



ANÁLISIS CRÍTICO DEL DAÑO A LOS BIENES PERSONALÍSIMOS
DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO UNA
NUEVA MODALIDAD DE DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL COLOMBIANO

PROYECTO DE GRADO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTÁ D.C.

2017



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2017

PROYECTO DE GRADO

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL DAÑO A LOS BIENES PERSONALÍSIMOS DE ESPECIAL
PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO UNA NUEVA MODALIDAD DE DAÑO
EXTRAPATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL COLOMBIANO**

CAMILA ARANGO ARANGO

DIRECTOR DE TESIS: DR. RICARDO VÉLEZ OCHOA

2017

ÍNDICE

- I. Introducción y Justificación**
- II. El daño extrapatrimonial tradicionalmente concebido**
 - a. En el derecho civil
 - i. Daño moral
 - ii. Daño en la vida de relación
 - b. En el derecho contencioso administrativo
 - i. Daño moral
 - ii. Daño a la salud
- III. Nueva modalidad de daño extrapatrimonial- Antecedentes**
 - a. Cómo surge- evolución del ordenamiento jurídico (contexto histórico)
 - i. Sentencia C-489 del 2002
 - b. En el derecho civil: Daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional.
 - i. Sentencia del 13 de mayo de 2008 de la CSJ
 - ii. Sentencia del 18 de septiembre de 2009 de la CSJ
 - c. En el derecho contencioso administrativo: Daño inmaterial por afectación o vulneración relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.
 - i. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales.
- IV. Características y requisitos en el derecho civil**
 - a. Referencia a la Sentencia hito CSJ: Sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.
 - b. Reparación integral del perjuicio como institución del derecho civil: cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad civil.
 - c. Delimitación del resarcimiento al arbitrio del juez.
 - i. Función compensatoria mas no resarcitoria.
 - ii. Ausencia de enriquecimiento injustificado o de lucro.
 - iii. Criterio de razonabilidad del juez.
 - d. Entidad o trascendencia (debe ser grave).
 - e. Presunción simple del daño.
 - f. Solo ciertos derechos fundamentales que comprometan de modo directo la dignidad.
 - i. Libertad, intimidad, honra y buen nombre.
- V. Referencia y comparación con en el derecho contencioso administrativo:**
 - a. Reclamación por parte de la víctima directa y su núcleo familiar.
 - b. Reparación por medio de medidas no pecuniarias

- i. Excepción que admite reparación pecuniaria a la víctima directa

VI. Marco normativo de la nueva modalidad de daño

- a. Constitución Política de 1991.
 - i. Artículos 1, 2.2 y 15.
- b. Instrumentos internacionales- Bloque de Constitucionalidad.
 - i. Declaración Americana de los Derechos del Hombre: artículo 5.
 - ii. Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 11.
 - iii. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: artículo 17.

VII. Análisis sentencia hito en el ámbito de la responsabilidad civil.

- a. Solo ha habido un caso, no hay jurisprudencia adicional.
- b. Abuso de posición dominante.

VIII. Problemática del doble resarcimiento y la coexistencia con otras modalidades de daño extrapatrimonial.

IX. Crítica respecto de la presunción simple del daño y la indemnización generada de la mera infracción.

- a. No se tiene que probar o acreditar el daño.
- b. Certeza como requisito fundamental del daño como elemento básico de la responsabilidad civil.

X. Análisis de los Salvamentos de Voto.

XI. Propuestas.

XII. Bibliografía.

*Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio
de 1946*

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por qué no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Abstract: A partir del año 2014, la Corte Suprema de Justicia introduce en el ordenamiento jurídico **civil**, una nueva modalidad de daño extrapatrimonial, denominada **daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional**. Teniendo en cuenta el contexto jurídico actual, donde impera un Estado Social de Derecho, con la Constitución Política de 1991 se tornan esenciales los “derechos fundamentales personalísimos”, tales como el buen nombre, la imagen, libertad, privacidad y dignidad, que gozan de especial protección constitucional. Este proyecto realizará un análisis crítico de las repercusiones de dicha categoría, que ha permeado no solo el ordenamiento jurídico, sino la Responsabilidad Civil.

Palabras clave: responsabilidad civil, daño, extrapatrimonial, bienes personalísimos.

Abstract: Since 2014, the Supreme Court of Justice introduced into the civil legal system a new category of extra-patrimonial damage, called damage to personal rights of special constitutional protection. Taking into account the current legal context, where the Welfare State prevails, with the 1991 Political Constitution, the "most personal fundamental rights", such as good name, image, freedom, privacy and dignity, become essential. This project will carry out a critical analysis of the repercussions of this category, which has permeated not only the legal system but Torts Law.

Keywords: civil liability, damage, extra-patrimonial, personal fundamental rights.

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL DAÑO A LOS BIENES PERSONALÍSIMOS DE
ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO UNA NUEVA
MODALIDAD DE DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO CIVIL COLOMBIANO**

Como se consagra en el documento que contiene las Reglas Generales para la Monografía Jurídica como requisito de grado en la carrera de Derecho, el artículo 2 de la Ley 522 determina que “*El estudiante que haya terminado las materias del pensum académico elegirá entre la elaboración y sustentación de la monografía jurídica o la realización de la judicatura*”. Por virtud de lo anterior, se realiza la presente monografía de grado, teniendo en cuenta el parámetro de la Misión de la Pontificia Universidad Javeriana, donde se aspira a realizar investigaciones dentro de un marco de formación integral, contribuyendo a la solución, en este caso, de la problemática referente a *la inadecuación e ineficiencia de sus principales instituciones*.

I. Introducción y Justificación

En esta ocasión, se presentará como resultado del análisis, un *documento de reflexión*, en el cual se presentarán los resultados desde una perspectiva analítica y crítica sobre el tema correspondiente al **daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional como una nueva modalidad de daño extrapatrimonial en el ordenamiento jurídico colombiano**.

Con la presente monografía se intenta realizar un análisis crítico de la nueva modalidad de daño extrapatrimonial, entendida como el **daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional**, teniendo en cuenta que en el contexto jurídico actual impera un Estado Social de Derecho, mediante el cual a partir la Constitución Política de 1991, junto con las disposiciones internacionales, consagradas en el ordenamiento jurídico a través del Bloque de Constitucionalidad, se vuelven pilares fundamentales del ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, particularmente los que se enmarcan dentro de la categoría de “derechos fundamentales personalísimos”, como lo son el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, los cuales gozan de especial protección constitucional, y han permeado el ordenamiento jurídico en su totalidad, y en especial el terreno de la Responsabilidad Civil.

Esta modalidad de daño, nace a partir de la sentencia hito proferida por la Corte Suprema de Justicia el 5 de agosto de 2014, mediante la cual se considera necesario introducir en el ordenamiento jurídico colombiano una nueva clase de perjuicio en la responsabilidad civil extrapatrimonial, considerada como el **daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional**, que se suma a las dos categorías previamente existentes en el campo de la responsabilidad civil extrapatrimonial, como lo son el daño moral y el daño a la vida de relación.

La mencionada Sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, determina que *“las normas constitucionales que consagran la inviolabilidad de los derechos fundamentales deben ser objeto de protección y exigibilidad en el campo del derecho civil, es decir, que si esos derechos realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces tienen que ser*

resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Lo anterior evidencia que la Corte manifestó la necesidad de otorgarle una protección absoluta a los derechos personalísimos en todas las situaciones en las que se puedan ver vulnerados, y principalmente, en los casos que refieren en el ámbito del Derecho Privado, en la Responsabilidad Civil. Sin embargo, como se observará en el desarrollo de la presente monografía, en este caso se realizará un análisis crítico respecto a esta manifestación de la Corte, la cual efectivamente abrió camino a una modificación y transformación absoluta de los pilares tradicionales de la Responsabilidad Civil.

En esta ocasión, la Corte fundamenta dicho cambio haciendo alusión a una sentencia del año 2008, estableciendo que, *“a la luz de las circunstancias que se derivan del orden constitucional vigente, y la preocupación que ha mostrado la Corte por adecuar su actuación a los cambios jurídicos, sociales y económicos, y garantizar en forma cabal y efectiva la observancia de los derechos fundamentales de las personas; se vislumbró la posibilidad de reconocer en forma prudente y razonada, **nuevas clases de perjuicios resarcibles, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas, como ahincadamente lo impone el derecho contemporáneo...**”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, 2008). Con base en ello, es necesario establecer que en el presente caso no se critica el ánimo de la Corte de adecuar las instituciones jurídicas a los cambios jurídicos, sociales o económicos, puesto que es evidente que esta adecuación es necesaria y fundamental en el correcto funcionamiento de un ordenamiento jurídico. El objeto de crítica será, que por virtud de dicha adecuación apresurada de la Corte, pueden generarse

cambios radicales en las instituciones fundamentales de la Responsabilidad Civil, que pueden resultar en graves consecuencias respecto a la indemnización procedente frente a la situación de un daño.

Por lo anterior, es imperativo determinar que el enfoque de la investigación se realizará principalmente a través del análisis y crítica de esta nueva modalidad de daño en el ámbito de la Responsabilidad Civil, introducido en el ordenamiento jurídico colombiano en el año 2014 por la Corte Suprema de Justicia, y que ha sido considerada como una categoría de daño extrapatrimonial independiente a las ya existentes, como lo son el daño moral y daño en la vida de relación. A partir de un único fallo de casación, la Corte ha determinado que *“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”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario establecer que frente a un análisis de un tema como el presente, surge la necesidad de hacer una referencia y comparación con el manejo que la jurisdicción Contencioso Administrativa ha realizado respecto esta modalidad de daño, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico, no se puede dejar de reconocer que el Consejo de Estado ha sido efectivamente, pionero en el desarrollo de la responsabilidad en la reparación de daños provocados a terceros, sus modalidades, y la evolución en el reconocimiento jurídico de nuevas modalidades de daño y responsabilidad del Estado.

Con base en la introducción realizada anteriormente, se realizará un análisis general acerca de esta nueva modalidad de daño extrapatrimonial referente a los derechos personalísimos de especial protección constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y posteriormente se establecerán las razones por las cuales se considera que esta nueva modalidad de daño puede ser cuestionable como categoría jurídica independiente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con base en sus particularidades, características, consagración jurisprudencial, y su efectiva necesidad como categoría autónoma en ámbito de la Responsabilidad Civil colombiana.

II. El daño extrapatrimonial tradicionalmente concebido

En miras de aterrizar el tema objeto de estudio en la presente investigación, a continuación se realizara un breve recuento de los daños extrapatrimoniales tradicionalmente concebidos en el ordenamiento jurídico civil colombiano, y en la normativa de lo contencioso administrativo.

a. En el derecho civil

“El daño es el menoscabo que una determinada persona sufre en sus bienes vitales o en su patrimonio” (Larenz, Pp.307-329). En el derecho civil colombiano, los daños extrapatrimoniales hacen referencia a esa afectación o perjuicio que recae sobre intereses que no se pueden estimar pecuniariamente, como lo son la honra, lealtad, buen nombre, honorabilidad, y en general, los derechos de la personalidad. Respecto a la indemnización de esta categoría de daño, no se analizan las repercusiones económicas que ha tenido una situación nociva en particular, sino el efecto que la misma genera en determinados derechos

de la personalidad, que no se pueden cuantificar en dinero, pero que suponen una “detracción” en la esfera interna del individuo (daño moral), o en su proyección externa (daño en la vida de relación). Es por ello que al hablarse de daños extrapatrimoniales, es necesario determinar que estos daños no se indemnizan en estricto sentido, sino que se compensan.

