

“La tipología de los daños extrapatrimoniales en Colombia: Diversidad de criterios
jurisprudenciales y propuestas de armonización”

TRABAJO DE GRADO



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

ALUMNA: LAURA TORRADO BARRIGA

DIRECTOR: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

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

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

TABLA DE CONTENIDO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL COMO INCENTIVO Y DESINCENTIVO PARA INDEMNIZAR.**
- 3. EL DAÑO**
 - 3.1. CONCEPTO DE DAÑO DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.**
 - 3.2. EL DAÑO COMO REQUISITO PARA QUE SURJA EL DEBER DE INDEMNIZAR EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**
 - 3.3. REQUISITOS DEL DAÑO RESARCIBLE.**
 - 3.3.1. El daño debe ser cierto**
 - 3.3.2. El daño debe ser personal**
- 4. TIPOLOGÍA DE LOS DAÑOS**
 - 4.1. DAÑOS PATRIMONIALES (BREVE REFERENCIA AL DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE)**
 - 4.2. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES (DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DAÑO MORAL Y EL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN)**
 - 4.3. BREVE REFERENCIA A LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**
 - 4.4. EL DAÑO A LOS BIENES PERSONALÍSIMOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL (SENTENCIA DEL 5 DE AGOSTO DE 2014).**
 - 4.4.1. Hechos**
 - 4.4.2. Argumentación desarrollada en el fallo**

4.4.3. Decisión

4.4.4. OBJECIONES A LA SENTENCIA

4.4.4.1.1. Aclaración de voto

4.4.4.1.2. Salvamento de voto

**5. PROPUESTAS INCLUIDAS EN EL PROYECTO DE LEY 122 DE 2015
SENADO**

**6. POSIBLES EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA ESTRUCTURA DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL EN COLOMBIA**

**6.1. RECONOCIMIENTO DE UNA FUNCIÓN SANCIONATORIA PARA
LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

**6.2. ¿ES SUFICIENTE LA LESIÓN A UN DERECHO PARA CONDENAR AL
CAUSANTE A REPARARLO? CONTRADICCIONES
JURISPRUDENCIALES Y POSIBLES EFECTOS.**

**6.3. INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS. UNA MIRADA ECONÓMICA HACIA
LA TIPOLOGÍA DE DAÑOS**

**6.4. ¿ESTÁ LA SOCIEDAD PREPARADA PARA ASUMIR LAS
CONSECUENCIAS QUE ESTOS FALLOS GENERAN?**

7. FORMAS DE REPARACIÓN

8. PROPUESTA PERSONAL

9. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

De antaño el concepto de daño y su estudio ha sido imprescindible para la responsabilidad civil; sin embargo, éste *“ha adquirido una importancia cada vez mayor en los últimos tiempos, al punto que para muchos autores el análisis de ese elemento constituye en la actualidad el tema central de la responsabilidad civil”*¹ y existe la tendencia de reemplazar el término “responsabilidad civil” por el de “derecho de daños”. Esto se debe al mayor reconocimiento que en la actualidad recibe el valor de la persona y a las reivindicaciones que a favor de las víctimas se han dado en los diferentes estatutos constitucionales, lo que ha desencadenado en una ampliación de la tutela a favor de las víctimas en la responsabilidad civil. En este sentido, la jurisprudencia ha adquirido cada vez más importancia al ser la encargada de actualizar el contenido del sistema de daños en la responsabilidad civil, particularmente en lo relativo a la tipología de los daños extrapatrimoniales, los cuales no se encuentran definidos por la ley y exigen un constante análisis en comparación con el ordenamiento superior y sus modificaciones para evitar que la clasificación se quede corta en el reconocimiento de los derechos o que se desborde en esta labor.²

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

² Édgar Cortés en su escrito *“Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente”* reconoce que *“la responsabilidad se ha revelado como una materia en esencia jurisprudencial, que afina y define sus términos en la resolución continua del caso concreto, lo que ha llevado a que en uno y otro tipo de sistema el problema actual sea el mismo, esto es, el de la definición y contención de los daños resarcibles.”*

La constitucionalización³ del derecho civil ha generado una reinterpretación de sus pilares esenciales, como lo son la propiedad, los contratos y en lo que interesa a este escrito, la responsabilidad civil. A la propiedad se le otorgó expresamente una función social por parte de la Constitución Política⁴, el contrato se tomó como un *“instrumento útil en aras de la realización de un proyecto social requerido por el Estado: la regulación del mercado y la protección de todos aquellos que puedan considerarse como parte débil,”*⁵ y en el ámbito de la responsabilidad civil, se identificó a la víctima con la parte débil de la relación, y sobre ella se centró toda la atención para lograr una reparación adecuada.⁶ De esta forma, se adoptó el principio de *“favor victimae, conforme al cual las dudas que puedan surgir a la hora de establecer la dimensión de la reparación han de resolverse en beneficio de quien injustamente sufrió el daño”*⁷, pues de no hacerse de esa forma, se restringiría la indemnización de quien sufrió el daño, atentando contra la equidad y la reparación integral, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia que amparándose en la protección de

³ Jorge Parra Benítez. *La constitucionalización del Derecho privado en Colombia*. En Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo. Tomo II. Pág 1282 El autor define la constitucionalización como una *“<<invasión>> por parte de las disposiciones y principios constitucionales, en el ordenamiento infraconstitucional, en su promulgación, en su interpretación, y en su aplicación y vivencia, como consecuencia inevitable de la fuerza normativa de la Constitución. Es una transformación de un ordenamiento, siendo característico que la Constitución sea capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.”*

⁴ El inciso segundo del artículo 58 de la Constitución Política de 1991 establece que: *“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.”* La función social de la propiedad se encuentra elevada a rango constitucional desde 1936.

⁵ Édgar Cortés. *Constitución y Responsabilidad Civil. Una relación ambivalente*. Revista de derecho privado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006. Pág 172

⁶ *Ibíd.*

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de abril de 2009. M.P Cesar Julio Valencia Copete.

las víctimas, ha reconocido nuevas tipologías de daños extrapatrimoniales. Esta categoría ha facilitado ese desarrollo jurisprudencial por su carácter abstracto y subjetivo, lo que no sucede con los daños patrimoniales que se encuentran claramente determinados y no son objeto de interpretaciones o controversias.

En la actualidad, el principal reto al que se enfrentan los jueces, en relación con los daños extrapatrimoniales, consiste en satisfacer las necesidades que las nuevas tendencias constitucionales y sociales les imponen y, al mismo tiempo, cumplir con los postulados medulares de la responsabilidad civil, como lo es el principio de la reparación integral. Dicho axioma del derecho de daños exige que se indemnice omnicomprendivamente el daño, sin exceder la medida del mismo, para evitar un enriquecimiento injustificado en cabeza de la víctima. En este sentido, la labor de los jueces al reconocer nuevos tipos de daños o dotar de un contenido diferente a los ya existentes, debe ejercerse con extrema cautela para evitar situaciones en que las víctimas resulten desprotegidas u obtengan un beneficio indebido derivado de la indemnización decretada a su favor.

