de Justicia expuso:

Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquellos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial —además del daño moral— el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.

[...] el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: 1) Mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); 2) Como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación) y 3) Como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la

libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional (el subrayado no es del original).

Asimismo, esta Corporación acoge las nuevas posturas del derecho al reconocer la necesidad de proteger los derechos superiores de los ciudadanos y concebir el derecho civil no como ese conjunto de normas puramente patrimoniales, sino como parte integral de un sistema jurídico constitucionalizado. Así lo expresó la mencionada jurisprudencia, al señalar:

El constitucionalismo se convirtió de ese modo en el nuevo paradigma del orden jurídico, cuyo influjo ha repercutido en las demás áreas del derecho positivo, incluido el derecho civil, naturalmente, que además de la función que tradicionalmente ha cumplido como regulador de las relaciones privadas, asume ahora un carácter protector de los derechos inalienables.

La defensa de las garantías fundamentales, por tanto, no se agota en la jurisdicción constitucional ni se limita al ejercicio de las acciones constitucionales, sino que es el propósito de todo el establecimiento jurídico entendido como un sistema unitario sustentado en el respeto a la dignidad humana.

Sobre el particular, Javier Tamayo Jaramillo, frente a este fallo en el que la Corte Suprema de Justicia concedió las pretensiones del actor en cuanto a indemnización de perjuicios morales y perjuicios al buen nombre, el cual llamó como magistral,⁸ señaló:

[...] por fin aceptó que todo individuo tiene una gran variedad de bienes jurídicos, y que la lesión a cada uno de ellos da lugar a una in-

8 Existen discrepancias frente al contenido y a lo decidido en el fallo del 5 de agosto de 2014; por ejemplo, el profesor de Responsabilidad Civil de la Universidad Javeriana, Sergio Rojas Quiñones, manifestó lo siguiente: “Nuestra responsabilidad civil tradicionalmente se ha estructurado sobre dos pilares fundamentales: su función predominantemente indemnizatoria y su orientación hacia la reparación de las repercusiones desfavorables que genera la lesión a un interés jurídico tutelado (v. gr. el daño emergente o el daño moral). Por lo pronto, no se ha aceptado un carácter marcadamente sancionatorio; tampoco se han aceptado, por regla general, indemnizaciones derivadas de la mera infracción, cuando la misma no ha generado ninguna repercusión. Lo paradójico es que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, previsto en el fallo del 5 de agosto del 2014, echa por la borda este entendimiento. Y lo hace de manera prácticamente inconsulta. [...] con esta postura, no sólo colapsan varios de los elementos dogmáticos de la responsabilidad (el daño se confunde con el actuar antijurídico), sino que, además, se procede en contra de su carácter indemnizatorio, al condenarse el pago de una suma de dinero por la sola infracción del interés tutelado” (Tamayo, 2015).

demnización propia; y que inclusive un hecho dañino puede dar lugar a la afectación de varios de esos bienes, teniendo derecho la víctima a ser indemnizada por cada bien vulnerado.

[...]

En mi Tratado de responsabilidad civil, tomo II, página 329, expreso lo siguiente:

Por todo ello pensamos que, desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño; si como consecuencia de esa disminución se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima, o de víctimas diferentes, habrá entonces tantos nuevos daños como bienes afectados haya. Cada bien lesionado constituye un daño con entidad propia (Tamayo, 2015).

LA PROTECCIÓN A BIENES Y DERECHOS CONVENCIONALMENTE RECONOCIDOS

De lo expuesto anteriormente, se evidencia que a partir de los noventa se inició un fuerte y complejo proceso de transformación constitucional, que podría decirse no se ha dado sólo en Colombia, sino en América Latina. Rodrigo Uprimny afirma que en su mayoría las reformas han sido bastante generosas en cuanto al reconocimiento de derechos constitucionales, incluyendo no sólo derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales, derechos colectivos y también derechos especiales de autonomía y ciudadanía a ciertos grupos poblacionales como es el caso de los indígenas. Pero este reconocimiento vino acompañado, además, con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos; esto genera que los jueces nacionales integren las disposiciones internacionales a través de figuras como el bloque de constitucionalidad, lo que lleva a una multiplicidad de fuentes jurídicas (Uprimny, 2011, pp. 113-114).