“Existe enorme variedad en lo que respecta a la indemnización de daños extrapatrimoniales en los países de nuestro entorno, entre ellos los que se hallan, en un extremo, países con posiciones muy restrictivas, y en otro, países con un reconocimiento amplio de su resarcibilidad” (Casals, 2013). Históricamente, Colombia ha sido un país muy conservador en cuanto a las tipologías de daño extrapatrimonial. Otros países como Francia por ejemplo, han desarrollado con el tiempo una enorme diversidad de tipologías, como lo son el déficit funcional cuando se afecte la integridad anatómico- funcional, el disfrute o imposibilidad de practicar la actividad deportiva o de ocio, el daño estético o la afectación a la apariencia física, el daño sexual o morfológico, los extrapatrimoniales evolutivos y los permanentes excepcionales (los cuales son daños atípicos que se relacionan con las secuelas que sufre un individuo), entre otros. Colombia, por su lado, ha mantenido esta categorización muy clásica, y ha sido renuente al cambio, puesto que durante el siglo pasado, solo se reconocía el daño moral como el único daño extrapatrimonial, y solo hasta hace unos años se introdujo en el ordenamiento el reconocimiento del daño en la vida de relación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que antes del reconocimiento del daño moral como la primera categoría de daño extrapatrimonial resarcible, solamente se indemnizaba el daño patrimonial.

i. Daño moral

El daño moral en Colombia fue reconocido por primera vez por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 21 de julio de 1922. El desarrollo de esta modalidad de daño ha tenido una exclusiva regulación jurisprudencial, puesto que el Código Civil no hace referencia al daño moral de manera específica (es más, no se refiere a los daños extrapatrimoniales). En razón de ello, la jurisprudencia ha venido creando las normas, reglas y parámetros del daño extrapatrimonial.

Respecto a esta modalidad de daño, se debe tener en cuenta que el mismo recae sobre un interés de orden eminentemente extrapatrimonial, puesto que alude a bienes propios de la personalidad, su proyección sobre sentimientos particulares. Adicionalmente, esta modalidad de daño tiene que ver con la esfera interna del sujeto, puesto que no le interesa la interacción del mismo, sino se concentra en el sentimiento particular.

En otras palabras, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2009, el daño moral *“está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación del ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, entre otros, que se concretan en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y por tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.Expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, 2009).

Con la sentencia del 5 de agosto de 2014, se determinó que actualmente, para la Corte, el daño moral se define como el “*daño a bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa, donde se encuentran comprendidos aquéllos como la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima*”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

ii. Daño en la vida de relación

La incorporación de esta modalidad de daño en el ordenamiento colombiano es relativamente reciente, con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil, del 13 de mayo de 2008. Fue la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien con anterioridad había desarrollado esta modalidad de daño en el año 2000, considerando no solo se debe reparar la afectación sufrida en relación con los seres que lo rodean (el daño interior, el cual es daño moral), sino a su vez, puede ser individual con relación a la vida exterior. Para la Corte Suprema de Justicia, esta modalidad de daño es esa modalidad de daño extrapatrimonial donde se repara la imposibilidad o dificultad en que se halla el sujeto de relacionarse en condiciones de normalidad.

En las palabras del nombrado Luis Díez- Picaso, el daño en la vida de relación se configura como “*el empeoramiento de la capacidad psicofísica de sujeto que incide sobre el desarrollo de actividades complementarias respecto de lo que es su normal actividad de trabajo, pero que de algún modo repercuten en esta última o, dicho de otro modo, una disminución de la capacidad expansiva del individuo en el ámbito de las relaciones sociales, y por tanto, una disminución de las posibilidades de afirmación en la vida social,*

que a la larga se reflejan en un perjuicio económico” (Díez-Picazo, 1999). Es decir, supone la privación de ciertos placeres de la vida, la restricción de libertades ordinarias, y, a diferencia del daño moral, su proyección sobreviene sobre la esfera exterior del individuo, y no interior como en el daño moral.

Como posteriormente se realizará una crítica donde se considera que el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional no debería ser una categoría autónoma, puesto que el daño a la vida de relación lo subsume o comprende, a continuación se expondrá el concepto actual de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de mayo de 2008, donde se introduce el daño a la vida de relación al ordenamiento jurídico civil colombiano;

El daño a la vida de relación consiste en las *“afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, alrededor de su actividad social no patrimonial... Corresponde a una disminución de las condiciones de existencia de la víctima, al no poder realizar otras actividades que hacen agradable o placentera la vida... Quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil... El daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, 2008).

b. En el derecho contencioso administrativo

Tradicionalmente el derecho de lo contencioso administrativo reconocía la indemnización de dos tipologías de perjuicios; el daño moral y el daño a la salud. Como se expondrá más adelante, el Consejo de Estado se ha caracterizado en Colombia, por innovar y actualizar sus reconocimientos en daños, y no se puede dejar de reconocer que efectivamente ha sido pionero en el desarrollo de la responsabilidad en la reparación de daños, de las cuales se ha aferrado posteriormente la Corte Suprema de Justicia, como lo sucede en el caso del “daño a bienes constitucionales y convencionales”, como así denomina el Consejo de Estado al daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, tema principal de esta monografía. Adicionalmente es necesario mencionar que para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la indemnización del daño extrapatrimonial está cuantificada en unas tablas realizadas por el Consejo de Estado, que determinan de manera minuciosa y precisa, en qué casos, a quiénes, y cómo se debe realizar la indemnización de las diversas categorías de daño extrapatrimonial, y las cuales establecen unos parámetros de limitación para la cuantificación del daño que realiza el juez, con ciertas excepciones- también limitadas- en las cuales el juez puede declarar una mayor indemnización si el daño es de mayor intensidad¹. El Consejo de Estado es, asimismo, explícito y restrictivo al mencionar que ningún daño inmaterial podrá ser indemnizado doblemente.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014). Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales. [Magistrados: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Enrique Gil Botero, Ramiro Pazos Guerrero, Stella Conto Díaz del Castillo, Hernán Andrade Rincón, Danilo Rojas Betancourth].

En este documento realiza una recopilación realizada por el Consejo de Estado, con las diversas modalidades de daño que se reconocen en lo contencioso administrativo, a través de tablas que

i. Daño moral

Conforme a lo establecido por el Consejo de Estado, referente a reparación de perjuicios inmateriales, en este caso particularmente el daño moral, *“El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales, 2014).

El daño moral que se reconoce en esta jurisdicción se clasifica en torno a tres situaciones; al daño en caso de muerte, al daño en caso de lesiones personales, y al daño en caso de prisión injusta de la libertad. La indemnización se calcula con base en cinco niveles establecidos con base en la cercanía afectiva entre la víctima directa y los que reclaman daño, y de ello depende el monto a indemnizar. Es decir, se evidencia una estructura más delimitada y estricta que en el ámbito del derecho civil, puesto que en materia administrativa, el Consejo de Estado ha delimitado a conciencia el monto indemnizable, con base en una tablas que determinan una cifra específica dependiendo del grado de cercanía que se tiene con la víctima.

ii. Daño a la salud

En sentencia del 28 de enero de 2015, la Sección Tercera del Consejo de Estado definió el concepto del daño en la salud como *“el denominado perjuicio fisiológico... que comprende*

consagran los montos a indemnizar en cada situación, donde el monto depende de la gravedad del daño, y la persona que solicita su reconocimiento; puede ser la víctima directa, o su núcleo familiar.

diversas esferas de la persona, razón por la que no solo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos. No es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), 2015).

Adicionalmente establece que dicha modalidad de daño, se compone de dos criterios, a saber, uno objetivo, frente al cual el daño se determina con base en el porcentaje de invalidez que le ha sido decretado para el caso específico, y uno subjetivo respecto del cual la indemnización que fue determinada en el criterio objetivo, se puede incrementar de manera proporcional, según las consecuencias particulares de la persona lesionada.

Esta categoría de daño extrapatrimonial, a diferencia del daño moral, solamente se le reconoce a la víctima directa, y la indemnización se limita a máximo 100 smlmv, dependiendo de la gravedad de la lesión.

A continuación se realizará un análisis de la evolución del ordenamiento jurídico y contexto histórico, a partir del cual se han venido reconociendo las diversas tipologías de daño extrapatrimonial en Colombia, hasta llegar al momento en el cual se consideró necesaria la inclusión del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional como categoría autónoma.

III. Nueva modalidad de daño extrapatrimonial- Antecedentes

a. Cómo surge- evolución del ordenamiento jurídico (contexto histórico)

En primer lugar, es necesario hacer mención al hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico, las Altas Cortes han procurado adecuar sus posiciones jurisprudenciales al ritmo de la evolución social, cultural y económica; razón por la cual han expresado reiteradamente la necesidad de adaptar la jurisprudencia, para encuadrarse y encajar en el contexto histórico. En razón de ello, fue que, como ya mencionamos, a partir del año 1922 la jurisprudencia reconoció que si bien existe el daño patrimonial (en sus categorías de daño emergente y lucro cesante) que evidentemente se debe resarcir de manera integral y se venía reconociendo en nuestro ordenamiento, existe así mismo el daño extrapatrimonial, que merece el mismo reconocimiento y respeto en su reparación. Como lo determinó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 21 de julio de 1922, *“tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra y dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente”*. A partir de dicho pronunciamiento, se ha venido reconociendo el daño moral como la primera modalidad de daño extrapatrimonial reconocida en el ordenamiento.

En razón a dicha necesidad de adaptarse a los cambios históricos, fue que la jurisprudencia reiteradamente ha manifestado la necesidad de adecuar los mecanismo de protección de los derechos de las personas, entre ellos el derecho a recibir una reparación integral por los daños que le sean causados, imputables a otra persona. *“Esto es, resulta imperativo conforme a la Constitución, que el Estado adopte los mecanismos de protección que resulten adecuados para garantizar la efectividad de los mencionados derechos, y ello implica la necesidad de establecer diversos medios de protección, alternativos,*

concurrentes o subsidiarios, de acuerdo con la valoración que sobre la materia se haga por el legislador.” (Corte Constitucional. C-489 de 2002.).

Esta concepción, que destaca la necesidad del cambio y evolución, fue la que introdujo en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia en el año 2008, la necesidad de la introducción en el ordenamiento de la segunda modalidad de daño extrapatrimonial, es decir, el daño a la vida de relación, y posteriormente en el año 2014, la tercera y nueva modalidad de daño extrapatrimonial, la cual conforma el objeto de estudio en esta monografía.

b. Evolución del derecho civil: se prepara el ordenamiento para el reconocimiento del daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional.

En el ámbito estrictamente civil, en sentencias del 13 de mayo de 2008 y del 18 de septiembre de 2009, la Corte Suprema de Justicia fue preparando el terreno para la introducción de la nueva modalidad de daño extrapatrimonial en el ordenamiento jurídico civil colombiano (daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional), a través de una serie de argumentos en los cuales se consideró que la antigua clasificación de daño extrapatrimonial, compuesta por el daño moral única y exclusivamente, era insuficiente, puesto que dicha clasificación dejaba de lado la protección efectiva de ciertos bienes o derechos personalísimos que no estaban comprendidos en la indemnización generada por estas dos categorías. A saber, consideró que *“la antigua clasificación, por lo demás, limita el daño extrapatrimonial a la esfera interna del sujeto y deja por fuera de la tutela judicial efectiva las repercusiones sociales del perjuicio no patrimonial, tales como*

la honra, la dignidad, la libertad y el buen nombre de la persona, que no dependen de su psiquis o interioridad, ni mucho menos de las consecuencias nocivas que llegue a producir en otros bienes jurídicos de inferior jerarquía” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, 2008).

En razón de ello, se introdujo el reconocimiento del daño a la vida de relación, puesto que *“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 aquéllos 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”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, 2008).

En Sentencia del 18 de septiembre de 2009, aclara que dichas modalidades o categorías del daño extrapatrimonial, son independientes, autónomas y no se pueden confundir entre ellas, así concurren y puedan ser reconocidas simultáneamente a partir de un mismo daño, puesto que ello atentaría contra el principio de la reparación integral. Aclara que el daño moral *“está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, y que se concreta en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”*, mientras que el daño a la vida de relación *“no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en*

razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, 2009).

