

**Daño a los derechos fundamentales en el ámbito del derecho de daños en
Colombia: ¿resarcimiento o prevención del daño?**



Presentado por:
HÉCTOR ANDRÉS HENAO ZULUAGA

Trabajo de tesis para optar por el título de Magister en Derecho Constitucional

Universidad Externado de Colombia
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Constitucional
Bogotá, Colombia
2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hinestrosa Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

**Directora Departamento
Derecho Constitucional** Dra. Magdalena Correa

Director de Tesis: Dr. Diego Moreno Cruz

Examinadores: María Camila Medina García
Carlos López Cadena

TABLA DE CONTENIDO

Introducción		
1.	Algunas diferencias entre el tratamiento de daños graves a derechos de protección especial y daños a bienes jurídicos subjetivos protegidos por la ley.....	7
1.1	Daños a bienes jurídicos subjetivos protegidos por la ley en el ordenamiento colombiano.....	7
1.1.1	Reparación integral vs Supresión del hecho ilícito	11
1.2	Daños graves a derechos de especial protección.....	14
1.2.1	Corte Constitucional.....	14
1.2.2	Sistema Interamericana de Derechos Humanos.....	18
2.	Daño a los derechos fundamentales en la jurisprudencia	24
2.1	Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia	25
2.2	Sección Tercera del Consejo de Estado	29
2.3.	Observaciones acerca de la aplicación del daño a los derechos fundamentales.....	36
3.	Conclusiones	41

Bibliografía

EL DAÑO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE DAÑOS EN COLOMBIA: ¿REPARACIÓN O PREVENCIÓN DEL DAÑO?

INTRODUCCIÓN

En el derecho de daños en Colombia, el debate entorno a la reparación y compensación del daño inmaterial, diferente a la afectación de la esfera interna de la víctima —es decir, el daño moral—, ha sido una materia de constante interés por las altas cortes¹ en el marco del estado social de derecho adoptado en la Constitución de 1991 —inspirado en el paradigma de la constitucionalización del derecho— y el principio de reparación integral del daño.

Un reflejo de lo anterior puede evidenciarse en dos hechos: **i)** la constante revisión por parte de los tribunales, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, de las categorías de daño inmaterial resarcibles en Colombia²; **ii)** la incorporación a sus argumentaciones y operaciones interpretativas asuntos de derechos fundamentales, derecho internacional de los derechos humanos (DDHH) y derecho internacional humanitario (DIH), éste último, en el caso de la Sección Tercera.

¹ Se hace referencia a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (artículo 234 CP) y Sección Tercera del Consejo de Estado (# 1 del artículo 337 CP.).

² Por ejemplo, en el caso de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Desde el año 1993 hasta época reciente ha existido una permanente revisión, respecto al *nomen iuris* de este tipo de daño resarcible y las categorías admisibles. En efecto, en el año 1993 se reconoció por primera vez como daño resarcible el daño fisiológico – vida relación como categoría disímil al daño moral (Sentencia del 06 de mayo 1993 exp 7.428); En el año 2000 se abandonó el anterior concepto adoptándose el nombre de daño a la vida de relación (Expediente 11.842); En el año 2007, mediante la adopción de dos providencias se varió el nombre por el de alteración de condiciones de existencia (Expedientes AG 2003 – 385 y. 15.657.); En el año 2011 la Sala Plena de la Sección Tercera, estableció, mediante un juicio interpretativo de disociación, que las afectaciones a la integridad personal y psicofísica que sufran la víctima serán abordadas mediante el concepto de daño a la salud y, en lo que concierne a violaciones de otros bienes jurídicamente protegidos de la persona, diferente a la integridad física, será abordado con el nombre de bien, derecho o interés legítimo constitucional (Expedientes 19.031 y 38.222) ; En el año 2014, la Sección Tercera expidió un documento con un conjunto de providencias de unificación que fijaron topes indemnizatorios en relación al daño inmaterial, así como precisiones respecto a la tipología del mismo que actualmente se aplica en materia de responsabilidad del estado.

Sobre el segundo supuesto, es conveniente añadir que los enunciados normativos que consagran derechos en alguno de los ámbitos mencionados, a diferencia de las disposiciones legales o con estructura de regla que estipulan el régimen de responsabilidad del derecho de daños, están formulados en términos genéricos, ambiguos e indeterminados; son potencialmente conflictivos, por tanto, el conjunto de técnicas de interpretación aplicables a cada una difieren cualitativamente y, a la luz de las fuentes del derecho, se les reconoce carácter fundamental o superior en relación a la ley.

Bajo el contexto antes descrito, en época reciente, los tribunales de cierre en materia de daños han reconocido, como categoría de daño resarcible, “el daño a los derechos fundamentales”³, el cual, ha generado inquietudes entorno a su compatibilidad con los postulados clásicos del régimen del derecho de daños colombiano, entre otros, el carácter estrictamente indemnizatorio de éste.

En este breve texto se pretende originar alguna inquietud, a partir de un simplificado análisis de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y de la Sección Tercera del Consejo de Estado entorno a, sí el daño a los derechos fundamentales en el ámbito del derecho de daños constituye, en efecto, un daño y, por ende, es susceptible de reparación a la luz de las reglas establecidas en ese régimen o, por el contrario, su propósito, en razón al carácter fundamental y universal que se les reconoce a los derechos fundamentales, solo se encamina a la protección de la dimensión objetiva de los derechos lesionados, de conformidad con los estándares fijados por la Corte Constitucional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los eventos en que se configuran lesiones graves y

³ La Sección Tercera del Consejo de Estado lo denomina como afectación a bienes o derechos convencional o constitucionalmente protegidos (Ver sentencias de unificación topes indemnizatorios en materia de perjuicios inmateriales del 04 de septiembre de 2014). Por su parte la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia lo denomina “daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional” ver sentencia del 05 de agosto de 2014 radicado SC 10297 - 2014. Para efectos del presente trabajo se adoptará el termino daño a los derechos fundamentales para referir a los anteriores conceptos.

definitivas al catálogo de derechos que consagran la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

Como hipótesis se sostiene que existen buenas razones para señalar que el daño a los derechos fundamentales, a diferencia de las categorías de daño resarcibles tradicionales, más que justificar una indemnización en concreto, procura visibilizar conductas o prácticas que comprometen —negativa y gravemente— la vigencia, el ejercicio y eficacia de los derechos cuando son manifiestamente lesionados, por tanto, su tratamiento por parte de los tribunales debería favorecer medidas tendientes a la supresión de la causa que originó su afectación, es decir, que prevengan su ocurrencia ulterior (garantías de no repetición) de conductas que amenacen, atenten o lesionen la dimensión objetiva de ellos, siempre bajo un enfoque de derechos.

Si la anterior afirmación es plausible y demostrable, sería conveniente que los Tribunales examinaran algunos aspectos en su conceptualización y tratamiento como categoría de daño, bajo el entendimiento que reparación y prevención son dos posibles resultados de la responsabilidad.

Para el análisis propuesto, en primer lugar, se ofrecerán algunas diferencias, entorno al tratamiento de lesiones graves de derechos de protección especial frente a daños a bienes jurídicos subjetivos protegidos por la ley en el sistema normativo colombiano. Seguidamente, se procederá al análisis del reconocimiento del daño a los derechos fundamentales por parte de los tribunales objeto de análisis, identificando algunos puntos de convergencia y de diferencia en su tratamiento. Se finalizará con la enunciación de algunas conclusiones.

1. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL TRATAMIENTO DE DAÑOS GRAVES A DERECHOS DE PROTECCIÓN ESPECIAL Y DAÑOS A BIENES JURÍDICOS SUBJETIVOS PROTEGIDOS POR LA LEY.

En este acápite, de manera sumaria, se describirá el régimen normativo del derecho de daños tradicional en Colombia, a partir del estudio del daño como elemento de la responsabilidad civil, sus características y finalidades, haciendo mención tangencialmente algunos planteamientos teóricos entorno a la reparación y supresión del hecho ilícito en esta específica área del derecho. De ahí, se continuará con un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y algunos pronunciamientos proferidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en eventos en que se ha producido una lesión grave y definitiva a un derecho de especial protección, que permita determinar ciertas diferencias en los supuestos en que es lesionado un bien jurídico subjetivo protegido por la ley y cuando la lesión compromete un derecho de especial tuición.

1.1 DAÑOS A BIENES JURÍDICOS SUBJETIVOS PROTEGIDOS POR LA LEY EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.

Las fuentes de las obligaciones —precisa el Maestro Fernando Hinestrosa — pueden surgir, o bien, del acto de disposición de los de los intereses propios (acto o negocio jurídico contrato) o del daño resarcible (delito y cuasidelito; acto ilícito; y responsabilidad). Bajo esa óptica, la responsabilidad ha sido entendida, en sentido amplio, como la obligación de resarcir daños y perjuicios, análisis que debe partir de un hecho constatable: el daño.⁴

No obstante, en el sistema jurídico colombiano no existe una definición precisa y un tratamiento uniforme en relación al elemento daño. Así, lo ha advertido la Corte Constitucional quien ha indicado que, en relación al daño antijurídico, no existe una

⁴ Hinestrosa, Fernando, “Devenir del derecho de daños” en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n° 32, enero-junio de 2017, Bogotá p 5 -26.

definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminados. En la legislación, debe añadirse, tampoco existe una definición expresa y precisa, salvo las referencias que, en las disposiciones que establecen cláusulas generales de responsabilidad, menciona el concepto de daño o perjuicio.