Sobre el particular, se han generado posturas que afirman que el siglo XXI ha iniciado una nueva transformación caracterizada como “internacionalización del derecho”,⁹ en donde se entiende que el derecho nacional o

9 Alrededor de esta teoría puede consultarse: L. Favoreau (2000). *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 43; CIDH, voto disidente del juez Cançado Trindade, consideraciones 6 a 12 en *caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*, solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas sentencia de 30 de noviembre de 2007, serie C, núm. 174; L. Martín (2004). *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*. Madrid: Civitas; M. Raffin (2008). “La globalización de la efectiva vigencia

local ha sido interferido y modificado por normas que provienen del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho penal internacional y del derecho internacional clásico y privado (Quinche, 2014, p. 118).

Si bien es cierto, no es nuevo que Colombia hace parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y aprobó el Pacto de San José de Costa Rica o CADH mediante la ley 16 de 1972, lo cual implica acatar la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entre otros tratados, pactos y convenios; es a partir de la Constitución de 1991, con la inclusión del artículo 93¹⁰ y la creación del bloque de constitucionalidad, el cual se refiere a aquellas normas y principios que reconocen los derechos humanos y que sin aparecer formalmente en el texto constitucional son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia constitución (CConst, C-225/1995), que empiezan a cobrar eficacia estas disposiciones al iniciar el proceso de integración del derecho internacional con el derecho constitucional colombiano.

Pues bien, la CADH, al seguir lo anterior tiene igual rango que una norma constitucional y prevalece sobre el ordenamiento interno, contempla en su artículo 2 el deber de los Estados Partes de adoptar disposiciones de derecho interno, que desde la interpretación de la CADH se ha concebido como “control de convencionalidad”;¹¹ esto se entiende como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de realizar no sólo el control de legalidad y constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino también de integrar las normas de la CADH en cada una de sus decisiones (Quinche, 2009).

De esta manera, nos encontramos frente a dos mecanismos de control, uno constitucional y otro convencional, lo que podría parecer que se trata de

de los derechos humanos. El rol de las personas en la búsqueda de la perfección de los sistemas de control internacionales”. En *El control de convencionalidad* (p. 215). Buenos Aires: Editar (todos citados por Quinche, 2014, p. 111).

10 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Constitución Política de Colombia, 1991).

11 Inicialmente la expresión “control de convencionalidad” fue usada en un voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, en la sentencia de fondo del caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos presenta dicho concepto en la sentencia de fondo proferida en el caso Almonacid Arellano contra Chile (Quinche, 2014).

lo mismo, pues al hacer parte la CADH del bloque de constitucionalidad se entiende que se encuentra adherida a la constitución, que hace parte integral de ella, por lo que sería innecesario hablar de control de convencionalidad.

No obstante, entre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad existen diferencias importantes. Frente al bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional ha expuesto que este es un mecanismo de integración normativa, que sirve como guía al legislador para expedir sus leyes y a los tribunales para ejercer el control de constitucionalidad (CConst, C-028/2006).

Por su parte, el control de convencionalidad puede ser entendido como:

Una institución destinada a dotar de eficacia directa los derechos, las garantías y los límites del poder. Por lo mismo, asegura la vigencia de principios jurídicos y reglas materiales (para el caso, los del derecho convencional), haciendo efectivo el principio de limitación del poder de los Estados suscriptores de las convenciones internacionales (Quinche, 2014, p. 149).