A partir de semejante avance en el terreno del daño extrapatrimonial, en el cual ya se encontraban vestigios del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, pero no una consagración como categoría autónoma, la Corte comenzó a justificar la necesidad de dicho reconocimiento, con fundamento a los avances sociales, económicos y políticos, fundamentados en el orden constitucional vigente, el cual generaba la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico, para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales, y en razón a ello, *“vislumbró la posibilidad de reconocer en forma prudente y razonada, se reconozcan nuevas clases de perjuicios resarcibles, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas, como ahincadamente lo impone el derecho contemporáneo...”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, 2008).

Fue entonces como, a partir de las dos sentencias citadas anteriormente, la Corte Suprema de Justicia abrió camino para el reconocimiento de nuevas categorías de daño extrapatrimonial en el ordenamiento jurídico civil colombiano, para concluir de manera definitiva con la Sentencia hito del 5 de agosto de 2014, que *“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”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Y de esta forma, se introduce como una nueva categoría de daño extrapatrimonial, de la cual se

deriva que en los casos en los que se genere un daño, en el cual se vean afectados derechos fundamentales, estos deben ser indemnizados de manera independiente y autónoma. Justifica dicha introducción a partir de esta sentencia, en razón a que el tema a tratar, no había sido objeto de casación, razón por la cual con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia no había tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al mismo.

En virtud de lo anterior, en la precitada sentencia, la Corte concluye que actualmente en Colombia, existen tres categorías de daño extrapatrimonial, que consisten en:

- i) Mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral).*
- ii) 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).*
- iii) 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.*

Siendo entonces, la tercera categoría, el ***menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional***, la nueva modalidad de daño extrapatrimonial consagrada en el ordenamiento civil.

“La jurisprudencia ha sido, entonces, la encargada de concretar el alcance de la noción de daño y su tipología en cada momento histórico, de conformidad con los valores y principios en que se funda el sistema jurídico vigente y atendiendo al postulado de la

reparación integral del perjuicio; lo que impide que se queden sin resarcimiento los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento constitucional y legal imperante” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016).

c. Evolución del derecho contencioso administrativo: Daño inmaterial por afectación o vulneración relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Como se ha mencionado anteriormente, es necesario reconocer que en el ámbito de la responsabilidad e indemnización de perjuicios en casos donde ha ocurrido un daño, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cabeza del Consejo de Estado, ha tenido una evolución y desarrollo respecto al reconocimiento de diversas categorías de daño, mucho más avanzada que el ámbito civil. Es por ello, que si bien en lo civil el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional fue reconocido como categoría autónoma en el año 2014, el derecho contencioso administrativo ya lo había hecho previamente, en el año 2000, aunque de manera diferente a como posteriormente sería reconocido por la Corte Suprema de Justicia.

Para el Consejo de Estado, el daño a bienes constitucionales y convencionales se debe compensar a través de medidas reparativas, mas no indemnizatorias. Reconoce dicha reparación no solo a la víctima directa, sino adicionalmente a su núcleo familiar. Asimismo, determina que debe realizarse una reparación de carácter integral, pero a través de medidas no pecuniarias. Por virtud de lo anterior, solo permite de manera **excepcional**, y únicamente a la víctima directa, un reconocimiento a través de una medida pecuniaria de hasta 100 smlmv, en los casos donde no se reconoció una indemnización pecuniaria por daño a la

salud. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales, 2014).

En lo contencioso administrativo, como ya se mencionó anteriormente, en un primer momento, se reconoció como daño extrapatrimonial, el daño moral, mediante el cual se resarcía el dolor, la pesadumbre, el sufrimiento, la congoja, aflicción, entro otros. El 6 de mayo de 1993, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se adicionó como una nueva categoría de daño extrapatrimonial, el daño a la vida de relación (daño fisiológico), el cual evolucionó y en el 2011, se consagró como daño a la salud, y hace referencia al daño que comprende aspectos físicos y psíquicos. Cuando se consagra como categoría autónoma, el daño a bienes convencionales y constitucionalmente amparados, se determina que el mismo cumple con las siguientes características²;

- i. 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. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.*

² La descripción de la evolución jurisprudencial de las diversas modalidades de daño extrapatrimonial en el derecho contencioso administrativo, se evidencia de manera más específica en el documento que realiza una recopilación jurisprudencial del Consejo de Estado;

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sept/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

- ii. *Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.*
- iii. *Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.*
- iv. *La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva.*

Y adicionalmente,

- a. *El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos.*
- b. *La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.*
- c. *La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano.*
- d. *Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario.*
- e. *Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado.*

f. *Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas.*

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014). Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales. [Magistrados: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Enrique Gil Botero, Ramiro Pazos Guerrero, Stella Conto Díaz del Castillo, Hernán Andrade Rincón, Danilo Rojas Betancourth]).

Como desde un principio se determinó que la finalidad de esta monografía es realizar un análisis crítico a esta modalidad de daño extrapatrimonial, respecto a dicha determinación de indemnización pecuniaria en casos donde no ha habido una reparación del daño a la salud, necesariamente se debe comentar que efectivamente si la misma jurisdicción de lo contencioso administrativo reconoce una medida pecuniaria para esta modalidad de daño, únicamente si no se ha reconocido la misma para el caso del daño a la salud, es evidente que esta excepción parece determinar que si se llegase a reconocer una reparación *pecuniaria* al daño a **bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados** como **regla general** en los casos donde se demostrara la ocurrencia del mismo (como la Corte Suprema de Justicia lo establece en lo civil), esta indemnización sería efectivamente **una doble indemnización** con el daño a la salud. Esta conclusión es lógica, puesto que la razón por la cual el Consejo de Estado limita dicha reparación a casos excepcionales donde no se haya reconocido dicha medida pecuniaria en el daño a la salud, es precisamente porque parece ser, que si ya hubo una reparación pecuniaria al daño a la salud, una reparación al daño a **bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados**,

generaría un enriquecimiento sin causa por el pago de una doble indemnización. Este argumento se desarrollará más adelante en el ámbito del ordenamiento civil, pues parece que lo mismo podría suceder con una indemnización del daño a la vida de relación, y el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional.

IV. Características y requisitos en el derecho civil

a. Referencia a la Sentencia hito del 5 de agosto de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Para la Corte, la justificación para la introducción de esta modalidad de daño, radica en que *“la jurisprudencia ha sido la encargada de concretar el alcance de la noción de daño y su tipología en cada momento histórico, de conformidad con los valores y principios en que se funda el sistema jurídico vigente y atendiendo al postulado de la reparación integral del perjuicio; lo que impide que se queden sin resarcimiento los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento constitucional y legal imperante”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016). Es decir, recuerda la necesidad de que los jueces, sin importar la instancia, implementen los valores y principios que permean nuestro modelo jurídico, en todos los ámbitos del ordenamiento, para hacer efectiva la realización de los mismos.

Tras realizar un recorrido histórico de la jurisprudencia de las Altas Cortes, considera que si bien es cierto que en el Estado Social de Derecho en el que nos encontramos, fundamentado en la Constitución del 1991 introduce una consagración específica de los derechos fundamentales, no basta con que se considere que la protección a los derechos

fundamentales “*personalísimos*” particularmente, se consagre a través de las herramientas del derecho constitucional y se entienda su alcance extensivo en todas las áreas del derecho, sino que es necesario entrar a protegerlos creando categorías o instrumentos para su protección directa y efectiva en estas áreas del derecho como tal, y en este caso en el derecho civil.

“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” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

**b. Reparación integral del perjuicio como institución del derecho civil:
cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad civil.**

A modo general, en el ámbito de la Responsabilidad Civil, para que proceda el reconocimiento de una indemnización de perjuicios causados por un daño, deben cumplirse *“los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra, los cuales son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016). Por lo anterior, es necesario establecer en primer lugar, que para que proceda el reconocimiento de cualquier daño, es decir, inclusive el daño a bienes personalísimos de

especial protección constitucional, se debe cumplir con los requisitos establecidos, a saber; que haya un daño, cierto, directo y personal, un nexo de causalidad, y un factor de imputación.

Es decir, que por tratarse en este caso de una tipología de daño extrapatrimonial, es necesario determinar que para que el mismo pueda ser reconocido e indemnizado, debe encajar dentro de lo establecido por el derecho privado como necesario para que su resarcimiento proceda. Es importante recordar esto, puesto que si bien es cierto que los bienes personalísimos de especial protección constitucional son derechos fundamentales consagrados explícitamente en la Constitución, ello no elimina la necesidad de que, en el ámbito de la responsabilidad civil, se cumplan con los requisitos determinados por el derecho privado para su concesión. Así lo determina la Corte, en la renombrada sentencia hito, al establecer que *“con todo, la defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

Si bien es cierto que se deben cumplir los requisitos del derecho civil para que proceda una indemnización, es importante aclarar en este momento, que el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional no se refiere a todos los bienes de protección constitucional, sino exclusivamente a los que se denominan como “personalísimos”, que específicamente son; *la integridad personal y familiar, la libertad, la privacidad, el honor y el buen nombre*. Es refiriéndose a estos bienes personalísimos exclusivamente, respecto

de los cuales la Corte crea esta nueva modalidad de daño extrapatrimonial. Esto es reiterado por la Corte Suprema de Justicia, con posterioridad a la sentencia hito de 2014, en el año 2016 en una sentencia proferida el 30 de septiembre por el mismo Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez, y recuerda que *“son bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, cuya violación entraña la correlativa obligación de indemnizarlos, siempre que se prueben los demás requisitos que exige la ley para que surja la responsabilidad extracontractual, claro está”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016).

Sin embargo, esta misma sentencia que reitera el fallo originario de esta modalidad de daño, aclara que si bien se trata de unos derechos constitucionales, no se puede excluir su reparación a través del derecho civil, puesto que esto generaría que quedaran perjuicios sin ser indemnizados, a saber, los que no son de carácter patrimonial o económico; *“no hay, ninguna razón para excluir del merecimiento indemnizatorio a esta tipología de daño, pues lo contrario supondría una visión reduccionista para la cual solo serían dignas de resarcimiento las repercusiones económicas o patrimoniales, dejando los bienes superiores por fuera de lo que es objeto de tutela civil”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016). Sin embargo, frente a esto es necesario anotar que, si bien es cierto que el derecho civil principalmente se encarga de indemnizar daños económicos y patrimoniales, esto no se puede afirmar de manera absoluta por dos razones que evidencian que hay daños que se reparan sin perjuicio de su carácter no patrimonial.

En primer lugar, el daño moral y el daño a la vida en relación, tipologías del daño extrapatrimonial, mediante el cual se están reparando afectaciones de la esfera *interna* del

individuo (daño moral), o conforme se siente una persona respecto al *exterior* (daño a la vida de relación), donde se están protegiendo intereses no susceptibles de ser valorados económicamente, cuya reparación admite una medida económica, intentando compensar el dolor, aflicción, o congoja interna que sufrió un individuo, o las formas en como esta persona se considera respecto a la sociedad y viceversa, y de ninguna manera puede verse este resarcimiento como el que protege un interés patrimonial, puesto que por definición, el daño *extrapatrimonial* se refiere a los daños que no son susceptibles de ser cuantificados en sumas de dinero, porque se generan en intereses o bienes del ser humano que no afectan de manera directa su patrimonio, y sin perjuicio de ello, el derecho civil efectivamente los protege. Lo anterior evidencia que el no reconocimiento del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional como una categoría autónoma, no “*supondría una visión reduccionista para la cual solo serían dignas de resarcimiento las repercusiones económicas o patrimoniales*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016).