Bajo esas circunstancias, ha sido la jurisprudencia la responsable de fijar reglas en relación al concepto daño.⁶ La jurisprudencia y la doctrina coinciden en resaltar que el sistema normativo colombiano, en materia de daños, es un sistema abierto o, en otros términos, se caracteriza por “*un prudente o razonado*” margen de autonomía en el reconocimiento de nuevas clases de daños.⁷

Como definiciones del daño resarcible se han propuesto, entre otras muchas, las siguientes: **i)** la alteración negativa de un estado de cosas existente;⁸ **ii)** la aminoración patrimonial sufrida por la víctima; **iii)** la afectación negativa de los beneficios que, no se encuentran prohibidos lícitamente por el estado, los cuales constituyen el conjunto de bienes patrimoniales y extrapatrimoniales.¹⁰

En cuanto a las características que deben concurrir para que el daño sea resarcible, se indica que éste debe ser personal, cierto y antijurídico;¹¹ es catalogado como el elemento central de la responsabilidad,¹² si bien necesario para su reparación, no se precisa como suficiente para el nacimiento de la obligación indemnizatoria. Se sostiene que el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁶ Ver Tamayo Jaramillo Javier et all. Nuevas reflexiones sobre el daño, Legis Editores - IARCE 1ª edición, Bogotá, 2017.

⁷ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil sentencias del 13 de mayo de 2008 y del 05 de agosto de 2014, respectivamente. En el mismo sentido ver Gil Botero, Enrique. Constitucionalización del derecho de daños Nuevo Sistema De Daños En La Responsabilidad Extracontractual Del Estado. Editorial Temis, Bogotá, 2014.

⁸ Henao, Juan Carlos. El Daño. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

⁹ Ibidem

¹⁰ Tamayo Jaramillo Javier et all. Nuevas reflexiones op. cit

¹¹ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 25 de abril de 2012 (exp 21861).

¹² Sección Tercera del Consejo de Estado sentencia del 14 de septiembre 2011 (exp 19.031).

última de la responsabilidad civil”, en consecuencia, la función por antonomasia del modelo de responsabilidad civil ha sido concebida estrictamente como reparatoria o indemnizatoria¹³. El objeto de la reparación derivada de la declaratoria de responsabilidad civil, son las consecuencias de la lesión y no la lesión misma. Lo anterior es tratado bajo distinción de daño y perjuicio¹⁴. Se exige demostrar, asimismo, que las consecuencias derivadas de la lesión sufrida por la víctima, en efecto, provienen del mismo daño, aunque el Código Civil aborde de manera confusa la anterior diferenciación.”¹⁵

Ahora bien, entendido el daño como la causa, límite y fundamento preponderante de la obligación reparatoria de los perjuicios que, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad civil le son exigibles al responsable es conveniente destacar algunos planteamientos en las siguientes líneas, respecto al carácter estrictamente resarcitorio que se le atribuye al derecho de daños local, para poder diferenciar dicha cualidad, de la función preventiva que le es reconocida al instituto del derecho de daños, igualmente, que se expondrá más adelante.

Acerca de la lógica del carácter estrictamente resarcitorio del derecho daños, este puede ser resumido en la siguiente regla: La reparación del daño debe dejar indemne a la víctima como si el daño no hubiera ocurrido o, al menos, a la situación más próxima a la que existía antes del suceso. En el caso que la reparación verse sobre lesiones de contenido no patrimonial, el ordenamiento jurídico solamente podrá ofrecer al afectado con el hecho ilícito, una compensación o satisfacción.

Una implicación práctica del carácter estrictamente resarcitorio del derecho de daños consiste en que a la víctima —exceptuando las presunciones legales y

¹³ Jaramillo, Carlos Ignacio, *et al.* Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, 2009.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de casación civil. Sentencia del 12 de junio de 2018 (SC 2107). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona y Consejo de Estado Sección - Tercera sentencias del 14 de septiembre de 2011 MP Enrique Gil Botero (expedientes 19.031 y 38.222).

¹⁵ El profesor Nicolás Polanía Tello destaca que en el Código Civil existen 46 disposiciones que aluden al daño y 120 que se refieren al perjuicio. Ver Tamayo Jaramillo Javier et all. Nuevas reflexiones sobre el daño nota supra 6.

judiciales o de hombre admisibles en el sistema de daños colombiano — le asiste la carga de la prueba, es decir, para el éxito de su pretensión, le corresponde probar los perjuicios efectivamente sufridos, por cuanto los mismos no se aprecian inequívocos *per sé*.¹⁶

Recapitulando lo hasta aquí referido en relación al daño resarcible en Colombia se afirma: **i)** No existe una definición expresa en algún documento normativo respecto al concepto de daño, por tanto, la actividad interpretativa de las cortes ha sido esencial para atribuir significado al concepto. **ii)** Al carecer de una regulación y tratamiento legislativo, se acepta que el derecho de daños adopta un sistema abierto de daños resarcibles, siendo el juez el responsable de colmar dicha deficiencia con su autoridad interpretativa en armonía con lo establecido en el ordenamiento jurídico. **iii)** La existencia del daño es elemento necesario para su reparación, mas no suficiente para el nacimiento de la obligación indemnizatoria. **iv)** Se reparan las consecuencias derivadas del daño producido a la víctima que sean personales, ciertas, directas e ilícitas; **v)** La teleología del sistema de responsabilidad civil en Colombia se dirige a la reparación del daño, es decir, debe procurarse poner a la víctima, en las circunstancias existentes antes de la producción del daño; **vi)** La víctima le asiste la carga de probar, salvo disposiciones especiales, todos los elementos de la responsabilidad civil para exigir la reparación del daño sufrido.

Hechas algunas pocas consideraciones acerca de los rasgos definitorios del régimen de daños en Colombia —pero que se estiman suficientes para los fines del objeto de estudio— a continuación, se resaltarán algunas ideas teóricas en el campo del derecho de daños que distinguen entre la reparación — o función resarcitoria — y la supresión del hecho ilícito o función preventiva.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia –Sala de casación civil. Sentencia del 05 de agosto de 2014 (SC 10297). M.P. Ariel Salazar Ramírez

1.1.2 REPARACIÓN INTEGRAL VS SUPRESIÓN DEL HECHO ILÍCITO

Respecto al concepto de reparación integral, debe advertirse que no existe una definición expresa en la Constitución, empero, este principio ha sido inferido a partir de lecturas sistemáticas de ella¹⁷. *Contrario sensu*, en el plano legal, el artículo 16 de la ley 446 de 1998, estableció como mandato que, en el ejercicio de las competencias jurisdiccionales “*la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”.

En contextos de justicia transicional por violaciones de derechos humanos y conductas proscritas por el derecho internacional humanitario, el legislador adoptó una definición de reparación integral, enunciando sus componentes (artículo 8º L975/05 y artículo 25º L1448/11). En el ámbito internacional la reparación integral por violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario tiene el carácter de fundamental, es decir, es una norma *de ius cogens*.¹⁸

Debe hacerse notar, en gracia de discusión, que entorno a la jerarquía normativa del principio de reparación integral en Colombia, a partir de lo expuesto *supra*, podría predicarse que existirían tres posibles alternativas para el operador jurídico de aplicar el principio de reparación integral, determinándose, previamente, la naturaleza del bien jurídico lesionado, esto es, si la lesión corresponde a un derecho

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 916 de 2001 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18 de 2003 expresó que “el concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens* superviniente, al señalar que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará” (...) El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional -

humano, a un derecho fundamental o a un derecho legal subjetivo, respectivamente, las cuales pueden concurrir en una misma lesión o daño.

En el primer supuesto, el principio tendrá el carácter de norma *ius cogens*. Por el contrario, si la lesión es un derecho fundamental protegido por la Constitución deberá acudir a los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional para determinar su alcance, al no existir un enunciado normativo en ella que consagre la reparación integral como un principio fundamental expreso. Si la lesión se circunscribe a un derecho legal subjetivo, existe una disposición legal que menciona el principio antes en mención, inspirado en un enfoque estrictamente resarcitorio, es decir, tendiente a la corrección de las consecuencias negativas de la lesión causada a la víctima.

Ahora bien, en la doctrina se anota que la reparación del daño las medidas versarán sobre el perjuicio, entendido éste, como una situación de hecho cuya continuación o supresión depende de circunstancias contingentes sobre las cuales el juez no tiene un poder de acción.¹⁹

En el caso de la supresión del hecho ilícito, a diferencia de la reparación del daño, ella es entendida como una situación contraria a derecho sobre la cual se puede actuar, es decir, una situación ilícita que no está irremediablemente agotada frente a las cuales se podrá atacar la fuente de la lesión.²⁰

Se precisa que “*no es lo mismo suprimir el perjuicio, o tomar medidas para que este cese*, es decir, para que el daño no siga propagándose o extendiéndose. Análogamente, no es lo mismo eliminar el perjuicio que suprimir o hacer cesar el ilícito(...) *prevención y reparación son pues dos resultados posibles de la responsabilidad.*”²¹

¹⁹ Jaramillo, Carlos Ignacio, *et al.* Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, 2009.