Con esta finalidad, es prudente analizar en primera medida el concepto de daño y las tipologías que se han adoptado por la jurisprudencia en Colombia; seguidamente, dar una mirada particular a las decisiones judiciales que reconocen nuevos tipos de daños, para así examinar el efecto que dichas providencias tienen en la economía y en la sociedad, pues con ellas se incentivan ciertos comportamientos, que deben ser valorados por los jueces y el legislador, en la oportunidad en que se tome la decisión de regular la materia, para valorar si estos son o no deseables.

Tanto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia como la Sección Tercera del Consejo de Estado han reconocido que la víctima de afectaciones a derechos constitucionales sufre un daño extrapatrimonial que debe ser indemnizado. Sin embargo, la jurisprudencia de una y otra Corporación, en el proceso de reconocimiento de este tipo de daño, ha recorrido caminos diferentes. Esta situación ha generado grandes inquietudes en la doctrina, pues es necesario que los giros jurisprudenciales se produzcan de forma ponderada y con un análisis esquemático, de las causas que sirven de base a dichas decisiones, y de las consecuencias que con ellas se pueden generar. Es por esto que el presente escrito estudiará de forma general el camino recorrido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con el reconocimiento de los daños extrapatrimoniales, y particularmente el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, para determinar las ventajas y riesgos que este reconocimiento genera en el derecho civil y en la sociedad. Dicho análisis se realiza con la finalidad de generar unas bases para la toma de decisiones futuras o, incluso, servir de insumo en el escenario de formulación de una nueva legislación en la materia. Si bien el estudio se centra principalmente en las providencias proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, debido a sus valiosos aportes e influencia, no se pueden dejar de lado los pronunciamientos del Consejo de Estado en la materia.

2. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL COMO INCENTIVO Y DESINCENTIVO PARA INDEMNIZAR.

El principio de reparación integral, orientador de todo proceso en el que se estimen perjuicios, ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia colombiana, particularmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual lo adoptó con anterioridad a su consagración legal. El reconocimiento legislativo de este principio tuvo lugar con la expedición de la Ley 446 de 1998 que en su artículo 16, derogado por el artículo 283 del Código General del Proceso, estableció que: “[e]n todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.” Esto indica, como lo ha reconocido la Sala de Casación Civil, que la víctima de un daño debe ser reparada omnicomprensivamente⁸, sin que la indemnización pueda constituir fuente de enriquecimiento para ella, de tal forma que “*el ideal es un régimen de reparación de daños en que el perjudicado ni resulte más pobre ni más rico de lo que sería sin el hecho dañoso.*”⁹ En este sentido, el juez debe enfrentarse a diferentes cuestiones trascendentales al valorar los perjuicios causados a una persona; se enfrenta ante la clasificación de los perjuicios y la reparación que le corresponde a cada categoría, “*todo lo cual debe estar informado por el principio de reparación integral, que impone considerar más que las*

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1998. M.P. Rafael Romero Sierra.

⁹ Jorge Santos Ballesteros. Responsabilidad Civil. Tomo 1. Ed. Temis, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia 2008. Pág. 341.

simples proyecciones patrimoniales o materiales del hecho ilícito, es decir, tomar a la persona de la víctima como compleja realidad biológica, social y espiritual.”¹⁰

Así las cosas, este principio exige al juez una especial cautela, pues debe garantizar que, una vez concedida la indemnización, el damnificado quede íntegramente reparado como si el daño no hubiere ocurrido, o en la situación más cercana a aquella en la que se encontraría de no haberse causado el perjuicio¹¹. Así entendido este principio, se encuentra que el mismo, por un lado, incentiva al juez a indagar por todos los efectos nocivos que un hecho haya causado en la víctima para lograr una indemnización omnicomprendiva, y por el otro, prohíbe que la indemnización constituya una fuente de enriquecimiento para aquel que sufre el daño, pues de ser así se estaría en el campo del enriquecimiento sin causa¹², figura que es independiente y autónoma de la responsabilidad civil y se deriva de la prohibición de “*enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”¹³. Esta prohibición ha sido reafirmada por la Corte Suprema de Justicia, y se encuentra plasmada en el artículo 831 del Código de Comercio Colombiano.¹⁴ En consecuencia, la reparación de perjuicios ordenada,

¹⁰ Milagros Koteich Khatib. *La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Pág 18.

¹¹ Juan Carlos Henao. *El Daño*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2007.

¹² El profesor Jorge Cubides Camacho establece que “[e]l enriquecimiento sin justa causa constituye uno de los hechos con virtualidad para obligar más importantes dentro del derecho moderno. Hay enriquecimiento sin justa causa cuando se presenta el aumento de un patrimonio a expensas de otro, sin que medie causa jurídica que lo justifique.” Jorge Cubides Camacho. *Obligaciones*. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2010. Pág 309.

¹³ Jorge Cubides Camacho. *Op. Cit.* Pág. 310

¹⁴ El enriquecimiento sin causa es una fuente de las obligaciones reconocida por el ordenamiento jurídico colombiano y en particular por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencias 19 de noviembre de 1930, 10 de diciembre de 1999, 28 de agosto de 2001 y 7 de junio de 2002, entre otras), pues, en virtud de la equidad una persona no puede incrementar su patrimonio a expensas del

debe tener correspondencia directa a la magnitud del daño y dicho límite no puede ser superado, tal y como lo ha reconocido, entre otras, la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 2013.

Corolario de lo anterior, el principio de reparación integral orienta al juez para que ordene la indemnización de todos aquellos perjuicios que sean causados a la víctima, a su vez que limita dicha iniciativa, pues prohíbe que se condene al causante del daño, o a quien por él deba responder, a pagar un monto que sobrepase los perjuicios realmente causados, so pena de generar situaciones reprochadas por el ordenamiento. En consecuencia, es posible afirmar que el principio de reparación integral es bifronte, pues actúa a la vez como un incentivo y un desincentivo para ordenar indemnizaciones a favor de las víctimas, lo cual no es trabajo fácil, pues demanda del juez actuar con inmenso rigor.¹⁵

empobrecimiento de otra, sin que exista una causa legal o contractual que justifique el respectivo desplazamiento patrimonial.

¹⁵ Mario Luis Vivas. *Los Sistemas de Indemnización en el Código Civil Argentino: El mito de la reparación integral y la indemnización tarifada.*

3. EL DAÑO

3.1. CONCEPTO DE DAÑO DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.

El daño como elemento fundamental para que surja la obligación indemnizatoria, ha sido definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia como *“la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico”*¹⁶. Por su parte, en la doctrina, el profesor Jorge Santos Ballesteros define el daño como *“[l]a alteración o modificación de una situación favorable [que] en lo fundamental se configura como la lesión que un sujeto sufre en un interés jurídicamente protegido por la ley”*¹⁷ y asevera que dicho interés puede recaer sobre bienes patrimoniales o no patrimoniales. A este respecto, es pertinente hacer una aclaración preliminar, pues se considera que si bien los intereses pueden recaer sobre bienes patrimoniales o no patrimoniales, lo que determina si el daño es patrimonial o extrapatrimonial es la proyección que el interés mismo puede tener en la vida de quien sufre el daño, y no el bien jurídico sobre el que recae.¹⁸ Esto se profundizará al momento de analizar las tipologías de daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas.