En segundo lugar, el derecho civil de manera *abstracta y general*, como todas las demás áreas del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, protegen prioritariamente los derechos fundamentales constitucionales (entre ellos los bienes personalísimos), no solo por la supremacía jerárquica de la Carta Política, respecto de la cual todas las demás normas deben ir acorde, sino porque en el ordenamiento se prevé que los derechos fundamentales son inalienables y superiores, razón por la cual su amparo y protección son prioritarias en todos los ámbitos del derecho.

Sin embargo, es interesante mencionar que en la Aclaración de Voto del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, se determina que “*lo novedoso y trascendente estriba en el*

plus que adquiere la responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales, por cuanto demostrada su existencia deben impartirse órdenes y condenas complementarias con carácter satisfactivo y/o simbólico que procuren garantizar la no repetición, el arrepentimiento, la reparación integral, la alteridad; en fin, prestaciones de hacer o no hacer en pos de una verdadera justicia restaurativa u transicional hacia la construcción de una sociedad democrática con pleno respeto y protección a los derechos individuales y sociales. En consecuencia, deben demostrarse concurrentemente a los elementos axiológicos que integran la responsabilidad a fin de disponer las indemnizaciones, condenas y ordenes correspondientes (i) el elemento generador del daño, hecho dañoso o conducta antijurídica o jurídica que transforma el mundo externo, (ii) el evento dañoso, daño o perjuicio, (iii) la relación de causalidad que debe existir entre el hecho dañoso y el daño o perjuicio; y (iv) la imputabilidad o atribución de responsabilidad, y la consecuente culpabilidad, según nos encontremos con circunstancias generadoras de la responsabilidad gobernada o no por la culpa presunta o la culpa probada” (Aclaración de voto de Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014.).

Es decir, que según esta aclaración de voto, no solo se requiere el cumplimiento de los requisitos tradicionales de la responsabilidad civil, sino que por virtud del reconocimiento de esta nueva categoría de daño extrapatrimonial, se adiciona el requisito de *elementos axiológicos* que cumplen una función simbólica y satisfactoria.

c. Delimitación del resarcimiento al arbitrio del juez.

En la sentencia referida, se analiza la delimitación del resarcimiento o indemnización de esta modalidad de daño, en cabeza del juez. En dicha delimitación, la Corte analiza diversos aspectos, a partir de los cuales llega a tres conclusiones en específico; en primer lugar, la función compensatoria que tiene la indemnización de esta nueva modalidad de daño, contraria a la función resarcitoria. En segundo lugar, la ausencia de enriquecimiento injustificado o de lucro por parte de la víctima al recibir dicha indemnización por este daño, y en tercer lugar, que el monto o suma indemnizatoria, depende del criterio de razonabilidad del juez, por virtud del *arbitrium judicis*.

La delimitación de la que habla la Corte, se considera como necesaria para evitar que haya un desorden conceptual jurídico en torno a la responsabilidad y sus categorías de daño indemnizable, a modo de justificación de la introducción de la nueva modalidad objeto de estudio en este caso. *“Tal protección, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de **delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas**”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

A continuación se realizará una breve referencia a las tres conclusiones a las que llega la Corte respecto a la delimitación de la indemnización del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional.

i. Función compensatoria mas no resarcitoria.

En primer lugar, la Corte recuerda, que *“la reparación del daño no patrimonial, no cumple una función resarcitoria en sentido estricto, pues ningún bien material es equiparable al valor absoluto de la dignidad humana, el cual es, por lo tanto, irremplazable”*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Ello, a diferencia del daño patrimonial, que busca una reparación con función resarcitoria, puesto que como la reparación se hace por virtud de pérdidas económicas o susceptibles de ser valoradas en dinero en las que incurrió la víctima por virtud del daño, es posible devolver a la víctima al estado económico en el que se encontraba antes de haber sufrido el hecho dañoso.

Como se evidencia en la sentencia precitada, el caso del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional no encaja dentro de los daños patrimoniales, razón por la cual su indemnización necesariamente tiene una función compensatoria, es decir, de intentar compensarle a la víctima, el daño que sufrió a causa del agente dañoso, por virtud de una suma de dinero, puesto que es imposible volver al estado anterior, en razón a que los bienes personalísimos son irremplazables, y no son susceptibles de ser valorados en una suma exacta de dinero. Lo anterior, por tratarse de la vulneración de derechos fundamentales, los cuales son evidentemente superiores a cualquier afectación o daño al patrimonio de una persona.

ii. Ausencia de enriquecimiento injustificado o de lucro.

Antes de adentrarnos dentro de la explicación que hace la Corte respecto a la ausencia de enriquecimiento injustificado o lucro, por parte de la víctima que recibe una indemnización

a causa de un daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, es menester aclarar, que en este análisis crítico estamos en desacuerdo con esta afirmación, puesto que se explicará de manera detallada en un capítulo posterior, esta modalidad de daño podría considerarse como innecesaria por la existencia previa del daño a la vida de relación. Ello, por virtud de lo que se consideran *bienes personalísimos*, que podrían definirse como bienes que afectan o podrían eventualmente afectar la vida de relación de una persona, y por la limitación del Consejo de Estado en el derecho contencioso administrativo donde no procede una indemnización económica de esta modalidad de daño si hubo una a título de daño a la salud.

Sin embargo, es preciso en este momento hacer un recuento de las razones de la Corte Suprema de Justicia para determinar, en la sentencia hito del 5 de agosto de 2014, que la víctima de esta modalidad de daño extrapatrimonial, no recibe un enriquecimiento o lucro injustificado.

Comienza por establecer que *“por regla general, el desagravio del perjuicio no patrimonial carece de la virtualidad de producir un enriquecimiento injusto, pues los bienes jurídicos inherentes a la persona humana no tienen equivalencia en dinero. Luego, si la medida de satisfacción que se reconoce no lleva implícito un provecho económico sino más bien de simple consolación, satisfacción o compensación, entonces es desacertado afirmar que la misma puede dar lugar a cualquier tipo de lucro”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Frente a dicha consideración, es evidente que efectivamente los daños extrapatrimoniales no generan un enriquecimiento injustificado puesto que los bienes o intereses que tutelan no son equivalentes a una suma de dinero. Es decir, estamos de acuerdo cuando la Corte

determina que *“el dinero no es en estos casos una estimación del bien conculcado porque simplemente cumple la función de contribuir a la adquisición de satisfacciones o sensaciones placenteras que atenúen la pérdida del bien no patrimonial, aunque no siempre esos mecanismos sustitutivos resultan aptos para anular o hacer desaparecer las consecuencias adversas a las que haya dado lugar el hecho lesivo”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

Sin embargo, es cuestionable cuando determina que *“técnicamente no es un lucro o ganancia lo que puede derivarse de una indebida acumulación de indemnizaciones no patrimoniales, porque la aludida circunstancia solo tiene la aptitud de engendrar una irrazonable o injustificada complacencia, lo cual es sustancialmente distinto”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Lo anterior hace que sea necesario cuestionarse, *¿qué generaría que dos modalidades de daño extrapatrimonial indemnizen un bien o interés que al final, puede ser el mismo o en su defecto subsumibles entre ellas?* Esta pregunta efectivamente se refiere a la discusión previamente mencionada respecto al daño a la vida de relación y el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional. Puesto que evidentemente sí habría un enriquecimiento injustificado si se indemniza un daño extrapatrimonial dos veces y por causa de dos estimaciones diferentes realizadas por el juez, si en realidad se trata de un solo daño.

iii. Criterio de razonabilidad del juez.

Por otro lado, y en tercer lugar, la Corte analiza el criterio de razonabilidad que debe tener el juez para proceder a determinar cómo se va a indemnizar esta modalidad de daño

extrapatrimonial, la cual debe ser “la justa proporción”. *“La pauta de esta justa proporción la marca el criterio de razonabilidad del juez, pues es esa noción intelectual que le permitirá determinar en cada caso concreto si la medida de satisfacción que otorga en razón del daño a la persona es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa infligida a su dignidad”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Es menester respecto a esta parte de la sentencia, hacer referencia a que la Corte engloba los “bienes personalísimos” como los que se afectan cuando una persona es lesionada en su *dignidad*. Es decir, la integridad personal y familiar, la libertad, la privacidad, el honor y el buen nombre, que conforman la dignidad de la persona, deben ser reparados a través de medidas compensatorias que el juez debe determinar según su criterio y siguiendo el principio de la racionalidad.

Respecto a los bienes mencionados anteriormente, la Corte recuerda que no se trata de un daño a intereses personales meramente, ni de un daño a todo tipo de derechos fundamentales. Parte de la delimitación que debe realizar el juez al momento de decidir cómo se realizará la indemnización de un daño, es asegurarse que ese daño, sea causado exclusivamente a los bienes personalísimos que la sentencia hito determina como los que se enmarcan dentro de esta modalidad de daño extrapatrimonial. Cualquier reconocimiento de un interés o derecho fundamental diferente a ellos, generaría evidentemente una extralimitación por parte del juez, y un desbordamiento de los límites de razonabilidad que se le establecieron. *“El juzgador deberá considerar, en primer lugar, que no es el desconocimiento de cualquier interés personal, porque el tipo de daño que se viene*

*analizando solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la **libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre***” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

d. Entidad o trascendencia (debe ser grave).

Continuando con un análisis de los extractos de la sentencia del 5 de agosto de 2014, donde se pueden ver configuradas las características y requisitos fundamentales de la nueva modalidad de daño extrapatrimonial en el ordenamiento civil, es necesario realizar un análisis detallado del tema de la entidad o trascendencia de este daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, el cual debe ser *grave* según los parámetros de la Corte.

*“Este daño, entonces, debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa **que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil.** Naturalmente que toda persona, en tanto pertenece a un conglomerado social y se desenvuelve en él, está llamada a soportar desagradados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho; pues es claro que prácticamente cualquier contingencia contractual o extracontractual apareja algún tipo de inconvenientes”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Es decir, simplemente se recuerda que en todos los casos, incluyendo en las afectaciones a estos bienes personalísimos de especial protección constitucional, es necesario que la entidad o trascendencia que el daño que ha sido causado

sea de carácter suficiente, para que no quede cobijado por la regla general donde el daño que se cause a otro debe ser soportado por la víctima.

Posteriormente se analiza el tema polémico donde se explican, de manera insuficiente para nuestra opinión, las razones por las cuales esta modalidad de daño introducida en la precitada sentencia no genera una doble indemnización en los casos donde se diferencia plenamente de las otras dos modalidades de daño extrapatrimonial. Insuficiente, puesto que como se explicará posteriormente en un capítulo específico, la definición y concepto de esta modalidad de daño puede subsumirse dentro de lo que se encuentra protegido por el daño a la vida de relación (bajo el entendido que el derecho civil, protege de manera abstracta los derechos fundamentales constitucionales que prevalecen por encima de los demás derechos). Sin embargo, las razones de la Corte evidencian que según su entendimiento, *“es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño cuando cada uno de ellos tiene su causa adecuada en una conducta distinta y no confluye en un único perjuicio”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Continuamos cuestionando cómo es posible la diferenciación en la práctica de dichos daños.

Por otro lado, se explica que *“también puede ser que el actor únicamente reclame la indemnización del daño a los bienes jurídicos esenciales al individuo porque su interés se centra en la reivindicación de su dignidad, más que en el resarcimiento de un padecimiento interior a su psiquis, de un eventual detrimento patrimonial, o de un menoscabo a su vida de relación. En tales eventos, **mal podría negarse la reparación civil de una garantía fundamental por el hecho de no haberse demostrado su repercusión en la lesión a un bien de inferior raigambre**, pues de lo contrario la tutela efectiva civil no se predicaría del*

interés superior, sino de otros que podrían ser, incluso, incidentales al perjuicio que se causa a un derecho de carácter personalísimo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Respecto a dicha afirmación, consideramos que si bien es cierto que no tendría sentido que por no querer la víctima una indemnización de cualquier modalidad, se niegue una reparación de los daños a bienes personalísimos de especial protección constitucional, esto no genera necesariamente la obligación de establecer o configurar una nueva categoría de daño extrapatrimonial; simplemente la víctima, podría solicitar a título de daño a la vida de relación, la indemnización de esos intereses personales superiores que quiere que le sean reparados, sin solicitar que otros intereses de menor entidad (también a título de daño a la vida de relación) sean reparados. Ello, puesto que como ya mencionamos anteriormente, el daño a la vida de relación, en nuestra opinión, subsume lo que esta nueva categoría de daño extrapatrimonial está intentando proteger.