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibid*

Otro sector añade que la responsabilidad civil no juega un papel meramente subsidiario en cuanto a la supresión del ilícito, pues es apenas lógico que si se quiere reparar el daño o evitarlo, no basta con evaluarlo para producir la respectiva condena pecuniaria, sino que hay que atacar su fuente, la causa eficiente del mismo, por tanto es injustificado predicar una concepción restringida de la responsabilidad como estrictamente resarcitoria,²² toda vez que el proceso de responsabilidad civil debe encaminarse a asegurar la supresión del hecho ilícito, por ello *“la supresión del ilícito, es una consecuencia de la responsabilidad.”*²³

Para concluir esta subsección, se pone de relieve que las acciones o medidas dirigidas a la supresión del ilícito— señala la doctrina— indiferente a la naturaleza del proceso en que se adopten, conducen a un mismo punto de encuentro: la prevención del daño futuro. La supresión del ilícito, en relación al daño efectivamente causado, no lo resarce, pues la medida no actúa sobre el daño mismo²⁴, por tanto, su tratamiento jurídico es autónomo y diferencial en relación al principio de reparación.

Expuestas algunas nociones acerca de daños a bienes jurídicos subjetivos protegidos por la ley en el derecho de daños, a continuación, se analizará someramente el tratamiento de daños graves a derechos de protección especial, a partir de algunos precisos pronunciamientos de la Corte Constitucional y de los órganos de protección que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de manera individual, para identificar algunas reglas entorno al tratamiento de este tipo de daños y enunciar—si existen—diferencias en relación a los daños de bienes jurídicos protegidos por la ley.

²² Ver Bernal Pulido, Carlos. Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho. serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho no. 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018 Capítulo XIII.

²³ Jaramillo, Carlos Ignacio, *et al.* Tendencias de la responsabilidad civil

²⁴ *Ibídem.*

1.2 DAÑOS GRAVES A DERECHOS DE PROTECCIÓN ESPECIAL.

1.2.1 CORTE CONSTITUCIONAL

En el año 2008, la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela²⁵, conoció un caso donde se discutía la vulneración del derecho fundamental a la salud para un menor de edad quien requería con urgencia atenciones en salud. En el trámite de instancia, el menor falleció sin haberse atendido sus solicitudes por la entidad accionada, circunstancia que, en virtud de lo dispuesto en el # 4 del artículo 6º decreto 2591 de 1991, en principio, le impedía pronunciarse de fondo al haberse configurado una carencia de objeto por daño consumado. A continuación, debido a la trascendencia de la decisión, se citarán algunos pasajes de manera extensa.

Sobre la configuración del daño consumado consideró *“que por vía de tutela ya no resulta factible proteger la dimensión subjetiva de los derechos desconocidos, adquiere importancia la necesidad de amparar su dimensión objetiva y, de esta manera, contribuir a realzar la trascendencia que tienen los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano (...) y las obligaciones que respecto de la garantía de protección de estos derechos radican en cabeza de las autoridades como de los particulares (...)”* en razón a que en el sub iudice se configuró *“un desconocimiento, protuberante de derechos constitucionales fundamentales.”*

Precisó el Tribunal que en estos eventos *“no se busca, por consiguiente, reparar el daño que como tal sufre el sujeto con ocasión del desconocimiento de sus derechos constitucionales – para efectos de lo cual existen las acciones pertinentes por la vía ordinaria -. Se pretende, más bien, evitar que estas situaciones de violación protuberante y generalizada de derechos se repitan adoptando medidas que, en suma, pretendan la protección de los derechos constitucionales fundamentales.”* (énfasis añadido)

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 576 de 2008 MP Humberto Sierra Porto.

Destacó el hecho que “los derechos se consignan en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, *pero esto por sí solo no es suficiente*. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas o actuaciones (...) orientadas a *garantizar las condiciones de posibilidad para que los derechos se realicen en la práctica y se asegure su amparo efectivo*.”

Remarcó que “***la responsabilidad que surge a partir del desconocimiento de los derechos constitucionales constituye un novum en la historia colombiana***. No desconoce la Corte Constitucional que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la del Consejo de Estado han contribuido a ampliar el concepto de responsabilidad, pero sólo hasta la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 se hizo patente que los conceptos tradicionales de responsabilidad penal, civil y administrativa no eran suficientes para enfrentar las consecuencias que se derivan del desconocimiento de los preceptos constitucionales y, en particular, de aquellas que se desprenden del desconocimiento protuberante de los derechos constitucionales.”

Anotó que un mismo hecho puede dar lugar a varios tipos de responsabilidades “*sin embargo, dependiendo del terreno de que se trate, se actúa de modo diverso, por cuanto cada uno de esos campos constituye planos distintos del mundo del derecho. (...) Es factible, también, que las consecuencias que se acarreen en cada uno de estas esferas sean distintas*.”

Sobre los derechos dispuestos en instrumentos internacionales de derechos humanos constató que “los derechos consignados en los pactos internacionales también tienen una perspectiva objetiva conectada estrechamente con las finalidades que persiguen estos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos consistente no sólo en reaccionar frente a un estado de cosas imperante – la violación de derechos humanos por parte de los Estados – y sancionar a quienes vulneran tales derechos. ***Estos instrumentos cumplen también un fin protector***.”

Se orientan a prevenir que en el futuro los derechos sean desconocidos, buscan, en otras palabras, que las violaciones no se repitan, que el desconocimiento de los derechos no vuelva a suceder y abarca, en tal sentido, un conjunto de medidas que deben ser adoptadas para **garantizar la plena vigencia de los derechos." (Destacado fuera de original)**

En una sentencia posterior,²⁶ con ocasión de un caso de discriminación por orientación sexual, en el que se alegaba la vulneración de los derechos a la intimidad, honra y buen nombre en el que incurrió una institución educativa contra un adolescente, próximo a concluir sus estudios de bachillerato, que derivó en investigaciones y procesos disciplinarios que llevaron al menor a decidir poner fin a su vida. En el trámite de segunda instancia, surtido previamente a la revisión de la Corte, el *ad quem* revocó el amparo concedido en primera instancia, en razón a la configuración de la carencia de objeto por daño consumado, y existir en curso una investigación penal, situaciones que tornaban improcedente la tutela.

En esa oportunidad el Tribunal, además de conceder amparo la dimensión objetiva de los derechos invocados, indicó que **i)** en un estado constitucional el juez es creador de derecho y tiene la obligación de ir más allá de las ataduras formales que le impone la ley toda vez que las mismas, a pesar de su enorme importancia para la estabilidad del sistema judicial, no tienen la posibilidad de darle al funcionario judicial todos los elementos para resolver los casos. **ii)** El juez constitucional, como defensor de la institucionalidad y el interés colectivo debe anteponer un juicio integral y finalista de las normas constitucionales a cualquier figura procesal para obtener la mejor solución a los casos que se les plantea.²⁷ **iii)** La Corte,

²⁶ Ver Corte Constitucional sentencia T 478 de 2015 MP Gloria Stella Ortiz.

²⁷ La Corte precisó que los procesos ordinarios no son los medios para obtener la reparación de los derechos fundamentales, lo anterior, se debe principalmente a que por sus características particulares, el proceso penal, por ejemplo, se circunscribe a determinar la responsabilidad individual del sujeto acusado de incurrir en un tipo particular, por dolo o culpa según el caso, sin que el juez penal pueda pronunciarse en modo alguno, sobre la responsabilidad eventual de una persona jurídica o sobre la validez o no, desde el punto de vista constitucional, de una actuación institucional (...) el contenido normativo de los derechos fundamentales invocados, excede los restringidos límites que imponen la tipicidad en materia pena. *ibidem*!

complementando lo indicado en el año 2008, destaca otra diferencia entre la reparación de un daño en la justicia ordinaria y la reparación en sede constitucional considerando que, a diferencia de la primera, en la segunda los ciudadanos pueden impetrar ante la jurisdicción constitucional acciones con el ánimo de corregir fallas estructurales y generales que, a su juicio, estén generando un desconocimiento de la Constitución. **iv)** Concluye la Corte que tanto la acción ante la justicia ordinaria como el amparo de tutela pueden concurrir en casos de lesiones graves a los derechos fundamentales que comprometen negativamente su dimensión objetiva exceptuándose de aplicar “la regla de subsidiariedad para limitar el acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional.”²⁸

En síntesis, en relación a la lesión grave de la dimensión objetiva y su restablecimiento en los casos en que se ha causado un daño definitivo a un derecho fundamental la Corte Constitucional ha fijado las siguientes estipulaciones: **i)** la responsabilidad que surge a partir del desconocimiento de los derechos constitucionales constituye un *novum* en la historia colombiana; **ii)** Un mismo hecho puede originar varios tipos de responsabilidad y, dependiendo del terreno de que se trate, se actúa de modo diverso; **iii)** Se busca evitar que estas situaciones de violación protuberante y generalizada de derechos se repitan adoptando medidas encaminadas a garantizar las condiciones de posibilidad para que estos derechos gocen de plena protección; **iv)** uno de los propósitos de proteger la dimensión objetiva de los derechos consiste, no sólo en reaccionar frente a los desconocimientos o vulneraciones de los derechos sino en prevenir que en el futuro los derechos continúen siendo desconocidos o con el ánimo de corregir fallas estructurales y generales que, a su juicio, estén generando un desconocimiento de la Constitución; **v)** No se busca reparar el daño que como tal sufre el sujeto con ocasión del desconocimiento de sus derechos constitucionales **vi)** La protección de la dimensión objetiva, *prima facie*, tiene un carácter compensatorio y no

²⁸ Indica la providencia que “los jueces constitucionales son guardianes de la memoria individual y colectiva de una persona y todos, sin excepción, deben respetar el poder reparador que la misma tiene en momentos trágicos como lo es la muerte de un hijo”.

sancionador, pero se extiende más allá de la mera compensación pues busca prevenir que se vuelva a incurrir en violaciones de ese tipo.