¹⁷ Jorge Santos Ballesteros. Responsabilidad Civil. Tomo 1. Ed. Temis, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia 2008. Pág. 337.

¹⁸ Eduardo A. Zannoni. El daño en la responsabilidad civil. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2005. Pág 52.

De esta forma, el vocablo daño en sentido jurídico “*es apto para designar todo menoscabo patrimonial e, incluso no patrimonial*” que sufre una persona y éste “*puede asumir distintos contenidos (...) pero en todo caso su denominador es común: menoscabo o pérdida*”¹⁹ lo cual exige que se verifique una repercusión desfavorable en cabeza de la víctima. En cuanto al objeto del daño, se encuentra que es un interés individual²⁰, que se ve lesionado o disminuido y quien se considera víctima o damnificado, forzosamente debe probar que el “*menoscabo afecta, imposibilita, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos (en sentido lato) sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar.*”²¹ Por consiguiente, una vez probada la afectación en la facultad de actuar del damnificado, es esta la que determina la medida de la responsabilidad en cabeza del agente dañador y consecuentemente, la medida de la indemnización que debe recibir la víctima como resultado de haber sufrido ese daño²².

Zannoni define el interés jurídico –entendido como el objeto del daño– como el “*poder de actuar, reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción (en cuyo caso se alude a un interés legítimo que es contenido de un derecho subjetivo), o, por lo menos, una expectativa lícita a continuar obteniendo el objeto de satisfacción (al que se ha denominado ‘interés simple’, si esa expectativa no es sustento de un derecho subjetivo).*”²³

¹⁹ Eduardo A. Zannoni. El daño en la responsabilidad civil. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2005. Pág 49.

²⁰ Adriano De Cupis. El Daño. Ed Bosch. Barcelona, España. 1996. Pág. 107.

²¹ Eduardo A. Zannoni Zannoni. Op. Cit. 50.

²² Jorge Cubides Camacho. Obligaciones. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Sexta edición. Bogotá, Colombia. 2009. Pág 301.

²³ Eduardo A. Zannoni Zannoni. Op. Cit. Pág 51.

De esta forma, el daño es el detrimento real de un interés protegido por el ordenamiento, la perturbación que sufre un sujeto en su facultad de actuar dentro de su esfera personal y se manifiesta como una consecuencia negativa en cabeza de quien lo ha sufrido. Sin embargo, esa lesión no puede consistir en cualquier clase de molestia o dificultad, pues es evidente que la convivencia en sociedad genera incomodidades que deben ser soportadas por quienes viven en ella. En virtud de lo anterior, el daño debe tener una entidad suficiente para evitar que se active la jurisdicción por molestias intrascendentes para el ordenamiento jurídico.²⁴ En cada colectividad se generan diferentes incomodidades, pues es claro que en una sociedad de bienestar, en la cual todas las necesidades básicas se encuentran satisfechas, las molestias o perturbaciones que se deben soportar son mucho menores que las que se presentan en aquella donde una parte considerable de la población las tiene cubiertas. De esta forma, estas condiciones se deben valorar al momento de examinar la gravedad del daño.

3.2. EL DAÑO COMO REQUISITO PARA QUE SURJA EL DEBER DE INDEMNIZAR EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El daño como presupuesto esencial de la responsabilidad civil es uno de los elementos fundamentales que deben ser probados para que se genere en cabeza del agente dañador, o de quien por él deba responder, una obligación indemnizatoria. La legislación colombiana lo contempla en el artículo 2341 del Código Civil, el cual consagra que “[e]l que ha cometido un delito o una culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la

²⁴ Esto es reconocido por cuando analiza los perjuicios que se pueden producir como consecuencia de las relaciones de vecindad, pues considera que para que los mismos deban ser reparados, es necesario que estén dotados de cierta gravedad. Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2009.

indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido.” De esta forma, el daño es el primer elemento que debe ser estudiado por el juez en el proceso de responsabilidad²⁵, pues si no se verifica su real existencia no existe motivo para continuar con el análisis de la responsabilidad civil.

De tiempo atrás, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que *“dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria.”*²⁶ En este sentido, el daño forzosamente debe ser probado por quien lo sufre para que pueda prosperar la acción indemnizatoria, salvo en los eventos en que la ley o la voluntad de las partes establezcan excepciones.²⁷

Dice Juan Carlos Henao que la razón de ser de este requisito y su importancia es lógica, pues si alguien no ha sufrido un daño, no debe verse beneficiado por una condena que produciría un enriquecimiento injustificado. Es así, como el daño es el origen mismo de la reparación y ésta es el propósito fundamental que tiene la responsabilidad civil, de manera que el análisis del daño es ineludible en el estudio de la responsabilidad civil, y el

²⁵ Juan Carlos Henao. Op. Cit. Pág 35.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968. M.P Fernando Hinestrosa.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

contenido que al vocablo “daño” se le asigne, repercute en todo el sistema de responsabilidad civil.

3.3. REQUISITOS DEL DAÑO RESARCIBLE.

Es comúnmente aceptado que un perjuicio para ser indemnizado, debe ser cierto, personal de quien reclama y que resulte de la lesión de un interés legítimamente tutelado. La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que “[e]n todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del que se demande, para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio.”²⁸ También hay quienes afirman que el daño adicionalmente debe ser directo, pero esta característica obedece a otra etapa de estudio de la responsabilidad civil; si el mismo es directo o no, no es asunto de los requisitos propios del daño como tal, sino que hace parte del análisis de la causalidad, la cual también debe ser probada dentro del proceso pero de manera independiente al daño.²⁹

3.3.1. El daño debe ser cierto

Todo daño indemnizable debe ser cierto, esto es, que exista realmente o se tenga un alto grado de convicción de que existirá, pues las meras expectativas no son indemnizables en el ámbito de la responsabilidad civil, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de marzo de 1941. M.P. Hernán Salamanca.

²⁹ Javier Tamayo Jaramillo. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo 2. Ed Legis. Segunda edición. Bogotá, Colombia. 2007. Pág. 336.; Juan Carlos Henao. Op. Cit. Pág 87.

de manera reiterada y uniforme.³⁰ “*Daño cierto equivale a daño existente, daño no imaginado y que tiene consistencia. En definitiva a daño que se puede probar. Cuando un daño no se prueba como cierto no es reparable.*”³¹ La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “[l]a *certidumbre del daño (...)* es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no contingente o hipotética.”³² Así que la certeza del daño implica que el detrimento o menoscabo al interés tutelado por la ley, tenga una ocurrencia tangible, verídica y demostrable.³³

Desde la óptica opuesta, la doctrina en varias oportunidades se ha aproximado al requisito de la certeza del daño como contraposición de lo eventual o hipotético, es decir, desde el antónimo de la palabra.³⁴ A ese respecto, López Mesa apunta que el “*daño cierto es aquel cuyo acaecimiento no es conjetural o dudoso, sino demostrable en cuanto a su existencia y extensión.*”³⁵ Este autor también examina las posibles consecuencias de aceptar la reparación de un perjuicio hipotético o eventual, e indica que aunque pueda llegar a causarse en el futuro, conceder la indemnización de un perjuicio hipotético constituiría un enriquecimiento sin justa causa para la víctima, y no habría motivos para desgastar la

³⁰ Marcelo J. López Mesa. Elementos de la Responsabilidad Civil. Pág 66.