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, expuso el tema de la obligatoriedad de los criterios de convencionalidad en Derechos Humanos para el juez y las autoridades internas y frente al control de convencionalidad dedujo lo siguiente:

Es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Como resultado de este proceso de constitucionalización del derecho internacional, el Consejo de Estado no solamente ha reconocido las tipologías del daño que protegen los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, sino también aquellos contemplados en la CADH y las interpretaciones que de la misma haga la CIDH. Es el caso discutido en el fallo de radicado 25506 del 19 de noviembre de 2012 del Consejo de Estado, donde se condena a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA

NACIONAL, a cumplir medidas de reparación no pecuniarias como la publicación en periódico de un informe sobre los hechos materia de la sentencia y la realización de acto público de desagravio y rectificación de las informaciones que la institución manejó y proporcionó indebida y falsamente en contra de los demandantes y de su familia, situaciones estas que generaron violaciones a los bienes constitucional y convencionales al buen nombre y a la honra.¹²

Esta decisión tuvo como fundamento, entre otros, el siguiente:

En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, acuerdos, etc.) de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens” (CE, 2012).

COMENTARIOS FRENTE AL DAÑO POR VULNERACIÓN A BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS

La inclusión de esta nueva categoría de daños que se aparta de las tipologías tradicionales ha generado distintas posiciones que van desde aquellas que asumen como una victoria el reconocimiento de los derechos fundamentales y un avance en el proceso de constitucionalización, hasta las que

12 Sobre el particular, puede revisarse también la sentencia del 24 de octubre de 2013, expediente 25981, M. P. Jaime Orlando Santofimio; sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 29764, M. P. Enrique Gil Botero; sentencias del 12 de febrero de 2014, expediente 26013 y 40802, M. P. Jaime Santofimio Gamboa y sentencia del 26 de marzo de 2014, expediente 28741, M. P. Enrique Gil Botero.

aseguran que es un retroceso para el derecho de daños, toda vez que vuelve a la incertidumbre al tener en cuenta el contenido abstracto de los derechos humanos fundamentales.

Inicialmente se expusieron algunas de las consideraciones en las que se fundamentaron las sentencias para fallar a favor de dicha teoría, sin embargo, frente a lo decidido, varios fueron los salvamentos y aclaraciones de votos de magistrados que no están de acuerdo con esta nueva clasificación del daño. Caso es el de los magistrados Fernando Giraldo Gutiérrez, Jesús Vall de Rutén Ruiz y Margarita Cabello Blanco de la Corte Suprema de Justicia, quienes afirman que existe una gran dificultad al establecer como forma de daño autónoma una categoría tan abierta e indeterminada como la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional como los derechos humanos fundamentales, lo cual riñe con las posturas tradicionales con las que se ha construido jurisprudencialmente la responsabilidad civil (CSJ, 2014).

Por su parte, la magistrada del Consejo de Estado Ruth Stella Correa Palacio señaló en su salvamento de voto que el reconocimiento de la constitución del daño por el solo evento, independientemente de sus consecuencias o efectos como lo contempla el daño a derechos fundamentales, permitiría que se incurra en la doble indemnización, con lo que se afectarían los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público (CE, 2011).

Pues bien, existen posiciones un poco más intermedias como la del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona de la Corte Suprema de Justicia, quien en su aclaración de voto manifiesta estar de acuerdo con la necesidad que hoy asiste de reparar el daño por agresión a los derechos fundamentales, lo que considera una conquista del Estado Constitucional y Social de Derecho, pero no está de acuerdo con la inclusión como categoría exclusiva del daño no patrimonial. Dentro de sus argumentos expone que esta categoría hará interminable e incontable los motivos reparatorios, pues cada vez que aparezca un nuevo derecho fundamental lesionado deberá realizarse un nuevo esfuerzo epistemológico para fundar el estatuto teórico de ese otro derecho infringido, al tratar de evitar confusiones con las demás formas resarcitorias ya reconocidas, por lo que a su consideración, debió formularse como una forma autónoma de responsabilidad y no como subespecie del daño no patrimonial, al mantener las modalidades indemnizatorias vigentes y al añadir, de forma clara, la obligación de reconocer complementariamente la reparación satisfactoria o simbólica y la garantía de no repetición; esto

es consecuente con los postulados constitucionales, el derecho internacional de los derechos humanos y el régimen de convencionalidad que procura una reparación integral (CSJ, 2014).