1.2.2. SISTEMA INTERMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

Para abordar el análisis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sucintamente, es conveniente aclarar que, si bien la Corte Interamericana, a partir de la aplicación e interpretación del artículo 63 del Pacto de San José ha acogido un concepto amplio de reparación integral²⁹ de especial importancia para la vigencia y protección de los derechos humanos cuando son seriamente lesionados, para los precisos propósitos de este escrito, el análisis solo se centrará en el estudio de las garantías de no repetición, comprendido en el principio de reparación integral aceptado en el SIDH.

La anterior limitación obedece a que los componentes excluidos del análisis del principio de reparación integral aplicado en el marco del SIDH, en esencia, tienen un componente compensatorio o resarcitorio— por razones que no sería posible exponer acá— por tanto, atiende, en lo general, a los postulados del régimen general del derecho de daños indicados *supra*. No existe la misma claridad alrededor de las garantías de no repetición, debido a que su enfoque, como se sabe, se encamina a prevenir lesiones futuras o a la corrección de patrones sociales, institucionales o culturales de carácter estructural que atentan contra el goce pleno y vigencia de los derechos humanos, recordando que, reparación y prevención son dos conceptos autónomos y resultados posibles de la responsabilidad.

Bajo las anteriores aclaraciones, de manera muy sintética, se procederá al análisis de las garantías de no repetición, inicialmente, a partir del informe publicado

²⁹ El principio aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos está constituido por los siguientes elementos i) medidas compensatorias o indemnizatorias; ii) medidas de rehabilitación; iii) medidas de satisfacción iv) y garantías de no repetición. Corte Interamericana de Derechos Humanos *Masacre de las dos Erres vs Guatemala* sentencia del 24 de noviembre de 2009 serie 221

recientemente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ,³⁰ acerca de las políticas públicas con enfoque de derechos y unas muy breves referencias jurisprudenciales hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORIDH) sobre el tema, para determinar algunas de sus propiedades.

La CIDH resalta que los mandatos del SIDH se han distinguido de otros mecanismos regionales de protección de derechos, al incluir dentro de sus recomendaciones y sentencias, medidas de no repetición que atiendan las condiciones que dieron origen a la violación de derechos humanos en cuestión y que se podrían, por ello, considerarse medidas estructurales en contra de conductas que provocan, permiten o fomentan la violación de derechos humanos en el hemisferio.³¹

La CIDH precisa que el concepto de enfoque de derechos esta sustentado en dos pilares: **i)** el estado como garante de los derechos y sujeto responsable de su promoción defensa y protección y **ii)** las personas y grupos sociales como sujetos titulares de derechos con la capacidad de reclamar y participar en las decisiones públicas.³²

Remarca la Comisión, la relevancia del acceso a los recursos judiciales e idóneos en condiciones de igualdad en los estados, al constituir la primera línea de defensa de los derechos humanos, al ser parte inherente al concepto mismo de derecho y dar sustento a la noción del sujeto de derecho como eje central del enfoque de derechos humanos y brindar insumos para el desarrollo de políticas públicas, bajo

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos 2018.

³¹ Se señala por la CIDH que el informe busca fomentar que los estados no entiendan los derechos como algo complementario a las políticas públicas, por tanto, el enfoque de derechos humanos insta a los estados a adoptar como marco referencial de su actuación a los principios y las normas que reconocen los derechos fundamentales plasmados en tratados, constituciones y normas nacionales. (párrafo 41)

³² La Comisión destaca que en materia de política pública con enfoque de derechos se deben tomar 3 dimensiones, en consideración a la igualdad: deben adoptarse medidas en consideración a la dignidad y derechos de todas las personas en condiciones de igualdad y sin distinción (..) es necesario diseñar un enfoque diferencial y una protección suficiente para garantizar la igualdad sustantiva (párrafo 48)

ese enfoque.³³ Advierte, finalmente, que los mecanismos de reclamo judicial, a su vez, le dan un papel preponderante al poder judicial en materia de políticas públicas con enfoque de derechos humanos. El reconocimiento de derechos que se realice a través de las demandas judiciales así como las medidas de reparación que allí se definan también debe realizarse a la luz de los principios del enfoque de derechos.³⁴

Un ejemplo práctico de esta exigencia, puede apreciarse en la sentencia *defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*³⁵, en el cual la CORIDH conoció el caso de unos defensores de los derechos humanos quienes, en un contexto de hostigamiento y vulnerabilidad existente para los defensores de los derechos humanos en Guatemala, tuvieron que desplazarse hacia otros lugares, forzosamente. La Corte determinó la vulneración de algunos derechos solicitados en la demanda y ordenó su reparación. En el análisis de las garantías de no repetición, la Comisión y los representantes solicitaron que la Corte le ordenara al estado adoptar “*medidas de carácter legislativo, institucional, judicial, orientadas a reducir el riesgo de las defensoras y defensores de derechos humanos.*”

La Corte, accediendo a la solicitud, indicó, sobre el caso concreto que “*con relación a la adopción de medidas para la disminución del riesgo de las defensoras y defensores de derechos humanos, esta Corte estableció que el Estado ha planificado y/o implementado diversas medidas dirigidas a enfrentar dichos riesgos (supra nota 74). Sin embargo, Guatemala no aportó información a la Corte sobre la efectividad de las mismas. En virtud de lo anterior, el Estado debe*

³³ Complementa el órgano internacional afirmando que “Un derecho es tal en tanto y en cuanto sea susceptible de ser exigido y existan las herramientas y los mecanismos que habiliten dicha demanda.

³⁴ Es enfática la CIDH en remarcar que “el reconocimiento y la operacionalización de la potestad de reclamar tienen un papel central al momento de diseñar, poner en marcha y evaluar políticas públicas desde un enfoque de derechos. Esta capacidad no sólo coloca a las personas en un lugar activo en cuanto a la gestión estatal, sino que permite tener información sobre la calidad de las medidas adoptadas, esto es, poder identificar déficits, obstáculos, omisiones, falencias, entre muchas otras cuestiones que alertan sobre la necesidad de corregir o de adoptar medidas que no han sido siquiera diseñadas y/o implementadas

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso defensor de los derechos humanos y otros vs Guatemala. Sentencia del 28 de agosto de 2014 serie 283.

implementar, en un plazo razonable, una política pública para la protección de las defensoras y los defensores de derechos humanos, tomando en cuenta, al menos, los siguientes requisitos:

- *la participación de defensores de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y expertos en la elaboración de las normas que puedan regular un programa de protección al colectivo en cuestión;*
- *el programa de protección debe abordar de forma integral e interinstitucional la problemática de acuerdo con el riesgo de cada situación y adoptar medidas de atención inmediata frente a denuncias de defensores y defensoras;*
- *la creación de un modelo de análisis de riesgo que permita determinar adecuadamente el riesgo y las necesidades de protección de cada defensor o grupo;*
- *la creación de un sistema de gestión de la información sobre la situación de prevención y protección de los defensores de derechos humanos;*
- *el diseño de planes de protección que respondan al riesgo particular de cada defensor y defensora y a las características de su trabajo;*
- *la promoción de una cultura de legitimación y protección de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, y*
- *la dotación de los recursos humanos y financieros suficientes que responda a las necesidades reales de protección de las defensoras y los defensores de derechos humanos.*

En el caso Rosadio Villacencio contra Perú³⁶, respecto a la solicitud de medidas de no repetición formulada en esa ocasión, si bien la CORIDH negó acceder a la misma, enunció tres supuestos en los cuales es posible su reconocimiento, a saber: **i)** cuando las medidas solicitadas guarden un nexo entre las mismas y las violaciones que sean declaradas en la sentencia; **ii)** también pueden ser reconocidas en los casos que se determine la violación del artículo 2 de la CADH, esto es, la obligación de los estados de adaptar sus ordenamientos internos a los preceptos del SIDH para hacer efectivos los derechos contenidos en el Pacto de

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Rosadio Villavicencio vs Perú. Sentencia del 14 de octubre de 2019 serie 388.

San José³⁷ **iii)** cuando se evidencia que las violaciones declaradas tuvieron origen una causa estructural o formaran parte de un contexto general.³⁸

En el caso Bamaca Velasquez contra Guatemala, la CORIDH precisó que las garantías de no repetición “no solo benefician a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes, dicha medida tiene la capacidad de prevenirlos en el futuro”³⁹.

En resumen, a partir de la breve exposición hecha en relación al daño grave a derechos de protección especial, en esta instancia, se plantearán ciertas diferencias respecto al regimen de daños de bienes jurídicos subjetivos legales, a modo enunciativo. En cuanto a los bienes jurídicos subjetivos, cuando estos son lesionados, la ley solo ofrecerá medios circunscritos a resarcir los daños causados a la víctima, en los cuales los tribunales reconocerán, a partir de las categorías de daño aceptadas por cada una de ellas y el cumplimiento de los presupuestos para su configuración, cumpliendo así el principio de reparación integral consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

En el caso de la configuración del daño grave a un derecho de especial protección, como lo indicó la corte constitucional, además de la reparación de los bienes jurídicos subjetivo lesionados, debe ampararse la dimensión objetiva reconocida a ellos, cuya esfera “se extiende más allá de la mera compensación pues busca prevenir que se vuelva a incurrir en violaciones de ese tipo.”

Para clarificar un poco lo anterior, nos apoyaremos en la diferenciación que propone Luigi Ferrajoli⁴⁰ entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales regulados por el derecho privado o de propiedad.

³⁷ Ver, entre otras, Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Castañeda Gutman vs México sentencia del 28 de agosto de 2008.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Rosadio Villacencio contra Perú.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Serie 70.