³¹ Marcelo J. Lopez Mesa. Op. Cit. Pág 66. Citando a Elena de Vicente.

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2010. M.P William Namén Vargas.

³³ En este sentido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias oportunidades: 15 de marzo de 1941, 9 de septiembre de 2010, 29 de abril de 2016..

³⁴ Juan Carlos Henao. Op. Cit. Pág 129.

³⁵ Marcelo J. López Mesa. Op. Cit. Pág. 66.

justicia reparando meras expectativas.³⁶ De esta forma, es evidente que el perjuicio, como detrimento o menoscabo de un interés legítimo, debe ser probado sin importar que el mismo sea presente o futuro³⁷, pues en ambos casos es posible verificar, al menos con un alto grado de certeza, su existencia.

Es prudente mencionar que la certeza, como requisito necesario para proferir una sentencia condenatoria, se predica del perjuicio sufrido como consecuencia del hecho lesivo del demandado, pero no necesariamente de la extensión del daño, pues no siempre es posible probar su extensión o cuantía y el juez no está facultado para proferir sentencia absolutoria si exclusivamente argumenta que no se probó extensión del daño. En estos casos el juez, en virtud del principio de reparación integral, está facultado para acudir a la equidad como criterio orientador³⁸ que le ayude a determinar la extensión del perjuicio.³⁹

3.3.2. El daño debe ser personal

Como segundo requisito o elemento, se ha dicho que el perjuicio debe ser personal, esto es propio de quien lo reclama en el juicio de responsabilidad. En consecuencia, nadie puede formular en sus pretensiones la reparación de daños sufridos por terceros, aunque los daños del tercero y los propios se deriven del mismo acontecimiento.⁴⁰ Sin embargo, cabe precisar

³⁶ Marcelo J. López Mesa. Op. Cit. Pág 67.

³⁷ La certeza del daño futuro depende “*de las probabilidades futuras de ocurrencia del mismo (...) Si se encuentra que es muy probable ocurra o se prolongue se tendrá por cierto. De lo contrario será eventual y conjetural.*” Juan Carlos Henao. Op. Cit. El Daño. Pág. 136.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de noviembre de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

³⁹ Javier Tamayo Jaramillo. Op. Cit. Pág 338.

⁴⁰ Marcelo J. Lopez Mesa. Op. Cit. Pág 69

que esto no implica que se prohíba la representación legal o judicial, ni la acción hereditaria, pues una persona puede solicitar que se le reparen sus propios daños y los de sus hijos a los cuales representa legalmente por ser ellos menores de edad, por ejemplo, como el heredero puede reclamar su derecho propio y el que tenía su causahabiente como consecuencia del hecho dañoso.

El carácter personal de daño no implica que únicamente la víctima directa o sus familiares puedan ser destinatarios de la indemnización de perjuicios. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de julio de 1945 analizó este requisito a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil y estableció que se encuentra legitimado para actuar *“todo aquél al que el delito o la culpa haya inferido daño”*⁴¹. En la providencia citada, la Corte señaló que en caso de muerte, quienes están facultados para solicitar la indemnización son todos aquellos que puedan probar que sufrieron un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial como consecuencia del fallecimiento, sin reducir los legitimados exclusivamente a sus familiares cercanos. En consecuencia, *“[d]e un lado, la víctima directa puede cobrar sus propios perjuicios morales, su propio daño emergente, generado por gastos médicos, clínicos, etc., y también el lucro cesante (...)”*⁴², y por el otro, sus familiares o aquellas personas que se vean afectadas por dicha situación, también pueden reclamar sus propios perjuicios extrapatrimoniales y patrimoniales, siempre y cuando los prueben satisfactoriamente en el marco del proceso.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 15 de julio de 1949. M.P. Belisario Agudelo D.

⁴² Javier Tamayo Jaramillo. Op. Cit. Pág 439.

La única limitación que existe en la legitimación para reclamar un daño es “*la prohibición de indemnizaciones de daños a bienes o la pérdida de ingresos que tengan por origen recursos ilegales del demandante.*”⁴³ De esta premisa algunos derivan un tercer elemento que debe contener el perjuicio para ser indemnizable, y este es que el beneficio o interés afectado por el daño debe ser lícito⁴⁴. No obstante, se aceptan como requisitos principales el carácter de cierto y personal del perjuicio para ser indemnizable, pues es claro que un interés ilícito no es objeto de tutela jurídica en el ordenamiento colombiano, de forma que incluir el tercer requisito sería innecesario.

⁴³ Juan Carlos Henao. Op. Cit. Pág 101.

⁴⁴ Javier Tamayo Jaramillo. Op. Cit. Pág 440.

4. TIPOLOGÍA DE LOS DAÑOS

Como se anunció previamente, la clasificación de los diferentes perjuicios se hace teniendo en cuenta la esfera en que se proyecta el interés afectado por el daño y no el bien jurídico sobre el cual recae dicho interés. Al respecto, Zannoni afirma que *“es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien, u objeto de satisfacción, que ha sufrido menoscabo”*⁴⁵ y asevera que aunque el interés jurídico se refiere a una facultad de actuar en relación con bienes jurídicos, por medio de los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales se pueden satisfacer tanto intereses patrimoniales como extrapatrimoniales.⁴⁶ Por ejemplo, la pérdida de un carro antiguo en principio afecta económicamente a su dueño, pues es un bien cuantificable en dinero y su destrucción genera una pérdida económica. Sin embargo, tal acontecimiento también puede menoscabar a su titular en su esfera espiritual o afectiva, pues el bien podía tener un significado emocional para su titular bien sea por haber pertenecido a tres generaciones de su familia, o por haberlo conseguido con el mayor esfuerzo de su vida. De esta forma, si se afecta un bien jurídico, lo que interesa para determinar el daño es la proyección de los intereses que pueden recaer sobre el bien porque, como el ejemplo lo demuestra, al vulnerar un bien jurídico se pueden quebrantar distintos intereses.⁴⁷

⁴⁵ Eduardo A. Zannoni. Op. Cit. Pág 52.

⁴⁶ Eduardo A. Zannoni. Op. Cit. Pág 53.

⁴⁷ Hugo A Acciarri resalta que una de las posibles aproximaciones hacia la distinción del daño patrimonial y el extrapatrimonial se basa en que la diferencia no reposa en *“el bien sobre el cual recae el menoscabo, sino las consecuencias de esa afectación sobre distintas esferas de la persona: si inciden en su esfera patrimonial, se tratará de daño patrimonial y si lo hacen sobre la esfera extrapatrimonial, de un daño de esa naturaleza. Ello con independencia de que el bien afectado pueda ser considerado patrimonial o no.”*

Los daños patrimoniales generan una reacción del ordenamiento de naturaleza meramente indemnizatoria, mientras que los extrapatrimoniales dan lugar a medidas compensatorias o satisfactivas, debido a la dificultad en la cuantificación económica del perjuicio padecido por la víctima.⁴⁸ En este sentido, la reacción indemnizatoria del ordenamiento busca dejar indemne a la víctima, lo cual implica dejarla libre o exenta de daño, tal y como lo reconoce la RAE. En cuanto al carácter satisfactivo de las medidas compensatorias, como su nombre lo indica, buscan desagaviar en la medida de lo posible a la víctima, pero no logran eliminar el daño por ser intangible.