Por último, la Corte Suprema de Justicia determina a modo de conclusión que *“puede decirse, en síntesis, que existen ciertos parámetros que no constituyen una limitación al libre arbitrio del juzgador, pero que es aconsejable tener en cuenta a fin de evitar que se indemnicen situaciones que no lo merecen. Así, por ejemplo, hay que evaluar si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional por estar referido al ámbito de los derechos personalísimos; si ese perjuicio confluye o converge en otro de dimensiones específicas como el daño patrimonial, el moral, a la salud o a la vida de relación, de tal suerte que se presenten como una misma entidad; o si, por el contrario, es posible su coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables; entre*

otras particularidades imposibles de prever de manera apriorística, dado que solo las peculiaridades de cada caso permiten arribar a la decisión más equitativa y ajustada a derecho” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Parece ser, entonces, que al determinar la Corte que solo las particularidades de cada caso permiten que se demuestre que dicha categoría de daño extrapatrimonial efectivamente no converge con las otras modalidades de este daño (en especial el daño a la vida de relación), esta precisamente aceptando que teóricamente, dicha delimitación o separación es difícil de concebir, y solo en casos particulares *podría* llegar a presentarse esa situación. Vale la pena anotar que en esta sentencia, la Corte condena únicamente a la indemnización por daño moral y daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, mas no al daño a la vida de relación. Por lo anterior, es evidente que en este caso, dicha problemática de separación entre conceptos de daño extrapatrimonial, no se presentó, y no fue dirimida por la Corte en su fallo.

e. Presunción simple del daño.

En el fallo analizado, la Corte consagra la fácilmente discutible teoría donde determina que *“en cuanto al menoscabo del derecho al buen nombre, hay que admitir que el daño se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia. Es decir que una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación:

11001310300320030066001, 2014). Es decir, que para la Corte, con el solo hecho de demostrarse la vulneración al bien personalísimo, se genera el deber de indemnización del mismo, sin perjuicio de que haya habido efectivamente un *daño indemnizable*. Este argumento se explicará de manera extensa en un capítulo posterior, pero a modo de introducción, dicha afirmación donde hay responsabilidad civil sin que se haya consagrado necesariamente un *daño indemnizable*, genera que esta nueva categoría de daño extrapatrimonial, atente contra los pilares fundamentales e instituciones jurídicas de la Responsabilidad Civil, como ámbito del ordenamiento jurídico civil colombiano. Lo anterior, porque como aspecto fundamental para que proceda una indemnización de perjuicios, es que efectivamente se presente una *transgresión*, es decir, un daño indemnizable que genere consecuencias desfavorables a la víctima, lo cual en esta sentencia, ha sido totalmente desechado por la Corte Suprema de Justicia.

f. Solo ciertos derechos fundamentales que comprometan de modo directo la dignidad.

i. Libertad, intimidad, honra y buen nombre.

“La Constitución Política dispone, de manera expresa, en su artículo 21, que se garantiza el derecho a la honra, y, del mismo modo, en el inciso segundo del artículo 2, establece que entre los deberes de las autoridades está el de proteger en su honra a todas las personas residentes en Colombia. A su vez, en el artículo 42, se declara el carácter inviolable de la honra, la dignidad y la intimidad de la familia” (Corte Constitucional. C-489 de 2002.)

Como ya se había anticipado previamente, el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional no abarca dentro del término “personalísimos”, a todos los

derechos fundamentales. Los derechos personalísimos, como lo determina la Corte, son exclusivamente los que afectan de manera directa a la dignidad de cada persona. En razón de ello, son los derechos personalísimos, los que afectan la libertad, honra y buen nombre de una persona. A continuación se realizará una breve referencia a cada uno de estos derechos, según la concepción de la Corte Constitucional. *“La protección de la propia imagen, junto con la de la intimidad y el honor, hacen parte de los llamados derechos personalísimos. Estos poseen autonomía propia”* (Sentencia T-439 del 2009.)

En primer lugar, *“la honra es un derecho fundamental de todas las personas, que se deriva de su propia dignidad y que por lo tanto demanda la protección del Estado a partir de esa consideración de la dignidad de la persona humana. Al referirse al núcleo del derecho a la honra, la Corte en Sentencia señaló que del mismo hace parte tanto, la estimación que cada individuo hace de sí mismo, como, desde una perspectiva externa, el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de cada persona, y expresó que para que pueda tenerse como afectado el derecho a la honra, esos dos factores debe apreciarse de manera conjunta”* (Corte Constitucional. C-489 de 2002.) Es decir, que la honra abarca una concepción de la persona interna, pero adicionalmente desde una perspectiva externa, a saber, como las demás personas o el mundo exterior le reconoce a alguien su dignidad. Parece ser, entonces, que como lo establece la Corte, para que pueda considerarse que hubo un daño o afectación a la honra de una persona, debe haber sucedido, desde una perspectiva externa, un desconocimiento de la dignidad de esa persona, por parte de la sociedad, y ello parece ser muy similar a la definición de lo que conlleva un daño a la vida de relación. A nuestro modo de ver, dicha percepción, puede adicionalmente, aplicarse a los otros tipos de

derechos personalísimos (libertad, intimidad y buen nombre), puesto que comparten el componente común de una vulneración a la dignidad.

Analizando específicamente lo que contienen otros derechos personalísimos, la Corte Constitucional determina al referirse al derecho a la intimidad, que *“el artículo 15 superior reconoce el derecho a la **intimidad** personal y familiar, contempla de manera especial el derecho de todas las personas a su buen nombre y establece el deber para el Estado de respetar y hacer respetar esos derechos. El derecho a la intimidad, está orientado a garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias del Estado o de terceros. Comprende de manera particular la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad.* (Corte Constitucional. C-489 de 2002.) Como se puede evidenciar, el derecho a la intimidad se refiere a la protección de la privacidad de una persona, tanto en su vida personal, como en la familiar, y determina que su afectación puede ser realizada tanto por el Estado, como por individuos particulares.

Por otro lado, *“el **buen nombre** ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el **concepto que de una persona tienen los demás** y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad.–El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se*

tiene del individuo” (Corte Constitucional. C-489 de 2002.) Es menester detenernos respecto a la determinación de la Corte respecto al derecho al buen nombre o a la reputación, puesto que de manera incluso más estricta que con la honra (puesto que la honra tiene un componente interno), la reputación es “el concepto que de una persona tienen los demás”, es decir, que parecería ser, de manera más evidente, que una afectación a la imagen que tienen las personas terceras (ámbito externo), generaría efectivamente lo que consideramos el daño a la vida de relación, a saber, ya que su proyección sobreviene sobre la esfera exterior del individuo. Es decir, que sin perjuicio de que se trata de un derecho fundamental personalísimo, expresamente protegido como un derecho de la máxima jerarquía, en nuestra opinión, a través de la categoría de daño en la vida de relación, dicho derecho se encuentra amparado de manera integral, puesto que como ya se ha mencionado previamente, todas las áreas del derecho contienen una protección a los derechos fundamentales de manera abstracta y prioritaria.

Por último, vale la pena recordar que el derecho a la libertad, en palabras de la Corte, puede desarrollarse a partir *“del preámbulo y de otros preceptos constitucionales se deriva la consagración de la libertad como un principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción a la libertad individual. La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado”* (Sentencia C-163 del 2008.)

V. Referencia y comparación con en el derecho contencioso administrativo:

Como ya se ha mencionado anteriormente, si bien en el derecho contencioso administrativo también existe el reconocimiento del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, es necesario establecer, a modo de comparación, las dos fundamentales diferencias que existen respecto a su consagración por parte del Consejo de Estado, y como lo concibió la Corte Suprema de Justicia.

a. Reclamación por parte de la víctima directa y su núcleo familiar.

Para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la reclamación de esta modalidad de daño la pueden realizar no solo la víctima directa, sino su núcleo familiar también. Ello, por considerar que las relaciones que se tienen con este núcleo familiar, generan para ellos la titularidad de reclamar la reparación integral del mismo. *“Se privilegia la compensación indemnizatorias a favor de la víctima directa y su núcleo familiar más cercano (cónyuge o compañero permanente y parientes del primer grado de consanguinidad) en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos”*. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales, 2014). Es decir, que se incluye dentro del espectro de legitimados para su reclamación, a la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y las “de crianza”.

Por otro lado, en el ámbito del derecho civil, como lo establece la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 5 de agosto de 2014, *“las profundas raíces iusprivatistas de esta figura se evidencian en su condición de derecho personalísimo, es decir que su reclamo solo puede ser ejercitado por su titular, y no puede transmitirse ni enajenarse a otras personas”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación:

11001310300320030066001, 2014). Es decir, se evidencia que la reclamación de este daño está limitada única y exclusivamente a las víctimas directas, y ello se justifica en razón del carácter de derecho “*personalísimo*” que se predica de los bienes protegidos en esta modalidad de daño.

b. Reparación por medio de medidas no pecuniarias

i. Excepción que admite reparación pecuniaria a la víctima directa

Como ya se mencionó con anterioridad, el Consejo de Estado ha determinado que la reparación del daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados debe hacerse “*de acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán las **medidas reparatorias no pecuniarias**. En casos **excepcionales**, si las medidas no son suficientes para lograr una reparación integral, se podrá otorgar una indemnización única y exclusivamente a la víctima directa, estableciendo una medida pecuniaria de hasta 100smlmv, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. El juez motiva el monto y debe ser proporcional a la intensidad del daño y a la naturaleza del bien o del derecho afectado*”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales, 2014). Es decir, que como regla general, la indemnización de esta modalidad de daño debe realizarse a través de medidas no pecuniarias, compensatorias, encaminadas a una reparación integral, y solo de manera **excepcional**, si no se ha reconocido daño a la salud, procede una indemnización económica.

Sin embargo, el ámbito del derecho privado lo maneja de manera totalmente contraria, puesto que en todo caso y por regla general, *“la protección judicial se concreta en una indemnización pecuniaria, a diferencia del amparo constitucional cuya protección consiste en “una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo” (artículo 86 de la Constitución Política), a fin de “garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible” (artículo 23 del Decreto 2591 de 1991). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).*

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer referencia a lo determinado la aclaración de voto del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, donde se establece que si bien es cierto lo consagrado en la referida sentencia respecto al daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, *“este tipo de reparación va más allá del aspecto financiero con el propósito de obtener la satisfacción adecuada del resarcimiento; no tiene carácter excepcional sino ordinario y complementario a los ítems reparativos vigentes en el daño inmaterial en procura de que la indemnización sea integral, reparando intereses no dinerarios y atenuando el dolor”.* (Aclaración de voto de Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014.).

Es decir, que el daño a bienes personalísimos, debe resarcirse prioritariamente a través de medidas de carácter no patrimonial, es decir, con medidas compensatorias, que eviten que surja una problemática con el doble resarcimiento de un mismo daño, recordando que siempre se debe procurar que se genere una reparación integral, la cual evidentemente no

depende de una reparación pecuniaria, sino a través de medidas que garanticen que se compense el daño efectivamente sufrido por la víctima.