⁴⁰ Ver Ferrajoli, Luigi. Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis. Editorial Trotta, Madrid, 2016

Sobre los derechos reales de propiedad, explica que ellos son derechos patrimoniales que corresponden a cada uno, con exclusión de otros, y son por naturaleza alienables al ser el producto de actos preceptivos de carácter negocial. Por el contrario, los derechos de libertad y los de autonomía privada, son derechos fundamentales, que corresponden a todos por igual, al ser conferidos de inmediato por normas generales y abstractas.⁴¹ Afirma que un criterio diferenciador sustancial, de carácter lógico estructural, radica en que los derechos patrimoniales son individuales y disponibles, y forman por eso la base de la desigualdad jurídica. Los derechos fundamentales son universales e indisponibles, y forman por eso la base de la igualdad jurídica.

Por último, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como se anotó, se adopta un criterio amplio de reparación integral, incluyéndose, a diferencia de otros sistemas de protección de derechos humanos, garantías de no repetición. Éstas se encuentran dirigidas atender las condiciones que dieron origen a la violación de derechos humanos en cuestión y que se podrían, por ello, considerarse medidas estructurales o con un enfoque de derechos en contra de conductas que provocan, permiten o fomentan la violación de derechos humanos. En estos casos, al igual que la Corte Constitucional, el SIDH exige para los eventos en que se presentan daños graves a derechos de especial protección, deben adoptarse medidas a proteger la dimensión objetiva de ellos, es decir, prevenir daños o violaciones futuras., reiterando que, reparación y prevención son dos resultados posibles de la responsabilidad. Se procede, teniendo en cuenta los anteriores criterios, al análisis del daño a los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado

⁴¹ ibídem

Sección 2ª: EL DAÑO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA.

Previamente al desarrollo de este acápite, se precisa conveniente realizar las siguientes anotaciones: **i)** La Sección Tercera del Consejo de Estado, en su jurisprudencia ha aplicado de manera directa, en virtud de la técnica del control de convencionalidad, disposiciones y jurisprudencia del SIDH para analizar daños en el ámbito de la responsabilidad del estado, adoptando los criterios de reparación establecidos por la CORIDH; **ii)** en algunas ocasiones, ha declarado la lesión a la dimensión objetiva y, de una manera no uniforme, ha adoptado garantías de no repetición a derechos fundamentales; **iii)** en el caso de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, no existe un desarrollo amplio de la categoría del daño a los derechos fundamentales, pero si se han fijado algunas reglas entorno a su configuración, a partir de la interpretación de cláusulas constitucionales; **iv)** su reconocimiento se restringe al reconocimiento de derechos inherentes a la dignidad humana a través de medidas compensatorias o pecuniarias; **v)** es requisito necesario para su configuración, en el caso de la Sala Civil, que exista una consecuencia efectiva derivada del daño para predicar su existencia y su resarcibilidad, de lo contrario, la sola lesión o afectación grave a un derecho fundamental no configura su materialización, en razón a la defensa de la regla de distinción entre daño y perjuicio. **vi)** en los juicios de responsabilidad del estado y de los particulares, como garantías procesales, se encuentran el principio de justicia rogada, el de congruencia y no *reformatio in pejus*.

En coherencia con las referencias hechas, en primer lugar, se abordará el análisis del daño a los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, para continuar con el estudio en la jurisprudencia de la Sección Tercera. Se concluirá este breve estudio, con algunas observaciones entorno a las posiciones de ellas.

2.1 SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Con ocasión de una demanda de casación, la Sala Civil avocó conocimiento de una controversia⁴² derivada de un incumplimiento de un contrato de mutuo entre una entidad bancaria y los demandantes, en virtud del cual aquella, a pesar de la cancelación total de la deuda, los mantuvo de manera injustificada por un tiempo prolongado a cobros permanentes y reportados negativamente en las centrales de riesgo, afectando su buen nombre comercial. Dentro de la demanda se invocó la protección a dicho derecho como fundamental y humano.

En el análisis del cargo cuarto de la demanda de casación, luego de efectuadas amplias consideraciones entorno al daño, sus elementos y el reconocimiento de perjuicios inmateriales en eventos de incumplimientos contractuales, la Corte, abordando la evolución en el reconocimiento del daño no patrimonial, y su tipología, a saber, que el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral “pues pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa— 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*. La Sala Civil, en la providencia en mención, admitió como categoría autónoma de daño no patrimonial en los siguientes términos “*el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales (...) toda vez que la Corte no ha profundizado en su análisis, al no haberse planteado ese asunto en sede de casación*”

A partir de consideraciones entorno a la relevancia y carácter fundamental de los derechos en el marco del estado social de derecho y el bloque de constitucionalidad, resalta la dignidad humana como eje transversal de los demás derechos, sosteniendo que “*El constitucionalismo se convirtió de ese modo en el nuevo*

⁴² Corte Suprema de Justicia – Sala Casación Civil sentencia del 05 de agosto de 2014 (SC 10297 – 2014) MP Ariel Salazar Ramirez.

*paradigma del orden jurídico, cuyo influjo ha repercutido en las demás áreas del derecho positivo, incluido el derecho civil, que **asume ahora un carácter protector de los derechos inalienables** (...)* . Resalta la Corte que “la defensa de las garantías fundamentales, por tanto, no se agota en la jurisdicción constitucional ni se limita al ejercicio de las acciones constitucionales, sino que es el propósito de todo el establecimiento jurídico entendido como un sistema unitario sustentado en el respeto a la dignidad humana.”

Sobre esta nueva categoría de daño, la Sala destacó lo siguiente: **i)** Este nuevo daño se limita exclusivamente a eventos en que 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. **ii)** El daño 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. **iii)** tiene entidad autónoma, ergo, puede coexistir y concurrir con otras categorías de daño no patrimonial. **iv)** La vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio, la vida de relación, o la esfera psíquica o interior del sujeto.

Hace énfasis la Sala Civil en la circunstancia que el juez debe evaluar, en consideración a las demás categorías tradicionales de daño resarcible, si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional 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.⁴³

⁴³ En el caso concreto, en lo que respecta al derecho fundamental al buen nombre, luego de hacer referencia a tratados en materia de derechos humanos y la constitución entorno a este derecho precisa que “*En cuanto al menoscabo del derecho al buen nombre, hay que admitir que el daño se*

En razón al reconocimiento reciente de esta nueva categoría de daño resarcible, no ha existido una aplicación o desarrollo amplio de su alcance e implicación práctica, diferente al resarcimiento, por parte de la Corte Suprema de Justicia que permita realizar análisis con más elementos, no obstante, es notable que, a pesar de no reconocer en su decisión el daño a los derechos fundamentales, en ciertas ocasiones incorpora a su argumentación aspectos de derecho constitucional, a modo de *obiter dicta*. Dos ejemplos para evidenciar esta práctica, uno en materia de libertades religiosas y otro en materia del derecho a la salud.

En sentencia del 07 de octubre de 2015⁴⁴, la Corte desestimó la demanda de casación propuesta por la Diócesis de Líbano Tolima, al haber sido declarada responsable por el acceso carnal en que incurrió uno de sus sacerdotes en contra de dos menores de edad, condenado penalmente. Si bien la Sala Civil no reconoció el daño a los derechos fundamentales — y el foco de interés de la sentencia consistió en el régimen de responsabilidad elegido por la Corte para confirmar la condena a la Diócesis — en la parte considerativa de la providencia expresó que:

*“El daño causado por la iglesia a sus feligreses por delitos sexuales cometidos por sus clérigos repercute gravemente no solo en los fieles **sino en la sociedad entera** — dada la doble dimensión terrenal y espiritual de esta organización —, la reparación del perjuicio(...) tendría que satisfacerse no solo con una compensación de carácter pecuniario, sino, además, **mediante la restitución de todos sus bienes jurídicos constitucional y legalmente quebrantados (...)** Ello en razón de a función que cumple la responsabilidad civil en el orden constitucional vigente, para lo cual vendría bien mandar (...) adopte todas las medidas administrativas y simbólicas que resulten necesarias para reparar el daño causado en su total dimensión, tales como reconocer el daño a la confianza pública, pedir perdón , **adoptar medidas que garanticen la no reincidencia***

configura cuando se demuestra la violación culpable de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 07 de octubre de 2015 (SC 13630 – 2015) MP Ariel Salazar Ramirez.

(...).”⁴⁵. Estas medidas, al no ser casada en la sentencia, no fueron consignadas en la parte resolutive de la sentencia en comentario.

En el ámbito de la salud, en sentencia del 24 de mayo de 2017,⁴⁶ con ocasión de un caso de responsabilidad civil médica en que habría incurrido el médico tratante de la víctima, la Corte destaca en su argumentación que en materia médica, el consentimiento informado se materializa el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental “(...) *en consecuencia, deónticamente, el consentimiento informado en materia de responsabilidad médica, tiene la categoría de principio autónomo. Ello es relevante en tanto al elevar su naturaleza jurídica a la categoría de principio, su alcance normativo cobra efectos interpretativos diferentes en relación (ponderación) con otros principios constitucionales y en la garantía de ciertos derechos fundamentales.*”⁴⁷

Por último se destaca de la posición de la Sala Civil la sentencia del 19 de diciembre de 2018,⁴⁸ en la cual recopiló entre otros temas en materia de responsabilidad, la noción de daño no patrimonial, haciendo amplias consideraciones entorno al concepto de daño vida de relación.⁴⁹ En relación a la rápida ampliación de categorías de daño resarcible, proclama la Sala, la necesidad de ir con prudencia a la hora de implementar o establecer nuevos perjuicios de ese linaje en tanto los mismos no se encuentren técnicamente definidos de modo tal que, más que el bien

⁴⁵ Agrega la Sala Civil que en los casos de abusos sexuales cometidos por clérigos con ocasión de su misión pastoral limitar el alcance de la responsabilidad a un ámbito estrictamente patrimonial refiriera con el ordenamiento constitucional y legal, toda vez que quedarían sin resarcir algunos bienes jurídicos de superior raigambre que inciden, incluso en el orden y moralidad general (...)