Los daños patrimoniales, por disposición expresa del artículo 1613 del Código Civil se dividen en dos rubros básicos: el lucro cesante y el daño emergente. Por su parte, los daños extrapatrimoniales, en cuanto a su tipología, no tiene un desarrollo legal concreto, de manera que la jurisprudencia ha sido la encargada de establecer los tipos de daños extrapatrimoniales que se reconocen a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. De esta forma, dado que las categorías del daño patrimonial tienen una relativa estabilidad y su forma de resarcimiento es clara, la discusión sobre los daños extrapatrimoniales, sus categorías específicas, su reconocimiento, y las formas de resarcimiento,⁴⁹ adquiere una

Hugo A. Acciari. Elementos de análisis económico del derecho de daños. Asociación latinoamericana y del caribe de derecho y economía, George Mason University Law and economics center. 2009. Argentina. Pág 183.

⁴⁸ Jorge Santos Ballesteros. Op. Cit. Pág 338.

⁴⁹Sobre las formas de resarcimiento de los diferentes tipos de daños el doctor Juan Carlos Henao establece lo siguiente: *“El tema es fácil de resolver en lo que tiene que ver con los daños pecuniarios o materiales, puesto que su medición en dinero permite que, ya sea in natura o en equivalente pecuniario, la reparación se otorgue por este medio. Igual ocurre con la usanza que se tiene en Colombia de indemnizar en salarios*

mayor trascendencia y por esa razón, es uno de los principales focos de estudio y profundización para la jurisprudencia y la doctrina. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que este análisis ha recobrado vigencia en virtud de la constitucionalización del derecho privado, debido a la mayor atención puesta sobre la protección de los derechos fundamentales.⁵⁰

4.1. DAÑOS PATRIMONIALES (BREVE REFERENCIA AL DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE)

Como se mencionó, el objeto del daño patrimonial recae sobre un interés económico y es comúnmente reconocido que la víctima debe ser restituida a la situación económica que tendría de no haberse causado el perjuicio.⁵¹ Para restituir a la víctima a dicha situación se resarce el conocido daño patrimonial, el cual “*consiste en la lesión o afectación de un*

mínimos legales vigentes determinados rubros de los daños no pecuniarios o inmateriales, cuya fijación en metálico no cambia la naturaleza no mesurable del derecho lesionado. Es simplemente una comodidad entendible del juez para racionalizar la reparación de este tipo de daños. El problema se presenta cuando se conjugan varios daños no pecuniarios, donde el operador jurídico habrá de tener sumo cuidado en no reparar dos veces el mismo daño. Es decir, en lo relacionado con los daños no pecuniarios, no se trata de afirmar que cada rubro tiene una forma específica de ser reparado, porque todo dependerá del caso concreto, en el cual pueden darse varias de sus formas.”

Juan Carlos Henao. *Las formas de Reparación en la Responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las Acciones contra el Estado*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366.

⁵⁰ Milagros Koteich Khatib. *La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Ed Universidad Externado. Bogotá, Colombia 2015. Pág 18.

⁵¹ Enrique Barros Bourie. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2009.

interés jurídicamente tutelado que recae sobre el conjunto de derechos evaluables económicamente que conforman el patrimonio de una persona.”⁵²

Está decantado por la jurisprudencia y la doctrina que los perjuicios patrimoniales son el daño emergente y el lucro cesante, los cuales se encuentran expresamente consagrados y definidos por el Código Civil en sus artículos 1613 y 1614. La segunda de estas normas establece que el daño emergente es *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*; por otro lado, consagra que el lucro cesante es *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente o retardado su cumplimiento.”*

En palabras del profesor Santos Ballesteros, el daño emergente es el aminoramiento que puede sufrir el patrimonio de un sujeto de derecho, el cual se concreta en una *“pérdida, deterioro, menoscabo o extinción de bienes valorables pecuniariamente.”* Y lucro cesante es *“la frustración de un aumento en el patrimonio por la pérdida de utilidades o ganancias que se dejan de percibir.”⁵³*

En este sentido, se entiende que por un lado, hay daño emergente cuando bienes materiales o económicos salen efectivamente del patrimonio o se sabe que van a salir del mismo con un alto grado de certeza y por el otro, se entiende que hay lucro cesante cuando bienes económicos que debían ingresar al patrimonio de acuerdo con el curso normal de los

⁵² Jorge Santos Ballesteros. Op. Cit. Pág 343.

⁵³ Jorge Santos Ballesteros. Op. Cit. Pág 347.

acontecimientos, no ingresaron o ciertamente no ingresarán en el futuro. En consecuencia, el daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante y ambos pueden ser presentes o futuros.⁵⁴

4.2. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES (DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DAÑO MORAL Y EL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN)

Los daños extrapatrimoniales se estructuran sobre la *“lesión a intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valoración económica”*⁵⁵, y, como se anticipó en líneas precedentes, determinarlos no ha sido cuestión pacífica en la jurisprudencia ni en la doctrina. Es evidente que la inmaterialidad de su contenido hace especialmente complejo establecerlos de manera uniforme, pues *“es difícil precisar cuáles son los límites de los intereses cautelados”*⁵⁶ y cuál es la medida económica de una afectación que no es cuantificable en dinero. Es por esto que *“[e]l daño no patrimonial (...) puede ser objeto de tipificaciones muy sutiles, que expresan la expansión, en cierta medida descontrolada, de los intereses cautelados.”*⁵⁷ Y esto es precisamente lo que ha sucedido recientemente en el ordenamiento colombiano, pues la jurisprudencia, que había sido constante en la materia, últimamente no ha sido estable con sus pronunciamientos en cuanto a la tipología de los daños inmateriales y a los mecanismos para repararlos.

⁵⁴ Tamayo Jaramillo. Op. Cit. Págs 474 y siguientes.

⁵⁵ Milagros Koteich Khatib. *La Reparación del Daño Como Mecanismo de Tutela de la Persona*. Ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia 2012. Pág 20. Citando la definición de M. Bianca en Diritto civile. La responsabilità.

⁵⁶ Barros Bourie. Op cit. Pág 286.

⁵⁷ Ibídem. Pág 289.

En el derecho colombiano se aceptó por primera vez la reparación de daños no patrimoniales, en el marco de la responsabilidad civil, en la sentencia del 21 de julio de 1922, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Esta providencia, conocida como el fallo Villaveces, reinterpreto los artículos 2341 y 2356 del Código Civil para incluir dentro de la figura del daño resarcible, las afectaciones sentimentales y a la esfera interna de la persona.⁵⁸ La Corte afirmó que si el legislador en los artículos mencionados no hizo distinción ni limitó la reparación exclusivamente a los daños patrimoniales, el juez no lo puede hacer de forma arbitraria. De esta forma, desde ese entonces es comúnmente aceptado que en la reparación de daños “*no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial*”⁵⁹. En cuanto a la reparación concedida al demandante en el caso concreto, por concepto de daños extrapatrimoniales, la Sala ordenó una reparación tanto pecuniaria, como simbólica, y condenó al responsable a construir mausoleo o una lápida para reparar en parte el daño causado al señor León Villaveces. Si bien en este fallo la Sala recurrió a una forma de reparación específica,⁶⁰ este tipo de resarcimiento no ha sido acogido plenamente por la jurisprudencia civil, pues aunque la opción de acudir reparaciones simbólicas se encuentra latente y no hay norma que lo proscriba, los jueces civiles no se han animado a ordenar estas medidas de reparación.