VI. Marco normativo de la nueva modalidad de daño

La sentencia hito del 5 de agosto de 2014 establece el marco normativo del cual se desprende esta nueva modalidad de daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional. Ello, en razón a que considera que *“es incuestionable que tanto la Carta Política como los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad ordenan la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, tales como la integridad psicofísica, la honra, el buen nombre, la intimidad, la libertad, que no son más que desarrollos del principio del respeto a la dignidad en el que se soporta nuestro Estado Social de Derecho”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

En razón de ello, es necesario analizar no solo el marco normativo interno, es decir, la Constitución Política de 1991, sino la extensión que se realiza con el Bloque Constitucional que contiene los instrumentos internacionales, los cuales en su totalidad establecen la necesidad de una protección de carácter prioritario y absoluto a los derechos fundamentales, que en este caso son el objeto del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional.

a. Constitución Política de 1991.

En primer lugar, analizando el caso de la Constitución Política, la Corte, en la Sentencia del 5 de agosto de 2014, determina que *“las normas constitucionales que consagran la inviolabilidad de los derechos fundamentales deben ser objeto de protección y exigibilidad en el campo del derecho civil, es decir que si esos derechos realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Lo anterior, con fundamento en tres artículos particularmente de la Carta, a saber;

El artículo 1, específicamente se refiere a la dignidad humana, el cual determina que *“el Estado colombiano está fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”*. (Const., 1991, art. 1)

Por otro lado, el artículo 2º en su inciso 2, que se refiere a la honra, y que establece que *“las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”*. (Const., 1991, art. 2.2)

Y por último, el artículo 15, que hace referencia al buen nombre, al consagrar que *“el Estado debe respetar y hacer respetar los derechos a la intimidad personal y familiar y al buen nombre”*. (Const., 1991, art. 15)

La Corte en la renombrada sentencia considera que la protección de los derechos fundamentales de las personas, por la evolución histórica de los mismos, no puede dejar a la suerte de su reparación simplemente las disposiciones constitucionales e internacionales.

Ello, puesto que el derecho civil (e inclusive todo el ordenamiento jurídico), no puede concebirse con una finalidad totalmente independiente de estos derechos, es decir, que la noción del derecho civil como el derecho de lo “patrimonial” ha sido reevaluada, porque *“la protección de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado cuando aquéllos resultan vulnerados, pues de otro modo la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por las disposiciones internacionales que declaran derechos humanos, no lograría hacerse del todo efectiva y quedaría relegada al ámbito de las buenas intenciones”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

b. Instrumentos internacionales- Bloque de Constitucionalidad.

En virtud de lo anterior, es necesario hacer referencia a los instrumentos internacionales citados a continuación, donde se evidencia la necesidad de la protección de los derechos fundamentales no solo por virtud de las herramientas del derecho constitucional (Constitución Política y Bloque de Constitucionalidad), sino a través del ordenamiento civil, si así se determina como necesario, en un caso en concreto. Ello, teniendo en cuenta lo establecido por la Corte, al establecer que *“los bienes jurídicos tutelados por el derecho civil no se limitan a los de estirpe patrimonial, porque la afectación de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado para indemnizarlos, pues de otro modo los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales suscritos por Colombia que reconocen derechos fundamentales, no tendrían protección efectiva en esta área del derecho”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016)

La **Convención Americana de los Derechos Humanos** es su artículo 11, determina que *“toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”*. (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 11)

Por otro lado, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, en su artículo 5, consagra que *“toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*. (Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del ciudadano, art. 5)

Por último, el artículo 17 del **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos** establece que *“nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”* (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 17)

Como lo determina la Corte en la Sentencia del 30 de septiembre de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, *“para el derecho civil los preceptos constitucionales que tutelan bienes jurídicos particulares no son meros moldes arquetípicos o parámetros de interpretación, ni tan sólo principios que contienen mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible. Para el derecho civil, un derecho fundamental es un bien jurídico que goza de protección por el ordenamiento positivo, por lo que posee contenido sustancial y su quebranto apareja la consecuente indemnización de perjuicios en*

razón del postulado general de no causar daño a la persona o los bienes ajenos”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01, 2016).

A continuación se realizará un análisis específico, de la sentencia hito del 5 de agosto de 2014, de la Corte Suprema de Justicia, respecto a ciertos puntos fundamentales.

VII. Análisis sentencia hito en el ámbito de la responsabilidad civil.

Es necesario mencionar que la modalidad del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, ha sido resultado de únicamente dos sentencias, las cuales han sido objeto de múltiples salvamentos de voto, los cuales se analizarán posteriormente, y como se explicará más adelante, también ha sido criticada en diversas ocasiones por profesores y doctrinantes de la materia de responsabilidad civil. Ello favorece nuestra posición opositora respecto a esta nueva categoría independiente de responsabilidad extrapatrimonial.

a. Abuso de posición dominante.

En el caso concreto que se trata en la referida sentencia, los demandantes buscan que “*se declare civilmente responsable por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mutuo que ellos celebraron con la entidad cedente, por haber **abusado de su posición dominante** al reversar el alivio a que por ley tenían derecho; negar la cancelación de la hipoteca; afectar su integridad psíquica al someterlos a constantes cobros; y reportarlos de manera arbitraria en las centrales de riesgo*” (Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). A partir de dicha consideración, es que las víctimas solicitan que se les indemnice, a título de daño extrapatrimonial, el daño moral y el daño a sus bienes personalísimos de especial protección constitucional, particularmente su buen nombre.

En la sentencia de casación, la Corte determina que las actuaciones realizadas por la entidad financiera, en este caso el agente dañador, generan en las víctimas el derecho a una indemnización a título de daño moral y daño a la vida en relación, puesto que la entidad abusó de su posición dominante, al cobrar de manera insistente una suma de dinero que las víctimas en realidad no debían. Considera que *“desde luego que todo contratante está compelido a soportar el cobro de la obligación, y aún de la que no debe si ese cobro obedece a un error involuntario e inocuo. Pero lo que no puede admitirse, porque sería una nociva permisión del abuso de la posición dominante, es que una entidad financiera profesional, a la que se exige la mayor diligencia y cuidado en la realización de sus negocios, por su propia incuria, haya violentado la tranquilidad de sus clientes durante más de dos años a pesar de que éstos le hicieron saber con insistencia y por todos los medios posibles que habían cancelado la totalidad de la deuda”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Es decir, este caso contiene una particularidad adicional a los casos ordinarios de responsabilidad civil; pues se trata no solo de un agente dañador que provoca un daño a un víctima y en razón de ello debe entrar a repararlo, sino que en este caso el agente dañador ostenta una posición dominante, al ser una entidad financiera, y al abusar de su posición dominante debe indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales; que en este caso, a ojos de la Corte

Suprema de Justicia, se componen de una nueva categoría de daño extrapatrimonial que llaman el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional.

Posteriormente, una vez determinado que efectivamente procede una reparación de carácter extrapatrimonial, la Corte se detiene a analizar específicamente, las dificultades que radican en la fijación del monto indemnizable en los casos donde hay un daño no patrimonial. Considera que *“tratándose de un perjuicio extrapatrimonial o inmaterial siempre existirá dificultad en la fijación del quantum que ha de reconocerse a la persona afectada, pero ello no implica la imposibilidad para determinar, en una suma concreta, el monto de la correspondiente condena, teniendo en cuenta, en todo caso, que **tal valoración debe estar siempre guiada por los principios de reparación integral y equidad.** Es cierto que estos perjuicios son de difícil medición o cuantificación, lo que significa que la reparación **no puede establecerse con base en criterios rigurosos o matemáticos...**No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues **cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente estimación**”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Es decir, como bien lo determina la Corte, la cuantificación del daño extrapatrimonial, a diferencia del daño patrimonial que se basa en una fórmula matemática que se aplica de manera idéntica en todas las situaciones, depende del criterio del juez y su valoración de cada caso en concreto, teniendo en cuenta en todo momento que la reparación que se le debe realizar a la víctima debe ser *integral* y tener en cuenta los principios de la equidad.

VIII. Problemática del doble resarcimiento y la coexistencia con otras modalidades de daño extrapatrimonial.

Anteriormente, al realizar una comparación con el derecho contencioso administrativo, se había esbozado una crítica a partir de la consagración de este daño por parte del Consejo de Estado, al establecer que si bien la regla general es que no procede una indemnización pecuniaria, excepcionalmente esta procederá, únicamente si no ha habido una reparación pecuniaria por virtud del daño a la salud.

Por virtud de lo anterior, dicha excepción podría llevar a argumentar que si ya hubo una reparación pecuniaria al daño a la salud, una reparación al daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, no puede llegar a ser procedente (y solo se admitiría una reparación por medio de medidas compensatorias), porque dicho reconocimiento pecuniario generaría un doble resarcimiento. Es decir, que parecería ser, que para el Consejo de Estado, el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados no puede coexistir con el daño a la salud. Ello llevaría a la conclusión, de que si se llegase a reconocer una reparación pecuniaria por causa de daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, en los casos donde se demostrara la ocurrencia del mismo, como regla general, generaría una doble indemnización que asimismo generaría un enriquecimiento sin causa en el patrimonio de la víctima.

Como la anterior anotación puede predicarse o extenderse al daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, en el derecho civil, es absolutamente necesario cuestionar esta nueva modalidad de daño como categoría independiente, puesto que en el

ordenamiento civil, la Corte Suprema de Justicia no ha limitado la indemnización pecuniaria de este tipo de daño, a los casos donde no haya habido una reparación de esta misma entidad respecto al daño a la vida de relación (que podría considerarse como el daño equivalente al daño a la salud que consagra el derecho contencioso administrativo).

Es más, en la sentencia hito del 5 de agosto de 2014, si bien se establece la necesidad de considerar el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional como una nueva modalidad de daño extrapatrimonial en el ordenamiento jurídico civil colombiano, y efectivamente se condena al pago de los perjuicios a título de los mismos (junto con el daño moral), en la sentencia no se condena a indemnizar el daño a la vida de relación. Si bien es cierto que las pretensiones de la misma no solicitaban que se reparara el mismo, puesto que solicitaban la indemnización del daño a su buen nombre y un grave menoscabo moral, es importante anotar entonces, que dicho reconocimiento, en caso de que hubiere sido solicitado, pudiera haber sido conflictivo, con base en el argumento que se deriva del derecho contencioso administrativo.

Continuando con el análisis de la coexistencia del daño a la vida de relación y el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, por virtud de lo establecido en la Sentencia del 13 de mayo de 2008, famosa por introducir en el ordenamiento jurídico civil colombiano el daño a la vida de relación, al hacer referencia a la necesidad de reconocer la indemnización de esta modalidad, la Corte Suprema de Justicia estableció que *“el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la*

Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, 2008).

Ello evidencia en primer lugar, que para la Corte, esta modalidad de daño a la vida de relación es un daño que precisamente se refleja en los *bienes de la personalidad*, descripción que parece asemejarse casi de manera idéntica a la que realiza al referirse al daño a los bienes personalísimos, empezando por su mismo nombre. Así mismo, la Corte a su vez se refiere a “actividad social no patrimonial”, el cual se debe considerar, en nuestra opinión, como esa misma actividad que efectivamente se reconoció en la sentencia hito del 5 de agosto de 2014 como la que efectivamente generó la introducción de esa nueva modalidad de daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, a saber “*como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, privacidad y dignidad, que gozan de especial protección constitucional*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014).

Lo anterior evidencia, a nuestro modo de ver, que no es necesario crear una nueva categoría de daño simplemente dedicada a la protección de derechos humanos fundamentales, los cuales evidentemente se encuentran resarcidos de manera indirecta en las otras categorías de daño, de manera *abstracta*, como se demuestra en el caso del daño a la vida de relación, donde al proteger las consecuencias que genera el daño en un individuo, evidentemente protege dichos derechos al “buen nombre y propia imagen”.

IX. Crítica respecto de la presunción simple del daño y la indemnización generada de la mera infracción.

a. No se tiene que probar o acreditar el daño.