⁴⁶ Expediente SC 7110 – 2017

⁴⁷ Sobre el particular la sala invoca sentencias de la Corte Constitucional en relación al carácter fundamental de la historia clínica, como es la C 182 de 2016

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2018 (SC5686 -2018).

⁴⁹ Para destacar se resalta que en dicha oportunidad la Corte precisó que en materia de daño inmaterial además del moral “*hoy en día el daño extrapatrimonial comprende, en la jurisprudencia de esta Sala, el daño a la vida de relación, así como –en forma eminentemente residual- cualquier perjuicio relevante no susceptible de valoración económica y que sufra una persona en sus derechos fundamentales, teniendo cuidado de no incurrir en doble indemnización.*”

directamente afectado, se mire y precise el interés jurídico lesionado (...) pues, *como ya es sabido, la responsabilidad civil es meramente resarcitoria, de modo que no puede convertirse en fuente de lucro para el damnificado ni en factor de expoliación para el dañador.*⁵⁰

2.2. SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Sección Tercera, en el campo del derecho de daños ha sido el tribunal que más ha desarrollado, reconocido y aplicado el daño a los derechos fundamentales a partir de la adaptación de los juicios por responsabilidad del estado en el ámbito local, a las exigencias y estándares internacionales en casos de violaciones a derechos humanos y el derecho internacional.

El anterior enfoque, según la posición de la Sección Tercera, se justifica en razón a que este tipo de casos comprometía potencialmente la responsabilidad internacional del estado en caso de no ser remediadas las violaciones en el derecho interno, razón por la cual, era conveniente prevenir esos escenarios en sede internacional.

Desde el año 2008 la jurisprudencia de la Sección Tercera, en un caso de ejecuciones extrajudiciales, comenzó a señalar que *cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, (...) el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico (...) sino que debe ir mucho más allá*” debido a que *“la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios (...), sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo”*⁵¹

⁵⁰ Precisa la sala que en relación al daño resarcible no es la trasgresión (hecho dañoso) en sí misma lo que se indemniza o sanciona a modo de daño punitivo, sino la lesión antijurídica acreditada y derivada de esa vulneración (lo que propiamente se ha dado en llamar perjuicio).

⁵¹ Consejo de Estado - Sección Tercera sentencias del 20 de marzo de 2008 y 04 de mayo de 20011, respectivamente (exp 17.994 y 19.355).

A partir del precedente citado, la Sección Tercera ha incorporado a la práctica en materia de responsabilidad del estado este enfoque de reparaciones importado del SIDH y otros instrumentos internacionales, el cual, en una primera instancia, fue limitado a casos de violaciones de derechos humanos o afectaciones a derechos inherentes a la dignidad humana — como es la posición actual de la Sala Civil— no obstante, progresivamente ha ampliado extendido su aplicación, a derechos fundamentales⁵², admitiendo, bajo el precedente de la Corte Constitucional del año 2008, reparar en el marco del medio de control de reparación directa, la dimensión objetiva de los derechos .

En efecto, en un caso por una defectuosa atención en salud a una gestante de trillizos, el Consejo de Estado señaló que “cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único.

En esa ocasión, en la demanda no se formularon dichas solicitudes, situación que le impedía, por el respeto de las garantías procesales del demandado, impartir orden alguna. Sin embargo adujo que “el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, ***toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios***

⁵² Consejo de Estado - Sección Tercera - sentencia del 19 de agosto de 2009 (exp 18.364.)

materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado”⁵³

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en el año 2012, declaró la responsabilidad del Distrito de Bogotá por las afectaciones derivadas de los efectos causados por las explosiones en el Relleno de Doña Juana que lesionó intensa y gravemente los derechos fundamentales individuales y colectivos de los habitantes colindantes al deposito de basuras. Destacó en esa oportunidad que *el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños.*⁵⁴

Sobre el derecho colectivo al ambiente sano en conexidad con derechos individuales, señaló que existen dos criterios para su justificación, por un lado, el mencionado *“el criterio de la conexidad, aplicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para señalar que los derechos colectivos o de tercera generación tienen una relación directa con derechos de carácter fundamental, de tal forma que la puesta en riesgo de estos últimos justifica la utilización de acciones de carácter individual; de otro, la llamada vis expansiva de los derechos fundamentales, criterio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para indicar que aún cuando el catálogo de derechos consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos no contemple intereses difusos, éstos pueden ser objeto de protección indirecta, cuando su lesión compromete un derecho individual, que admite una extensión de su núcleo esencial para posibilitar una verdadera tutela judicial efectiva.”*

⁵³ Ibidem

⁵⁴ Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia del 01 de noviembre de 2012. Expediente No. acción de grupo 25000232600019990002 04 y 2000-00003-04. M.P. Enrique Gil Botero.

Destacó en esa oportunidad que “cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión subjetiva u objetiva de un derecho fundamental, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido.” Agregó que “al margen de que la persona sea la titular del derecho subjetivo –en estos escenarios del derecho fundamental gravemente conculcado–(...) *es posible que el juez en estos supuestos en aras de la garantía y amparo del núcleo del derecho afectado proceda a decretar, de oficio, medidas de justicia restaurativa que garanticen la idónea y correcta aplicación del principio de reparación integral contenido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998*”.

En el año 2014 la Sección Tercera emitió un conjunto de sentencias de unificación de manera simultánea entorno a la tipología y cuantificación de los perjuicios inmateriales, para el caso de nuestro interés, el daño a los derechos fundamentales, catalogada como una tercera categoría de daño inmaterial, estableciéndose reglas precisas entorno a su reconocimiento,⁵⁵ aplicación e indemnización, a saber: **i)** se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados **ii)** procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral **iii)** Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y, eventualmente a las indirectas.

En cuanto a sus características, indica la Sección Tercera que el daño a los derechos fundamentales en materia de responsabilidad del estado se entiende: **i)** como un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas, como es la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos. **ii)** Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a los

⁵⁵ Ver Consejo de Estado - Sección Tercera documento unificado de topes indemnizatorios del 04 de septiembre de 2014 .

derechos fundamentales. **iii)** Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, 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 esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

En cuanto a su reparación precisó que **i)** El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos⁵⁶; **ii)** La reparación del daño es dispositiva; ⁵⁷**iii)** es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario y, excepcionalmente con un equivalente de valor; **iv)** es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales; **v)** se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional; **vi)** 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 impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas.

⁵⁶ Preciso la Sección Tercera que La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial

⁵⁷ 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.

Del documento de unificación reseñado, en la sentencia correspondiente al expediente 28.832 la Sección Tercera resolvió la demanda formulada por un ciudadano alemán en situación de discapacidad capturado por las autoridades oficiales por transportar drogas ilícitas. El INPEC, durante su reclusión no le garantizó las condiciones mínimas en consideración con sus circunstancias físicas, causándole graves infecciones gangrenosas.

En esa ocasión la Sala, declarada la afectación grave de los derechos fundamentales, tanto en la dimensión objetiva como subjetiva ordenó, en relación a ésta *“como medida de satisfacción que (...) el INPEC presente al señor Andreas Sholten, por escrito disculpas por no haber garantizado sus condiciones mínimas de existencia, relacionadas con el acceso oportuno a un baño, durante el tiempo en que estuvo recluido en Colombia”*. En relación con la órbita objetiva del derecho fundamental conculcado, la Sala ordenó al INPEC, como medida de no repetición, que, si no lo ha hecho, tenga en cuenta dentro de las políticas de la entidad, la necesidad de habilitar servicios sanitarios adaptados para los detenidos en condición de discapacidad

Se destaca que la Sección Tercera en dos ocasiones⁵⁸ —por casos de defectuoso funcionamiento del sistema de administración de justicia, en los cuales los demandantes perdieron su derecho a la tutela efectiva — ha reconocido a personas jurídicas el daño a los derechos fundamentales en los siguientes términos: *“Sin duda, esa situación generó para los demandantes una afectación al derecho constitucional y convencionalmente protegido a acceder a la administración de justicia. (...) por ello, la Sala ha resaltado que la imposibilidad de obtener resolución judicial del caso constituye un daño, entendido como la transgresión a un derecho constitucional y convencionalmente amparado.”*

⁵⁸ Ver Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia del 02 de mayo de 2016 M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero (exp 37.111) y sentencia del 30 de noviembre de 2017 M.P Danilo Rojas Betancur (exp 42.425)

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2017. Expediente No. 42.425. M.P. Danilo Rojas Betancur.