⁵⁸ Koteich Khatib. Op cit. Pág 194.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nanneti. En esta sentencia también se afirma que “*Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o dignidad personas o causándole ofensa, dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.*”

⁶⁰ El concepto de reparación específica y de reparación por equivalente pecuniario se desarrollará posteriormente en el presente escrito.

Con ese fallo, la Corte abrió el paso a la jurisprudencia para iniciar su trabajo en la determinación de la tipología de los daños extrapatrimoniales y la delimitación de su contenido. Desde entonces, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha cumplido una labor fundamental en la fijación de los intereses tutelados con la figura de los daños extrapatrimoniales en la responsabilidad civil. En ejercicio de esta función, en el año 1941⁶¹ la Corte estableció que los daños extrapatrimoniales se dividían en el daño moral subjetivo y el daño moral objetivado. El primero de ellos se dividía a su vez en: “*daño al patrimonio moral de la persona (dolor, padecimientos, etc)* y *daño al patrimonio social de la misma (buen nombre, imagen, reputación, honor)*”⁶²; mientras que el daño moral objetivo u objetivado se refería a las “*consecuencias económicas perjudiciales derivadas de la lesión a un bien de la personalidad (daño emergente y, sobre todo, lucro cesante)*”⁶³. Esta clasificación si bien tuvo una larga vigencia, tenía un defecto ya que la misma mezclaba dentro de la figura del daño moral, la cual es eminentemente inmaterial, los daños extrapatrimoniales con la de los daños patrimoniales, pues el lucro cesante y el daño emergente son perjuicios propiamente patrimoniales y la aflicción emocional es propia del daño extrapatrimonial, de manera que era una clasificación que tarde o temprano debía revisarse.

Un poco más de veinte años después de haberse adoptado por la jurisprudencia dicha clasificación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de justicia en sentencia del 4 de abril de 1968, con ponencia del honorable magistrado Fernando Hinestrosa, hizo por

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencias del 23 de abril de 1941. M.P. Aníbal Cardozo Gaitán y M.P. Arturo Tapias Piloneta.

⁶² Koteich Khatib. Op cit. Pág 196.

⁶³ Ibídem. Pág 196.

primera vez en Colombia mención particular a los llamados daños a la persona,⁶⁴ y especialmente al daño a la vida de relación, el cual tardó varios años más en fortalecerse y consolidarse como un tipo de daño extrapatrimonial, independiente y autónomo del daño moral. El daño a la persona se entendió desde ese momento como *“una entidad con caracteres propios ‘consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad’”*⁶⁵, que se puede traducir en consecuencias económicas como los gastos médicos o ganancias dejadas de percibir, así como en quebrantos a la vida de relación o en afectaciones a los sentimientos y su equilibrio.⁶⁶ Sin embargo, esta propuesta formulada por el distinguido jurista Fernando Hinestrosa, durante su paso como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, no recibió mayor acogida por parte de la jurisprudencia, pues ésta se vio incorporada apenas parcialmente y varios años después de proferido este pronunciamiento.

El Consejo de Estado se adelantó algunos años a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en lo relativo al reconocimiento del daño a la vida de relación y en sentencia del 6 de mayo de 1993 reconoció, junto con el daño moral, el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, el cual se entendió como un tipo independiente del daño patrimonial

⁶⁴ *“En lo relativo al daño a la persona, consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptibles de traducirse en las anotadas consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto, es obvia la exigencia de demostración inicial de la específica ofensa (...)”* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968. M.P. Fernando Hinestrosa Forero.

⁶⁵ *Ibidem* Pág s 198 y s.s.

⁶⁶ Milagros Koteich Khatib citando a Fernando Hinestrosa, su libro del “Devenir del derecho de Daños”.

y de los perjuicios morales subjetivos.⁶⁷ En sentencia del 19 de julio del 2000 la misma corporación reconoció que el daño a la vida de relación “*debe extenderse a todas aquellas situaciones que alteran la vida de relación de las personas*”⁶⁸ y que el mismo puede ser sufrido no sólo por la víctima, sino también por las personas cercanas a ella.⁶⁹ Adicionalmente, en relación con la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales reconocidos, la Sección Tercera ha admitido con mayor amplitud que la Sala de Casación Civil la posibilidad de ordenar medidas de reparación específica, sin embargo es claro que esta tendencia se ha marcado en razón de las exigencias que hace el derecho internacional de que el Estado reconozca a las víctimas los derechos de verdad, justicia, reparación y no repetición.⁷⁰

Retomando la evolución jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de justicia, esta Corporación en sentencia del 24 de mayo de 1999, como consecuencia de una publicación falsa difundida en un periódico, que incriminaba a un hombre honorable de la comisión de un delito, ordenó la reparación del daño moral como resultado de la

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000.

⁶⁹ Santos Ballesteros. Op cit. Págs 368 y ss.

⁷⁰ La visión amplia del concepto de reparación incluye la aceptación de mecanismos simbólicos. Esta visión en materia contencioso administrativa se desarrolló en virtud de las exigencias del derecho internacional y de las normas que surgieron como consecuencia del conflicto armado en Colombia. Ejemplo de esto es la Ley de Justicia y Paz (Ley 795 de 2005), en la cual se contempló el derecho a la reparación y el contenido de una reparación simbólica. Juan Carlos Henao. *Las Formas de Reparación en la Responsabilidad del Estado: Hacia su Unificación Sustancial en Todas las Acciones Contra el Estado*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366.

vulneración del derecho al buen nombre y a la honra. Para esto consideró que *“deben tenerse en cuenta, factores como los relativos a las condiciones personales trascendentes en el buen nombre y la honra de la víctima, al alcance y gravedad de la afectación de estos derechos, a la extensión y difusión y las circunstancias de la información”*⁷¹ y, en general, a las circunstancias particulares del caso. Luego de verificar la ocurrencia de los hechos y la realidad de los perjuicios causados al demandante, reconoció que *“las medidas resarcitorias del mencionado perjuicio pueden ser directas, como la condena a la publicación en forma obligatoria y gratuita, de la rectificación correspondiente con la parte resolutive de la sentencia o indirectas o equivalentes como la condena al pago en dinero, o bien unas y otras, según lo requiera la mencionada reparación.”* En estos términos se reconoció en la jurisdicción civil la posibilidad de ordenar una reparación específica.