Respecto a las distintas posturas propuestas, en las que se observa un apego a la cultura jurídica tradicional, es evidente que una de las principales preocupaciones de los juristas que no aceptan esta nueva categoría del daño es la de generar una desarticulación de la dogmática con la que se ha construido la institución de la responsabilidad, la cual tradicionalmente ha tenido un carácter puramente indemnizatorio por los perjuicios causados y demostrados, sin ningún interés sancionatorio como el que se pretende de alguna manera al resarcir por la simple infracción a un bien de especial protección constitucional y convencional, con lo que se castiga el proceder antijurídico, además que se generan problemas como la afectación del patrimonio público.

Ante esto, Enrique Gil Botero, uno de los principales exponentes de la teoría del daño por vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, afirma que existen beneficios concretos producto de la constitucionalización de la responsabilidad, como la posibilidad para el juez de identificar con mayor facilidad los bienes e intereses legítimos que son relevantes para el derecho de daños; la Carta Política es la hoja de ruta para la definición de los mismos, sin que se pueda decir con esto que se crearán una multiplicidad de daños autónomos que van a amenazar el patrimonio público, pues finalmente la incidencia del costo elevado de las condenas sobre las finanzas públicas es un problema que no debe recaer en el juez y que en últimas no es cierto (Gil, 2012, p. 139). Frente a esto, trae a colación una cita de Sourdat, quien señala:

No es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público (VV. AA., 1991 citado por Gil, 2012, pp. 139-140).

LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN COMO FORMA DE REPARACIÓN INTEGRAL Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

Dentro de esta interesante discusión hay un aspecto que merece también su atención y sobretodo resaltarlo en los fallos judiciales: se trata de la referencia que se ha hecho a la forma de reparación no pecuniaria. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en su unificación de jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, dispuso frente a la afectación relevante de bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados, que los mismos pueden ser reconocidos de oficio o a solicitud de parte, siempre y cuando se acredite su concreción y se precise su reparación integral, en la cual se privilegiará la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano. Excepcionalmente, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o no sean posibles para lograr la reparación integral, se podrá otorgar una indemnización pecuniaria, única y exclusivamente a la víctima directa (CE, 2011).

En este sentido, igualmente la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 5 de agosto de 2014, consideró que la reparación del daño extrapatrimonial no cumple una función resarcitoria en sentido estricto, pues no es posible comparar ningún bien material con el valor absoluto de la dignidad humana, por lo tanto, esta clase de perjuicio no puede producir un enriquecimiento injusto, pues los derechos inalienables de la persona son irremplazables y no pueden ser estimables en dinero. Así, la medida de satisfacción que se ha reconocido no tiene implícito un provecho económico, sino la consolución o compensación simbólica. Es por esto que queda a disposición del criterio de razonabilidad del juez la justa decisión, lo que permite en cada caso en particular determinar si la medida de satisfacción que se concede como consecuencia del daño es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y reparar el agravio causado a su dignidad.

Así las cosas, es importante destacar el esfuerzo argumentativo que se hace en las sentencias para fortalecer los mecanismos de reparación no pecuniarios, que van acordes con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 sobre el principio de reparación integral en la valoración del daño, resolución 60/147 de 2005 de la Organización de Naciones Unidas respecto a los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, en

el artículo 63.1 de la CADH en el que se contemplan los principios fundamentales del Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados y con los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional.

De esta manera, la aceptación del principio de la *restitutio in integrum* se hace trascendente y marca un nuevo rumbo hacia el resarcimiento de los derechos fundamentales; esto pretende, más que un beneficio económico, avanzar hacia una verdadera reparación de las víctimas, con la implementación de medidas simbólicas como la aceptación pública de los hechos, las conmemoraciones, los homenajes, las disculpas públicas, el inicio de investigaciones, entre otras,¹³ las cuales buscan mitigar el sufrimiento, lograr la dignificación de las víctimas y construir el camino hacia la no repetición, además de procurar una sociedad más democrática y enfocada al respeto y la protección de los derechos humanos fundamentales.