La principal crítica que se puede derivar de la disposición de la Corte respecto a esta nueva modalidad de daño, radica principalmente en el hecho que la misma **modifica las principales instituciones de la responsabilidad civil en su concepción tradicional en Colombia**. Lo anterior, quiere decir que la responsabilidad Civil en Colombia, por regla general, no genera una indemnización causada simplemente por una infracción, sin que se evidencie la repercusión de la misma. Sin embargo, el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional parece establecer una excepción contraria a esta regla general, puesto que determina que la simple violación a estos bienes personalísimos genera para la víctima, el derecho de solicitar su indemnización.

En palabras de la Corte, *“el daño se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia. Es decir que una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014). Es decir, se evidencia como de manera explícita, se está consagrado la titularidad de reclamar una indemnización generada meramente a través de la ocurrencia de una infracción, donde no es necesario que se demuestre efectivamente que hubo un menoscabo de carácter

extrapatrimonial, en los bienes personalísimos de especial protección constitucional de la víctima.

En palabras del doctor Sergio Rojas, profesor de Responsabilidad Civil de la Pontificia Universidad Javeriana, *“como lo reconoce la propia sentencia, el nuevo rubro se configura con la sola trasgresión del bien personalísimo, independientemente de si ha existido o no una repercusión derivada de dicha trasgresión. Así, el solo proceder antijurídico habilita la “indemnización”, incluso si el mismo no genera una consecuencia desfavorable que sea aprehensible. Por supuesto que, con esta postura, no solo 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”* (Ámbito Jurídico: Cada bien lesionado constituye un daño diferente. Comentaristas invitados- Sergio Rojas Quiñones. Profesor de Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana. 26 de marzo de 2015). Como se evidencia las palabras citadas, es necesario detenerse a analizar la trascendental modificación que genera esta modalidad de daño en las instituciones de la responsabilidad civil, puesto que se obliga a realizar una indemnización en los casos donde se vulnere alguno de los bienes personalísimos, sin perjuicio de que haya efectivamente una afectación, consecuencia, o resultado negativo a la víctima. Es decir, que puede que la “víctima” no sufra una alteración que lo afecte de manera evidente, es decir, que no sufra un daño concreto, puesto que basta con que para el ordenamiento jurídico se considere que se transgredió dicho derecho personalísimo, para que el agente deba entrar a indemnizar a una persona que, al parecer, puede no estar afectada por dicha actuación.

Continuando con el análisis realizado en el artículo citado anteriormente, se recuerda que

“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” (Ámbito Jurídico: Cada bien lesionado constituye un daño diferente. Comentaristas invitados- Sergio Rojas Quiñones. Profesor de Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana. 26 de marzo de 2015).

A modo de conclusión respecto este tema, como se determina en el artículo precitado, esta nueva categoría de daño extrapatrimonial en el ordenamiento jurídico civil colombiano, parece romper con todos los parámetros y estándares que han sido establecidos previamente, en miras de generar límites a la responsabilidad en la que pueden llegar a incurrir las personas. Parecería ser entonces, que la Corte, al intentar proteger los derechos de las víctimas, están olvidando tener en cuenta que en el ámbito de la responsabilidad civil, existen ciertas limitaciones, que si bien intentan que los daños provocados a personas que no están en obligación de soportarlos sean resarcidos de manera integral, buscan evitar dichos excesos en la libertad judicial.

b. Certeza como requisito fundamental del daño como elemento básico de la responsabilidad civil.

Se debe tener en cuenta, por último, que nuestro ordenamiento jurídico civil consagra como requisito fundamental del **daño**, que haya, efectivamente, **certeza** respecto del mismo.

Como el daño debe ser cierto, se debe entender que el hecho de que haya un perjuicio cierto, significa que el mismo debe ser es **real y efectivo** y no el meramente hipotético o eventual.

Continuando con nuestra crítica previa, respecto a la situación donde el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional no consagra, a ojos de la Corte, una necesidad donde efectivamente se consagre consecuencias jurídicas en cabeza de la víctima, sino que basta con una afectación al bien personalísimo, parecería ser, que esta característica fundamental del daño, está quedando de un lado. Ello, puesto que es posible que el juez, sin tener una seguridad absoluta e incuestionable de la ocurrencia de esa afectación efectiva en la persona, determine la obligación al agente, de indemnizar a la “víctima”.

Es decir, la certeza del daño, determina que este debe ser aquel respecto del cual el juez tenga seguridad absoluta de que ese daño cumplió con alguna de estas condiciones; en primer lugar, haber existido (es decir, que el daño es pasado, anterior a la reclamación que realiza judicialmente la víctima), o que efectivamente existe y es presente al momento de dicha reclamación, o que efectivamente existirá con certeza (daño futuro), puesto que la indemnización debe ser de uno de estas tres modalidades de daño. sin perjuicio de lo anterior, es necesario anotar que el daño futuro es indemnizable únicamente si se demuestra que este sea cierto. Sin embargo, parecería ser que la teoría de la Corte Suprema de Justicia, no considera necesario la acreditación de dicha certeza en ninguno de los tres casos (sea presente, pasado o futuro), puesto que la mera infracción de un bien personalísimo se considera un daño; pero no es necesario demostrar la certeza del mismo.

Es esencial tener en cuenta entonces, que para determinar que un perjuicio es cierto, deben cumplirse dos requisitos; a saber, que se entienda que de no mediar u ocurrir la producción de ese daño, la condición de la víctima sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo, es decir, es una comparación necesaria, donde en el caso de daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional es imposible de realizar, y adicionalmente, que se demuestre que el daño se fundamenta en un hecho real, preciso, y demostrable, y no en meras hipótesis. De lo anterior, podría deducirse que el daño a bienes personalísimos, generado a través de la mera infracción, en realidad podría ser fundado en meras hipótesis, puesto que la prueba de su certeza no es necesaria.

Por último, debe considerarse que un daño no deja de ser cierto por el hecho de que su cuantía sea incierta o indeterminada, o de difícil apreciación. Este tema no debe entrarse a analizar en este caso, puesto que el tema objeto de análisis no trata de la cuantificación del mismo, si bien la misma radica en el arbitrio del juez, teniendo en cuenta las pautas jurisprudenciales existentes respecto del mismo, y en todo caso, solo se pueden reconocer los daños que han quedado efectivamente demostrados a través de medios probatorios otorgados en el proceso.

X. Análisis de los Salvamentos de Voto.

Como bien expusimos en su correspondiente capítulo, en el Salvamento de Voto de la renombrada sentencia, los Magistrados Margarita Cabello Blanco, Fernando Giraldo Gutiérrez, y Jesús Vall de Rutén Ruiz reiteran que las ansias de crear una nueva categoría de daño extrapatrimonial, justificando que la protección a bienes personalísimos de especial

protección constitucional debe ser una categoría autónoma por ser de carácter fundamental los bienes que se protegen, termina usurpando el territorio del daño a la vida de relación, puesto que para los Magistrados, *“ello no permite concluir que la mentada afectación de derechos fundamentales no esté recogida o no pueda comprenderse dentro del daño a la vida de relación”* (Salvamento de voto de Magistrados Margarita Cabello Blanco, Fernando Giraldo Gutiérrez, Jesús Vall de Rutén Ruiz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014.).

Resaltan que desde el año 2008 donde se introdujo el reconocimiento del daño a la vida de relación en el ordenamiento jurídico, *“se incorporan continuas referencias a la violación de prerrogativas superiores como causas posibles de estructuración del mencionado daño a la vida de relación... y como característica del mismo, que puede tener origen también en la afectación a otros bienes intangibles a la personalidad o derechos fundamentales”*. Es decir, que se evidencia que con la sentencia del 13 de mayo de 2008, donde se introdujo el daño a la vida de relación como categoría autónoma, quedaban protegidos los bienes personalísimos constitucionales. *“se destaca igualmente que la lesión a la honra o al buen nombre fue expresamente reconocida como causa posible del daño a la vida de relación, cuando siendo extrapatrimoniales sus efectos, los proyectara en la esfera externa o social de la víctima. Por tal razón, no existía justificación para intentar abandonar la clasificación de daño moral y daño a la vida de relación, en una coyuntura que claramente no la desborda”* (Ibídem).

Lo anterior demuestra, como ya se había explicado anteriormente, que fácilmente se puede confundir el reconocimiento del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, con el daño a la vida de relación, y como ya se argumentó, dicho

reconocimiento podría generar en la víctima un enriquecimiento sin causa, puesto que un mismo daño estaría siendo reconocido doblemente a título de dos categorías diferentes.

Adicionalmente, se incorpora un argumento previamente explicado, donde se hace referencia al reconocimiento de una indemnización por la mera infracción, sin necesidad de que efectivamente se demuestren las consecuencias negativas o un daño en concreto, y determinan que las consecuencias de ello generan que *“el principal problema práctico que deriva de la clasificación que postula la sentencia, es que, termina por formular proposiciones absolutas que no resultan consonantes con la tradición de equilibrio y medida que la Sala ha aplicado en la labor de perfilar el instituto de la responsabilidad civil, como constructo fundamentalmente jurisprudencial que es, al decir que ‘tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados’, evidenciando un exceso en la formulación”* (Ibídem). Luego critican el intento de la Sentencia de limitar dicho reconocimiento absoluto en los casos donde no sea grave el daño, o cuando otra modalidad de daño ya ha entrado a repararlo.

Por otro lado, hacen referencia a un punto previamente analizado, al determinar que el ordenamiento jurídico como tal, incluyendo el derecho privado, realiza una protección adicional a la protección directa que el derecho constitucional realiza de los derechos fundamentales, y la consagración de una categoría autónoma de responsabilidad civil extrapatrimonial, es innecesaria; *“sabido es que la protección que el derecho privado presta a los derechos fundamentales complementa la custodia básica que a los mismos debe entregar el derecho público, pero no puede imponerse y desplazar los instrumentos que constituyen la forma natural de salvaguardarlos, orientados principalmente a impedir la violación y a restablecer la efectividad de las garantías conculcadas”* (Ibídem).

Concluyen entonces, con lo cual estamos absolutamente de acuerdo, que *“frente a temas de tamaña significación, la jurisprudencia irá determinando si resulta acompasado con la evolución del contexto jurídico y social admitir nuevas formas de daño resarcible, previa ponderación en cada caso de la pertinencia de hacer coexistir la protección que el derecho público está llamado a brindar con la que el ordenamiento privado puede dispensar”* (Ibídem).

Por otro lado, es necesario hacer referencia a la aclaración de voto realizada por el Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, puesto que si bien establece que se acoge a la necesidad de la sentencia de efectivamente crear una nueva modalidad de daño extrapatrimonial en el ordenamiento, esta modalidad no debe predicarse como el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, sino que debe ser *otra* modalidad de daño, que no interfiera con los postulados e instituciones tradicionales de la responsabilidad civil, puesto que ello generaría consecuencias prácticas que complicarían no solo la actividad judicial, sino la reparación integral como tal.

En razón de ello, considera que la nueva modalidad de daño *“difumina interminable e incontablemente los motivos reparatorios, porque siempre que aparezca un nuevo derecho fundamental lesionado que deba ser resarcido, deberá hacerse por parte del interprete y del juzgador, un nuevo esfuerzo epistemológico, a fin de evitar la confusión con las demás formas resarcitorias ya reconocidas, para no incurrir en una doble o triple indemnización”* (Aclaración de voto de Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014.).

Por virtud de lo anterior, considera que el daño a bienes constitucionales debe entenderse *“no como subespecie del daño no patrimonial, sino fundándose en las modalidades indemnizatorias vigentes hasta ahora en el ámbito de la responsabilidad... este análisis puede aplicarse en este caso, o en otros de similar linaje, cuando se lesione cualquier derecho de estirpe fundamental, sin necesidad de recrear nuevas formas resarcitorias”* (Ibídem).