En el año 2008 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia retomó lo afirmado por la misma corporación en la referida sentencia del año 1968, para esclarecer el panorama y decantar el sistema de los daños extrapatrimoniales en el ordenamiento colombiano. En esta providencia la Sala expresó la preocupación que siempre ha tenido por *“adecuar su actuación a los cambios jurídicos, sociales o económicos, y garantizar en forma cabal y objetiva la observancia de los derechos fundamentales de las personas, [los cuales] ameritan que la Sala deba retomar la senda de lo que otrora se determinó para ocuparse nuevamente del estudio del daño a la persona y, en particular, de una de las*

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de mayo de 1999. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

consecuencias que de él pueden derivarse, cual es el daño a la vida de relación.”⁷² Así las cosas, en esta célebre providencia la Corte diferenció el daño moral del daño a la vida de relación, y consideró que se trataba de dos categorías de perjuicios autónomas e independientes que integran el género de los daños extrapatrimoniales. Al respecto afirmó “*que [el daño moral] corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, [mientras que] el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado a causa de una lesión infringida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó ‘actividad social no patrimonial’*”⁷³. Para proferir esta decisión se apoyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado, antes citada, con la finalidad de determinar que el daño a la vida de relación está constituido por la lesión al interés de gozar tanto de los placeres de la vida como de las actividades rutinarias que la víctima después de ocurrido el hecho dañoso ya no puede hacer.

Finalmente, este mismo fallo definió una serie de características propias del daño a la vida de relación para puntualizar los elementos que lo diferencian del daño moral; en primer lugar estableció que es un daño de naturaleza extrapatrimonial debido a que se proyecta sobre intereses no apreciables económicamente; en segundo lugar aseveró que el mismo “*se refleja sobre la esfera externa del individuo*”, lo cual lo diferencia del daño moral; en tercera medida dijo que este perjuicio “*no solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes*

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

⁷³ *Ibíd.*

intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos”; en cuarto lugar, expresó que este daño puede afectar a la víctima directa y a los seres cercanos a ella y, finalmente, concluyó que *“es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites (...) como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona”*.

Desde ese entonces la vertebración de los daños extrapatrimoniales había sido algo estable, consolidado y armónicamente aceptado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, estructurado sobre el daño moral y el daño a la vida de relación; el primero de ellos entendido como la afectación en la esfera interior de la víctima, y el daño a la vida de relación como aquella disminución en su vida social o exterior de la persona. No obstante, en sentencia del 18 de diciembre de 2012⁷⁴, con ponencia de Ariel Salazar Ramírez, se hace una breve referencia al daño a la salud en materia civil, posición ante la cual de forma acertada uno de los magistrados aclaró el voto por considerar que dicha posición *“corresponde a una modalidad de daño que no ha sido desarrollada ni acogida aún por la jurisprudencia civil, pues debe recordarse que en la sentencia de casación de 13 de mayo de 2008 (exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), esta corporación estimó que como consecuencia de las lesiones a la integridad psicofísica de las personas, los daños resarcibles, en cuanto al campo extrapatrimonial, se concretaban al daño moral y al daño a la vida de relación.”*⁷⁵ Con este antecedente, en sentencia del 5 de agosto de 2014 la misma Corporación trajo al ordenamiento colombiano un nuevo tipo de daño

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁷⁵ *Ibídem*. Aclaración de voto presentada por Arturo Solarte Rodríguez.

extrapatrimonial denominado como “*el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional*”, el cual se contempló como un daño extrapatrimonial, independiente y autónomo tanto del daño a la vida de relación como del daño moral. De esta forma, la vulneración a un derecho constitucional se consideró un daño en sí mismo, independiente de las consecuencias generadas.

En sentencia del 17 de noviembre de 2016, la misma sala profirió un pronunciamiento basado en una argumentación opuesta a la adoptada el 5 de agosto de 2014. En esta oportunidad, acogió la diferencia entre daño y perjuicio⁷⁶, considerando el daño como la afectación al bien jurídico, y las consecuencias o repercusiones de esa afectación, como los perjuicios indemnizables. En este sentido, señaló que la afectación a la salud, derecho de especial protección constitucional, constituye un daño. No obstante, consideró que lo que determina el resarcimiento son las repercusiones que el daño tenga, es decir, la magnitud o extensión de la reparación se establece de acuerdo con las repercusiones o lesiones generadas por esa afectación, sea de contenido patrimonial o extrapatrimonial –perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales-. En cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales estableció que pueden materializarse “*de un lado, en el ámbito puramente interior de la víctima, ocasionándole dolor, frustración, impotencia o hiriendo su autoestima, entre*

⁷⁶ En este sentido, el profesor Sergio Rojas Quiñones afirma que “*al distinguir entre el daño evento y los daños consecuenciales se facilita la tarea del operador jurídico en el análisis de la responsabilidad: la existencia del daño a la persona, como daño evento, permitirá entender configurado el elemento del daño en la denominada ecuación de la responsabilidad, mientras que los perjuicios (o daños consecuenciales) se analizarán, ya no para determinar si existe o no la responsabilidad civil, sino para dilucidar el monto al que debe ascender la indemnización, una vez se ha esclarecido que la obligación de indemnizar ha tenido lugar.*” Sergio Rojas Quiñones. *El Daño a la Persona y su Reparación Sobre la Teoría General, los Sistemas de Cuantificación, la Prueba y los Casos Difíciles*. Ed. Ibañez. Bogotá, Colombia. 2015. Pág 202.

muchas hipótesis más; y, de otro, en el campo de su vida exterior, restringiendo su interacción con las demás personas, con las cosas del mundo y/o, en general, con el entorno.”⁷⁷ En este sentido, se encuentra que con esta providencia la Sala retoma la clasificación de daños extrapatrimoniales, adoptada por la Corte en mayo de 2008, y se aparta del fallo de 2014 al aceptar la distinción entre daño y perjuicio, con lo que se evidencia la incertidumbre conceptual que existe en relación con los daños extrapatrimoniales, más aún si se tiene en cuenta que este fallo fue objeto de un salvamento de voto y de la formulación de aclaración de voto por parte del magistrado Ariel Salazar Ramírez⁷⁸, quien fue ponente del controvertido fallo del 2014.

4.3. BREVE REFERENCIA A LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En este punto es pertinente acudir a un documento que elaboró la Sección Tercera del Consejo de Estado, que recopila la jurisprudencia de la misma Corporación sobre los perjuicios extrapatrimoniales y fija unos *“referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”*. El documento se elaboró con la finalidad de *“recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de perjuicios extrapatrimoniales”*⁷⁹, y ha sido de gran utilidad para los jueces que deben fijar los

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2016. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2016. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Aclaración de voto formulada por Ariel Salazar Ramírez.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Documento ordenado mediante acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales.

perjuicios causados por acciones u omisiones del Estado. Así las cosas, “[d]e conformidad con la evolución de la jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales:

“i) Perjuicio moral.

ii) Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados.

iii) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.”

En relación con el daño moral⁸⁰ se tiene sentado que “*el concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa de un daño antijurídico, individual o colectivo.*”⁸¹ Igualmente, cuando este daño se produce como consecuencia de la muerte de una persona o de lesiones personales, se tienen establecidos ciertos niveles que permiten determinar el quantum indemnizatorio de conformidad con la cercanía entre el reclamante y la víctima. Asimismo, se han aceptado unas reglas de excepción para los eventos en los que se causen daños morales como consecuencia “*de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, [en los cuales] podrá ordenarse una indemnización mayor de la señalada (...) cuando existan circunstancias debidamente probadas de una*

⁸⁰ María Cecilia M´causland Sánchez. Tipología y reparación de daño inmaterial en Colombia, comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2015. Pág 30.