En una providencia recientes⁵⁹, en relación a la prohibición de tratos dignos y degradantes a los que fue sometido una persona privada de la libertad por parte de funcionarios del INPEC, con fundamento en los criterios expuestos en la providencias del 04 de septiembre de 2014 ordenó, como medidas de no repetición, dentro de un plazo, *“diseñe y divulgue entre los establecimientos carcelarios del país un documento de información y/o capacitación, el cual deberá incluir un análisis de los procedimientos adecuados de requisa que deberán efectuarse a los internos en todos los centros de reclusión, de conformidad con las previsiones trazadas por la Corte Constitucional en sentencia T-848 de 2005, las disposiciones pertinentes de la Ley 65 de 1993 -Código Penitenciario y Carcelario- y las circulares Nos. 035 de 1997 y 023 de 2004 emanadas del INPEC, con el propósito de que se instruya a todos sus agentes acerca de las consecuencias, responsabilidades y sanciones que para el Estado Colombiano representan y/o generan conductas como las que dieron lugar a la formulación de la demanda con que se inició el proceso citado).*

Del análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera, con ocasión del reconocimiento del daño a los derechos fundamentales, que por cuestiones de espacio, no es fue posible comentar en esta oportunidad, se identificaron los siguientes ejes temáticos: **i)** Graves infracciones al derecho internacional humanitario y instrumentos de derechos humanos. **ii)** Garantías judiciales. **iii)** Buen nombre; **iv)** Derechos políticos y Derechos de asociación. **iv)** derecho de menores. **v)** Derecho a la salud. **vi)** Derecho de Propiedad. **vii)** Mujeres. **viii)** Derecho de reclusos. **ix)** Derechos de comunidades indígenas y afrodescendientes. **x)** Derechos humanos y fundamentales de los soldados profesionales y conscriptos en contextos de conflicto armado. **xi)** derechos de comunidades LGTBI y prohibición de discriminación por orientación sexual **xii)** y Derecho a la libertad.

⁵⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 14 de. Marzo 2018 M.P María Adriana Marín (exp 41.548)

Expuesto de manera limitada, un panorama entorno a la aplicación y reconocimiento del daño a los derechos fundamentales en la práctica jurídica colombiana, a continuación, se plantearán algunas observaciones acerca de las posturas de los tribunales estudiados.

2.3. OBSERVACIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL DAÑO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y la posición de la Comisión interamericana de Derechos Humanos, como se anotó, convergen en remarcar que en los eventos en que se configuran graves violaciones a los derechos fundamentales o derechos humanos, además de la reparación personal de la víctima, se deben atender a las condiciones que dieron origen a la violación de los derechos y por ello considerarse medidas estructurales en contra de conductas que provocan, permiten o fomentan la violación de derechos humanos o fundamentales, buscando evitar que estas situaciones de violación de derechos se repitan en el futuro.

Como se anotó, a la luz de la teoría general de la responsabilidad civil, estas medidas son entendidas como una manifestación de la función preventiva del derecho de daños, es decir, como supresión del hecho ilícito, el cual, difiere sustancialmente de la reparación o de la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Ahora bien, en relación a las posiciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia descritas, se identifican algunas similitudes, pero también divergencias en aspectos sustanciales de aplicación, en relación al daño a los derechos fundamentales.

Las posiciones de los Tribunales coinciden entorno a:

i) Debe tratarse de una lesión grave, protuberante o intensa de algún derecho constitucional o derecho humano que comprometa su “dimensión objetiva”⁶⁰ para que se configure el daño a los derechos fundamentales.

ii) La importancia, relevancia y carácter fundamental que tienen los derechos en el estado social de derecho, razón por la cual, cuando son objeto de lesiones graves, la reparación integral, tanto de la dimensión objetiva como subjetiva se torna obligatoria, en especial en el derecho de daños.

iii) El reconocimiento de las propiedades normativas e interpretativas que implica la aplicación de cláusulas que consagran derechos fundamentales o se integran por ministerio del artículo 93 de la Constitución.

iv) No existe un desarrollo jurisprudencial explícito, constante y articulado en el derecho de daños, en los eventos en que se configuran daños a los derechos fundamentales, de atacar las causas que originaron el daño a los derechos fundamentales, bajo medidas de no repetición, tema que ameritaría una atención especial por la justicia ordinaria.

v) Que el daño a los derechos fundamentales reviste de cualidades especiales y discernibles a las categorías tradicionales de daño inmaterial, en cuanto a su dimensión, forma de reparación y argumentación.

En cuanto a su *dimensión*, las categorías tradicionales de daño inmaterial solo conciernen a la esfera subjetiva de la víctima, esto es, al patrimonio de ella, mientras el daño a los derechos fundamentales además de la esfera subjetiva esta constituida por una dimensión objetiva que reviste de trascendencia para su configuración.

⁶⁰ En el caso de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no se menciona de manera expresa la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, empero, de sus consideraciones es plausible extraer algunos rasgos que apuntan a su protección.

En cuanto a la *forma de reparación*, los daños tradicionales se reparan generalmente mediante un equivalente monetario para compensar la lesión a la esfera no patrimonial de la víctima, mientras que en el daño a los derechos fundamentales, además de las medidas de satisfacción o compensación que tiene derecho la persona, su relevancia estriba en la obligación de adoptar las medidas que propendan por la prevención de violaciones futuras de manera estructural, así como las encaminadas a suprimir las causas que lo produjeron, de acuerdo a la Corte Constitucional y los estándares del SIDH.

En cuanto a su *argumentación*, en el caso de los daños tradicionales, su análisis se efectúa en sede legal, es decir, su discusión generalmente versa sobre la configuración del supuesto de hecho que se alega por la víctima para que recaiga en el responsable del daño, la consecuencia jurídica que establece la regla que invoca como fundamento jurídico de su pretensión, siendo un problema, regularmente, de interpretación en concreto. En el caso del daño a los derechos fundamentales, los jueces acuden para su justificación a los principios constitucionales e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en consecuencia, las operaciones interpretativas, los conflictos que potencialmente deberá solventar, la diversidad de los análisis, así como las exigencias argumentativas que deberá superar para su reconocimiento, las cuales, no corresponden a las utilizadas a los daños tradicionales.⁶¹

En cuanto a las divergencias entre los Tribunales se advierte que:

i) Mientras la Sección Tercera habilita que el juez, de manera oficiosa y en cualquier instancia, al constatar una afectación grave a los derechos fundamentales, se pronuncien entorno a él y se adopten todas las medidas tendientes a su reparación integral y supresión del hecho ilícito, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

⁶¹ Algunas peculiaridades del razonamiento e interpretación constitucional, ver Pino, Giorgio. Derechos e interpretación: El razonamiento jurídico en el estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

condiciona su reconocimiento en los casos que expresamente haya sido solicitado en la demanda inicial.

En relación a las posiciones de los Tribunales, se propone como alternativa, la siguiente interpretación: En los eventos en que se comprometa la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, los jueces deberían reconocerlo y repararlo de oficio, debido a que, bajo los postulados constitucionales e internacionales en que se fundamentan, su reparación exige que se efectúe bajo un enfoque derechos, precisando que las medidas de reparación adoptadas en la providencia, no deberían incidir en la obligación indemnizatoria del responsable, salvo que las peticiones hayan sido solicitadas en la demanda, en aras de salvaguardar las garantías procesales del responsable.

ii) La jurisprudencia de la Sala Civil cataloga al daño a los derechos fundamentales como un daño excepcional y subsidiario, mientras el Consejo de Estado no plantea dicha excepción.

iii) En cuanto a la forma de reparación, difieren, en tanto la Sección Tercera privilegia medidas restaurativas y, excepcionalmente dinerarias, mientras que la Sala Civil no tiene dichas exigencias. Se considera que en este aspecto, sería conveniente que su reconocimiento, se limite a las garantías de no repetición bajo un enfoque de derechos.

iv) Se destaca que la Sala Civil circunscribe esta categoría de daño a los bienes inherentes a la dignidad humana, mientras la Sección Tercera, si bien en una etapa inicial limitó su reconocimiento a los derechos humanos, actualmente comprende un catálogo amplio de derechos susceptibles de reparación. En este aspecto, se estima, la posición de la Sección Tercera es más acorde al paradigma constitucional.

A pesar de los puntos de divergencia que tienden a existir entre las posiciones de las Corporaciones, lo cierto es que la aplicación de preceptos constitucionales y de derecho internacional en el ámbito del derecho de daños, ha traído consigo nuevas dinámicas y exigencias argumentativas para los jueces en la práctica, diversas a las que tradicionalmente ha realizado en esta materia. Su desarrollo aun es prematuro, en consideración a su reciente adopción, no obstante, es conveniente propender, a partir de un dialogo jurisprudencial articulado en fijar reglas y conceptos comunes entorno a su configuración, en virtud de la relevancia y el carácter fundamental de los derechos.

No se desconoce que esta categoría de daño inmaterial, en especial, en el ámbito civil, ha sido objeto de importantes críticas, en cuanto a si este daño constituye un *punitive damage*⁶²; se indaga respecto a cuál es su diferenciación con el daño a la vida de relación y, si con esta nueva categoría, se repara el daño en si mismo o sus consecuencias,⁶³ entre otras muchas cuestiones.

A pesar de éstas interesantes censuras, se estima que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el SIDH, el carácter superior, universal y fundamental que se les reconoce a los derechos, a diferencia de los bienes subjetivos protegidos por la ley, el daño a los derechos fundamentales si constituye una categoría autónoma de derechos fundamentales, cuya materialización puede darse con la lesión grave la dimensión objetiva de ellos , caso en el cual, acorde a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deberán adoptar medidas suficientes tendientes atacar las causas que originaron el daño, adoptando medidas tendientes a la prevención del daño, mas que a un reconocimiento concreto de alguna compensación o medidas de satisfacción económicas.

⁶² Rojas Quiñones, Sergio El daño a la persona y su reparación: Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles. Editorial Ibáñez Bogotá, 2015.