Es decir, que determina que NO debe ser considerado como una nueva subcategoría, sino que dicho daño puede efectivamente indemnizarse a través de las dos subespecies ya existentes, a saber, el daño moral, y el daño a la vida de relación, y abarca no solo el daño al buen nombre, el cual efectivamente se reconoce en la sentencia, sino todos los derechos fundamentales que en determinado momento deben entrar a ser reparados. *“Ahora bien, en toda hipótesis donde concurra afectación a los derechos fundamentales, y siempre y cuando se demuestren los elementos de la responsabilidad contractual o extracontractual, debe hablarse de responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales”* (Ibídem). Como se evidencia, en esta aclaración de voto, se determina que cualquier derecho fundamental es susceptible del análisis de esta modalidad de daño, apartándose de la delimitación de la sentencia a solo ciertos derechos fundamentales, *personalísimos*.

Como en la referida sentencia se condena únicamente por daño al buen nombre (aunque se establece como categoría general el daño a bienes personalísimos), Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona determina que *“el buen nombre debió enfrentarse desde la teoría constitucional de la reparación integral para que la nueva condena edificada como tercera forma de daño inmaterial, se enfocara hacia la reparación satisfactiva y/o simbólica y hacia la garantía e no repetición, por estar en juego un derecho fundamental,*

digno de protección” (Ibídem). Es decir, considera que la sentencia no se debió enfocar en el daño al buen nombre como categoría independiente, sino en una tercera categoría de daño extrapatrimonial a la que denomina reparación satisfactiva y/o simbólica, la cual “*se trata de una reparación que no es sustitutivas de las formas tradicionales, sino de restablecimiento complementario a la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales*” (Ibídem).

Como se puede ver, se trata de una indemnización a través de medidas no pecuniarias, superando la indemnización resarcitoria, aplicando medidas satisfactorias y simbólicas, procurando generar el perdón y bienestar social y de esta forma lográndose una reparación integral del daño.

Por virtud de lo anterior, aclara que “*existe como categoría autónoma, la responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales, y entre ellos, el derecho al buen nombre; pero no lo está y no es posible subordinarla, en forma alguna, como una tercera modalidad del daño extrapatrimonial, como lo postula la sentencia*” (Ibídem). Y en razón a que no se puede considerar como tercera categoría de daño extrapatrimonial el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, concluye que “*la verdadera tercera categoría en la modalidad de daño no patrimonial, debió ser la reparación satisfactiva y/o simbólica y la garantía de no repetición, cuando se afecta todo derecho fundamental*” (Ibídem).

Frente a esto podemos opinar que si bien consideramos que no es necesaria la delimitación de una nueva categoría de daño extrapatrimonial en nuestro ordenamiento, la propuesta del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona en su aclaración de voto, no es del todo errada,

puesto que es necesario realizar un enfoque en la indemnización del daño en la responsabilidad civil, para lograr una efectiva reparación integral, lo cual evidentemente abarca la realización de medidas satisfactorias y simbólicas, que en muchos casos se dejan de lado en el ámbito civil, cuyo enfoque principal son las indemnizaciones pecuniarias. Sin embargo, podría de igual modo decirse, que dicha postura mediante la cual debería crearse una categoría de daño extrapatrimonial la cual consagrara estas medidas satisfactorias y simbólicas, en nuestra opinión, es de igual forma innecesaria. Bastaría para garantizar dicha protección, que se entendieran y aplicaran por parte de los jueces, dichas medidas dentro de las indemnizaciones a título de daño moral y daño a la vida de relación, y de esta manera se entendiera que hubo una reparación integral del daño.

XI. Propuestas.

Con base en análisis crítico realizado a través de la presente monografía, se puede concluir que si bien es necesario que las Altas Cortes adecúen su jurisprudencia conforme a las necesidades del desarrollo histórico, social, político y económico, dicha actualización no puede afectar negativamente los pilares fundamentales de las instituciones jurídicas que el ordenamiento jurídico establece, en miras de generar limitaciones a las consecuencias que pueden producirse al actuar en la sociedad. Es decir, que si bien es cierto que los jueces deben procurar por la efectiva protección de las víctimas, y su reparación integral frente a un daño, deben ser cuidadosos frente a la introducción de cambios que pueden generar repercusiones negativas en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior se debe tener en cuenta porque las relaciones del derecho civil son entre particulares, y si se involucra el derecho constitucional, se podría estar desnaturalizando la institución. Si bien los derechos fundamentales por ser absolutos e inalienables permean todos los ámbitos del derecho, ciertas prerrogativas o características fundamentales, que independizan e identifican las distintas áreas del derecho, no pueden ser modificadas pues se perdería la naturaleza de ese ámbito del derecho, como lo sucede en este caso con el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional introducido como una nueva modalidad de daño extrapatrimonial *en el ordenamiento civil*.

Como se determina en el artículo “*Cada bien lesionado constituye un daño diferente*” (Ámbito Jurídico: Cada bien lesionado constituye un daño diferente. Comentaristas invitados- Sergio Rojas Quiñones. Profesor de Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana. 26 de marzo de 2015) *Lo preocupante es que la Corte no dimensionó las consecuencias que tendría este radical giro conceptual. En efecto:*

1. *Incorporó un nuevo tipo de perjuicio, con el que modificó sensiblemente la concepción tradicional de la responsabilidad y la acercó al terreno de la sanción, sin el adecuado proceso de legitimación política y legislativa que una decisión de este calado requiere. Esto es aún más grave si se tiene en cuenta que se rompió con una línea jurisprudencial reiterada desde la década de los 40, no obstante el salvamento de voto de tres de los siete magistrados de la Sala y la aclaración de uno de ellos.*
2. *Incurrió en una inconsistencia conceptual. A pesar de que sostiene que este rubro indemniza la sola afectación del interés tutelado –independientemente de la repercusión–, en el caso concreto advierte que no podrá coexistir con otros rubros como los que pretenden la reparación del perjuicio patrimonial. Grave error: si fuera cierto que este es un daño extrapatrimonial autónomo, que repara la mera trasgresión*

del interés constitucional, bien podría concurrir con los perjuicios de estirpe patrimonial, lo que evidencia la incoherencia de la postura.

3. *Se dejan en el aire muchas preguntas. Por ejemplo, frente a lo etéreo de los criterios para determinar los intereses personalísimos dignos de tutela civil, ¿cómo solucionar la disparidad de decisiones que proferirán los jueces en los distintos territorios?, ¿cuántos pagos diferenciados surgirán en casos de violaciones de derechos fundamentales como el derecho a la salud?, ¿qué criterio de vertebración será el definitivo?*

Es decir, que como se mencionó anteriormente en el texto, introduce una modalidad de daño que fácilmente se confundiría con el daño a la vida de relación, el cual tendría repercusiones prácticas que no han sido resueltas por la Corte puesto que en las dos sentencias que tratan el tema solo se ha condenado al pago de daño moral y daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, y no concurre entonces la reparación del daño a la vida de relación. Dicha concurrencia podría generar entonces una doble indemnización en cabeza de la víctima, conforme se podría deducir de la excepción del Consejo de Estado al determinar que solamente procede una reparación económica por este daño si no ha habido una reparación de esta entidad respecto al daño a la salud.

Adicionalmente, y como ya se argumentó, la introducción de esta modalidad de daño extrapatrimonial, es controversial puesto que en ojos de la Corte, la mera infracción de un derecho personalísimo genera la obligación a cargo del agente, de indemnizar. Ello es problemático teniendo en cuenta que tradicionalmente, en la responsabilidad civil, únicamente se indemnizan los daños que han efectivamente generado una consecuencia negativa en la víctima, y esta ha sido demostrada a través de los medios probatorios

pertinentes en cada situación. La indemnización a través de una mera infracción, generaría entonces un cambio radical en las instituciones de este ámbito del derecho.

Por último, se debe considerar entonces, que si bien es necesario que en el Estado Social de Derecho en el que nos encontramos, sean protegidos los derechos fundamentales, en particular los derechos personalísimos, de manera prioritaria, la creación de una nueva categoría de daño extrapatrimonial no es necesaria para su efectiva protección, puesto que en el ordenamiento jurídico civil colombiano, dicha protección está consagrada de manera *abstracta* en todos los ámbitos del derecho, y a través de todo el ordenamiento civil.

En razón a ello, consideramos que para el caso particular del daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional, a partir de su consagración jurisprudencial como una nueva categoría autónoma e independiente del daño extrapatrimonial, si bien evidencia el intento de hacer efectiva la protección a las víctimas en todos los aspectos en los que podrían verse afectadas a través de un daño, extralimita las funciones que los jueces deberían estar realizando al adecuar las instituciones a los cambios históricos, puesto que al modificar los pilares fundamentales de la Responsabilidad Civil en Colombia, podría generar las repercusiones tan graves que han sido mencionadas anteriormente.

Como se evidencia en el salvamento de voto de la renombrada sentencia *“en síntesis, no parece aconsejable que en punto de la protección de los derechos fundamentales se convierta en opción prioritaria una especie de cumplimiento por equivalente proporcionado por la vía de la responsabilidad civil”* (Salvamento de voto. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación: 11001310300320030066001, 2014.).

XII. Bibliografía

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de agosto de 2014). Radicación: 11001310300320030066001 [MP. Ariel Salazar Ramírez]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (13 de mayo de 2008). Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. [MP. César Julio Valencia Copete]
- Corte Constitucional. (26 de junio de 2002) C-489 de 2002 [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional. (20 de febrero de 2008) C-163 del 2008 [MP. Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Constitucional. (7 de julio de 2009) T-439 del 2009. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de septiembre de 2009). Expediente 20001-3103-005-2005-00406-01. [MP. William Namén Vargas]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014). Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referente a reparación de perjuicios inmateriales. [Magistrados: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Enrique Gil Botero, Ramiro Pazos Guerrero, Stella Conto Díaz del Castillo, Hernán Andrade Rincón, Danilo Rojas Betancourth]
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de enero de 2015) Radicación: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016). Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01. [MP. Ariel Salazar Ramírez]

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 1 [Título I]. 2da Ed. Legis.
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 2.2 [Título I]. 2da Ed. Legis.
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 15 [Título II]. 2da Ed. Legis.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convención Nacional. Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del ciudadano. 26 de agosto de 1789.
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 11. **San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.**
- Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 17. 16 de diciembre de 1966.

DOCTRINA

- Zanoni, Eduardo. (2005). Noción del daño. En Zanoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*. (Pp.307-329)Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Díez-Picazo, Luis. (1999) *Derecho de daños*. Madrid, España: Civitas.

- Mazeaud, L., Mazeaud, A. (1977) El daño indirecto. En Mazeaud, L., Mazeaud, A, *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II (pp. 270 y ss.). Buenos Aires, Argentina: Ejea.
- Larenz, Karl. Indemnización del daño causado a un tercero. En Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*. Tomo I. (Pp.307-329) Madrid, España: Revista de Derecho Privado
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. (2001) *Sistema de responsabilidad civil y contractual*. Madrid, España: Dykinson.
- Isaza Posse, María Cristina. (2009) De la cuantificación del daño. En Isaza Posse, María Cristina. *Manual Teórico- Práctico*. (pp. 13-45) Bogotá, Colombia: Temis.
- Martín Casals, Miquel. (2013) *Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y lesiones personales en Europa*, Revista *InDret* 1-48. Barcelona. Recuperado en <http://www.indret.com/pdf/970.pdf>
- Velásquez Posada, Obdulio. *Itinerario Jurisprudencial del Daño Moral en Colombia*, Revista Responsabilidad Civil y del Estado No. 26, p. 65 – 67.

ARTÍCULOS

- Sergio Rojas, (26 de marzo de 2015) Cada bien lesionado constituye un daño diferente. *Ámbito jurídico*.

Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/cada-bien-lesionado-constituye-un-dano-diferente>