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto es posible inferir que el proceso de constitucionalización generado a finales del siglo xx, y en Colombia específicamente con la expedición de la Constitución de 1991, ha permeado, de manera paulatina y guiado principalmente por la jurisprudencia, cada espacio del ordenamiento jurídico interno; esto ha logrado, incluso, que el positivismo jurídico que prevalecía en áreas como el derecho privado y el derecho público haya cedido ante la necesidad de reconocer y garantizar los derechos y principios fundamentales constitucionales.

Así pues, el régimen de la responsabilidad no ha sido ajeno a este proceso de transformación y hoy, más que en un fundamento legal, se funda sobre las bases del derecho constitucional; esto encuentra en el daño anti-jurídico el elemento principal de la responsabilidad y reconoce como una nueva categoría autónoma de daños no patrimoniales o inmateriales el daño por vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

Esta consideración, que inicialmente fue realizada a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido también adoptada por la Corte Su-

13 Véase J. C. Henao (2015). "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado". *Revista de Derecho Privado*, 28, 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

prema de Justicia, principalmente, al asumir la necesidad de proteger los derechos superiores de los ciudadanos, apartándose un poco de la concepción civilista del derecho como el conjunto de normas puramente patrimoniales para dar paso a la conformación de un sistema jurídico constitucionalizado.

Aunado al proceso de constitucionalización, se encuentra la tendencia de internacionalización del derecho, que igualmente parte de la necesidad de protección de los derechos humanos y que a través de figuras como la del bloque de constitucionalidad, busca integrar al ordenamiento jurídico interno todas aquellas normas y principios internacionales que reconocen los derechos humanos, y que deben ser utilizados como parámetros dentro del control de constitucionalidad.

En definitiva, se deduce que el reconocimiento por parte del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia de una nueva categoría de daños dentro del régimen de la responsabilidad, como es el daño por vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, obedece a las actuales teorías que han impregnado poco a poco el derecho, pero que avanzan hacia la tutela efectiva de la dignidad humana, la garantía de los derechos constitucionales y de los derechos humanos, principalmente bajo la implementación de medidas satisfactorias o simbólicas de indemnización, que más allá de un provecho económico buscan una reparación integral de la víctima.

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia (1991). Bogotá: Legis.

Gil, E. (2012). *El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento*. Recuperado de <http://revistas.uexnado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385/3554>

Guastini, R. (2003). *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/11.pdf>

Nader, R. F. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *Advocatus, Edición especial*, 15, 55-71.

Quinche, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12, 163-190.

Quinche, M. F. (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis.
Suárez, W. Y. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *129 Universitas*, 317-351. Recuperado de [http:// dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdojdoi:10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdojdoi:10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj)

Tamayo, J. (2015). *Cada bien lesionado constituye un daño diferente*. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/cada-bien-lesionado-constituye-un-dano-diferente>

Tribunal Administrativo de Antioquia. Expediente 25878 (03 de julio de 1992).

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. R. Garavito, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 109-137). Buenos Aires: Siglo XXI.

VV. AA. (1991). *Estudio sobre la constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas.

Jurisprudencia

Consejo de Estado

CE, 2008, Sección Tercera, expediente 17042, E. Gil.

CE, 2011, Sección Tercera, expedientes 38222 y 19031, E. Gil.

CE, 2012, Sección Tercera, expediente 25506, J. O. Santofimio.

CE, 2013, Sección Tercera, expediente 31252, E. Gil.

Corte Constitucional

CConst, C-225/1995, A. Martínez.

CConst, C-028/2006, H. Sierra.

Corte Suprema de Justicia

CSJ, 1922, Sala de Negocios Generales, T. Nannetti.

CSJ, 2014, expediente 11001-31-03-003-2003-00660-01, A. Salazar.