⁶³ Ver M'causland , María Cecilia. Tipología Y Reparación Del Daño Inmaterial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015 op cit

CONCLUSIÓN

A partir del análisis sumario del daño a los bienes jurídicos subjetivos de carácter legal y el daño a los derechos de especial protección, se demostró en cuanto a su tratamiento y reparación que existen diferencias importantes, entre otras, para el primer caso, el ordenamiento jurídico solo ofrece medios de resarcimiento y compensación en virtud del carácter estrictamente resarcitorio del modelo vigente.

Por el contrario, respecto al daño a los derechos de especial protección, conforme a la Corte Constitucional y los órganos del SIDH, constituye un *novum* en el derecho colombiano y su tratamiento se encamina, más que a determinar una reparación en un caso concreto — ya que para tal efecto se encuentran las categorías de daño resarcible aceptadas por en el campo de la responsabilidad del estado y de los particulares— procura prevenir y visibilizar, bajo un enfoque de derechos, las violaciones de los derechos humanos y derechos fundamentales, favoreciendo medidas de no repetición, esto es, amparando la dimensión objetiva de los derechos.

Se demostró que las medidas de no repetición, de acuerdo a la distinción teórica entre reparación del daño y la supresión del hecho ilícito, no se dirigen a reparar o resarcir el daño, por el contrario, busca atacar de fondo la causa que originó la lesión, en consecuencia, se pone de manifiesto que reparación y prevención son dos conceptos autónomos y resultados posibles de la responsabilidad.

En cuanto a las posiciones jurisprudenciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Tercera expuestas, respecto al daño a los derechos fundamentales, si bien existe un reconocimiento acerca de la relevancia de los derechos fundamentales por ellas, en el caso de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, las reglas fijadas para su reconocimiento, bajo el principio del carácter estrictamente indemnizatorio, queda latente si dicha postura se encuentra conforme a los criterios y estándares fijados por la Corte Constitucional, en razón a que lo que

se pretende, como se ha señalado reiteradamente en estos escenarios, es prevenir daños de derechos fundamentales al futuro, es decir, adoptando medidas de no repetición, incluso, cuando no se hayan solicitado dichas medidas en la demanda inicial.

En el caso de la Sección Tercera del Consejo Estado, si bien se ha elaborado una línea jurisprudencial tuitiva de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, respectivamente, sería conveniente que existiera un desarrollo mas amplio, explicito y uniforme en relación a las medidas de no repetición bajo un enfoque de derechos, cuando se demuestre la lesión grave a la dimensión objetiva de los derechos de especial protección, ya que no se aprecia un enfoque similar en sus pronunciamientos.

Si todo lo dicho anteriormente es verdadero, se considera que si existen buenas razones para afirmar la tesis que el daño a los derechos fundamentales, además de constituir una categoría autónoma, tiene como propósito principal visibilizar conductas o practicas que lesionan gravemente la dimensión objetiva de los derechos y, bajo la adopción de medidas de no repetición, más que su reparación, se enfoca a la supresión de la causa que originó su afectación, es decir, a prevenir su ocurrencia futura.

BIBLIOGRAFIA

- BERNAL PULIDO, Carlos. derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. escritos de derecho constitucional y teoría del derecho. serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho no. 20. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. 472 p.
- FERRAJOLI, Luigi. Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis. Madrid: Trotta, 2016. 160 p.
- GIL BOTERO, Enrique. Constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá: Temis, 2014. 144 p.
- HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. 343 p.
- HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: negocio juicio vol I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 1204 p.
- HINESTROSA, Fernando. Devenir del derecho de daños. En: Revista de derecho privado. No. 32 (Ene-Jun. 2017); p. 5-26.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: Comentarios críticos sobre jurisprudencia reciente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 102 p.

- NAVIA ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. En: Revista de Derecho Privado. No. 12-13 (Dic. 2007); p 289-306.
- PINO, Giorgio. Derechos e interpretación: El razonamiento jurídico en el estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. 474 p.
- ROJAS QUIÑONES, Sergio. El daño a la persona y su reparación: Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles. Bogotá: Ibáñez, 2015. 424 p.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral: contribución a la teoría del daño extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962. 111 p.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I. Bogotá: Legis, 2007. 1416 p.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, *et al.* Nuevas reflexiones sobre el daño. Bogotá: Legis, 2017. 140 p.
- JARAMILLO, Carlos Ignacio, *et al.* Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, 2009. 624 p.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-842 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-520 de 2012. M.P. María Victoria Calle.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-478 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-905 de 2016. M.P. Alejandro Linares.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 21 de julio de 1922. M.P. Tangredo Nanetti.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 04 de abril 1968. M.P. Fernando Hinestroza.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 05 de agosto de 2014 (SC 10297). M.P. Ariel Salazar Ramírez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 07 de octubre de 2015 (SC 13630). M.P. Ariel Salazar Ramírez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2016 (SC 13925). M.P. Ariel Salazar Ramírez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 24 de mayo de 2017 (SC 7110). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 12 de enero de 2018 (SC 003 – 2018). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 12 de junio de 2018 (SC 2107). M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 17 de julio de 2006. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2018 (SC 5686). MP. Margarita Cabello Blanco.

CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 06 de mayo 1993. Expediente No. 7.428. M.P. Julio Cesar Uribe.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000. Expediente No. 11.842. M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007.
Expediente No. AG 2003 – 385. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008.
Expediente No. 16.996. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008.
Expediente No. 15.657. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2009.
Expediente No. 17.994. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, exp
n.º 18.364. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010.
Expediente No. 18.960. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011.
Expediente No. 17.842. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 04 de mayo de 2011.
Expediente No. 19.355. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 09 de mayo de 2011.
Expediente No. 36.912. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011.
Expediente No. 19.031 y 38.222. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 25 de abril de 2012.
Expediente No. 21.861. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 01 de noviembre de 2012.
Expediente No. acción de grupo 25000232600019990002 04 y 2000-00003-04.
M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2012.
Expediente No. 24.335. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013.
Expediente No. 26.621. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 11 de julio de 2013.
Expediente No. 31.252. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, sentencia del 21 noviembre de 2013.
Expediente No. 29.764. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2014.
Expediente No. 29.280. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 26 de junio de 2014.
Expediente No. 26.029. M.P. Danilo Rojas Betancur.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 26 de junio de 2014.
Expediente No. 24,724. M.P. Danilo Rojas Betancur.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 09 de julio de 2014.
Expediente No. 44.333. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2014.
Expediente No. 31.190. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2014.
Expediente No. 31.190. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014.
Expediente No. 31.250. M.P. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014.
Expediente No. 38.738, MP. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2015.
Expediente No. 29.181. M.P. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 29 de abril de 2015.
Expediente No. 28.019. M.P. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 12 de mayo de 2015.
Expediente No. 41.716. M.P. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO Sección tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2015.
Expediente No. 48.392. M.P. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO Sección tercera. Sentencia del 26 de agosto de 2015.
Expediente No. 37.578. M.P. Carlos Alberto Zambrano.

CONSEJO DE ESTADO Sección tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2016.
Expediente No. 40.744. M.P. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 02 de mayo de 2016.
Expediente No. 37.111. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2016.
Expediente No. 37.866. M.P. Marta Nubia Velásquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 05 de septiembre de 2017.
Expediente No. 38.058. M.P. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2017.
Expediente No. 42.289. M.P. Danilo Rojas Betancur.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 12 de octubre de 2017.
Expediente No. 49.416. M.P. Danilo Rojas Betancur.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2017.
Expediente No. 42.425. M.P. Danilo Rojas Betancur.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 13 de diciembre de 2017.
Expediente No. 41.951. M.P. Danilo Rojas Betancur.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2018.
Expediente No. 41.548. M.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 06 de abril de 2018.
Expediente No. 46.005. M.P. Danilo Rojas Betancur.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 07 de mayo de 2018.
Expediente No. 33.948. M.P. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2018.
Expediente No. 41.273. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2018.
Expediente No. 48.123. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 05 de julio de 2018.
Expediente No. 47.854. M.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 19 de julio de 2018.
Expediente No. 41.392. M.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 30 de julio de 2018.
Expediente No. 41.602 M.P. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 09 de agosto de 2018.
Expediente No. 39.376. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2018.
Expediente No. 45.738. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2018.
Expediente No. 52.746. M.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2018.
Expediente No. 41.009. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2018.
Expediente No. 42.921. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 17 de septiembre de 2018.
Expediente No. 44.526. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 27 de septiembre de 2018.
Expediente No. 41.009. M.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 01 de octubre de 2018.
Expediente No. 43.085. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 01 de octubre de 2018.
Expediente No. 41.526. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2018.
Expediente No. 46.864. M.P. Marta Nubia Velásquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2018.
Expediente No. 43.149. M.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2018.
Expediente No. 53.852. M.P. Marta Nubia Velásquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 06 de junio de 2019.
Expediente No. 48.202. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 14 de junio de 2019.
Expediente No. 46.727. M.P. Marta Nubia Velásquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 25 de Julio de 2019.
Expediente No. 50.622. M.P. Marta Nubia Velásquez.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Políticas Públicas
con Enfoque de Derechos Humanos, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Masacre de las dos Erres vs Guatemala. sentencia del 24 de noviembre de 2009 serie 221

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS caso defensor de los derechos humanos y otros vs Guatemala. Sentencia del 28 de agosto de 2014 serie 283.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS caso Rosadio Villavicencio vs Perú sentencia del 14 de octubre de 2019 serie 388

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS caso Castañeda Gutman vs México sentencia del 28 de agosto de 2008. Serie 184

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Sentencia del 25 de abril de 2000. Serie 70.