⁸¹ Consejo de Estado. Op. Cit.

mayor intensidad y gravedad del daño”⁸², sin que por ello el monto de la indemnización pueda superar el triple de los valores que se fijan en las tablas de origen jurisprudencial.

En cuanto al daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados se ha establecido que “[s]e reconocerá, aún de oficio, la vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentra acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral” y se le da prioridad a la reparación con medidas no indemnizatorias, las cuales “operan teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones de los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.”⁸³

Las medidas que sean empleadas para concretar la reparación integral de las víctimas deben tener en cuenta la importancia del caso y la gravedad de los hechos, para así poder reconocer el derecho a la dignidad de las víctimas, “reprobar las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional”. Igualmente, de forma excepcional en caso de que las medidas de reparación material no sean suficientes, en virtud de la reparación integral se permite conceder una indemnización pecuniaria a la víctima directa, “siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.”⁸⁴

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*

En relación con el daño a la salud, la sentencia de unificación del 4 de septiembre de 2011 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, estableció que la indemnización debe estar de acuerdo con lo probado durante el proceso y exclusivamente se debe otorgar a la víctima directa por un monto que no sea superior a 100 S.M.L.M.V., teniendo en cuenta las tablas que allí se incluyen. El juez, al evaluar la existencia del daño a la salud debe analizar el porcentaje de la afectación física o psicofísica, así como *“considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural y agraven la condición de la víctima”*. En este aspecto también se permite que en casos excepcionales, al igual que en los otros tipos de daños, se otorgue una indemnización mayor en caso de probarse una mayor intensidad en la afectación con daño de la salud, pero la indemnización no puede superar los 400 S.M.L.M.V.

Adicionalmente, se ha proscrito jurisprudencialmente el pago doble de un mismo perjuicio, principio que busca evitar que bajo dos rubros diferentes se indemnice un mismo daño, que la afectación a un mismo interés se pueda llegar a indemnizar como dos tipos diferentes sin existir multiplicidad de afectaciones. Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado desde que profirió la sentencia del 20 de febrero de 2008 reconoció la posibilidad de ordenar medidas no pecuniarias que permitan una reparación íntegra a las víctimas en cuanto a los daños extrapatrimoniales, e incluso le dio prevalencia a estas medidas de reparación.⁸⁵ El análisis que desencadenó en el reconocimiento de reparaciones simbólicas

⁸⁵ En desarrollo del principio de reparación integral la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2008, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, estableció que en violaciones a los

en virtud del principio de reparación integral, como el perdón público y la construcción de monumentos entre otras, se hizo principalmente “*en acatamiento de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado colombiano, de la Constitución Nacional y del artículo 16 de la Ley 446 de 1998*”.⁸⁶

Si bien el sistema de responsabilidad del estado tiene diferencias significativas con el de responsabilidad civil, y la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han desarrollado jurisprudencialmente el tema con amplias diferencias, también es cierto que han tenido influencia mutua en relación con el reconocimiento de los perjuicios indemnizables. En este sentido, ambas Corporaciones han reconocido el daño por afectaciones constitucionales, lo cual exige que, si bien el presente análisis se centra principalmente en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se deba mencionar brevemente el desarrollo en la materia que ha tenido el Consejo de Estado, particularmente en su Sección Tercera.

derechos humanos “*el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer a cabalidad la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para que constatada la imposibilidad de efectuar en toda su dimensión la misma, pueda abordar entonces medios adicionales de reparación como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.*”

⁸⁶ Andrés Orión Álvarez. *Los daños inmateriales: Estado de la jurisprudencia en Colombia y en el derecho comparado*. En Derecho de la Responsabilidad Civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Tomo I. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá, Colombia. 2011. Pág 186.

4.4. EL DAÑO A LOS BIENES PERSONALÍSIMOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL (SENTENCIA DEL 5 DE AGOSTO DE 2014).

Como se adelantó, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de agosto de 2014⁸⁷, incorporó al ordenamiento colombiano, junto con el daño moral y el daño a la vida de relación, un nuevo tipo de daño extrapatrimonial que denominó como “*el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional.*” Así las cosas, tras esta declaración, teniendo en cuenta que no fue decidido por unanimidad, en el ordenamiento jurídico colombiano existirían tres tipos de daños extrapatrimoniales, siendo cada uno de ellos autónomo e independiente⁸⁸ de los otros, los cuales se explican en dicha providencia, y se expresan en los siguientes términos:

- “i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral);*
- ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o,*
- iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección*

⁸⁷ Es pertinente anotar que la misma sala en sentencia del 9 de diciembre de 2013, también con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, a manera de obiter dicta afirmó a modo de ejemplo que “*son especies del perjuicio no patrimonial –además del moral- el daño a la vida de relación y la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional.*”

⁸⁸ Como se verá más adelante la autonomía e independencia del daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional son cualidades inciertas del mismo, porque los requisitos allí establecidos para evitar la doble indemnización contrarían estas características.

constitucional”, este último denominado también en la misma sentencia como “daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional”.⁸⁹

Para comprender las circunstancias que condujeron a la Corte a proferir este fallo, es pertinente en primer lugar mencionar los hechos que le dieron origen al mismo, y posteriormente analizar los argumentos por ella esgrimidos para arribar a esas conclusiones. Igualmente, es importante mirar las oposiciones que ante dicha argumentación propusieron algunos magistrados mediante salvamentos y aclaraciones de voto, pues ellas evidencian el debate que surgió en torno del reconocimiento del nuevo tipo de daño y la forma de hacerlo.

4.4.1. Hechos

En junio del año 1994 los señores Fernando Augusto García Matamoros y Claudia Marcela Ortega Rueda celebraron un contrato de mutuo y adquirieron un crédito hipotecario con el Banco Central Hipotecario, el cual cedió su posición contractual al Banco Granahorrar S.A. Antes de la cesión del crédito, a los tomadores se les notificó acerca de una reducción en su deuda por concepto de un alivio autorizado por la Ley de Vivienda, tras lo cual los deudores pagaron una parte significativa del crédito y debía quedarles un saldo de \$86.116.29. Sin embargo, posteriormente les informaron que la deuda había ascendido a \$342.950.35, valor que pagaron sin reparo. Luego de haber cumplido con su obligación íntegramente, en noviembre del año 2000 recibieron un extracto del crédito por un nuevo saldo, el cual rechazaron pues el crédito ya había sido pagado en su integridad. Entre tanto,

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

la hipoteca que garantizaba el crédito no había sido cancelada y el Banco Granahorrar S.A. siguió llevando a cabo los cobros que no fueron atendidos por los deudores, así que el banco procedió a hacer los respectivos reportes ante las centrales de información, lo cual, entre otras cosas, le impidió a los usuarios acceder a créditos con otras entidades. La Superintendencia Bancaria ordenó a la entidad financiera que aplicara el alivio retirado injustificadamente, y en julio de 2003 el banco ofreció un alivio, pero menor a aquél que les había sido concedido en un principio. Finalmente, el último saldo fue de \$115.513.00, el cual pagaron sin que la entidad financiera hubiera cancelado la hipoteca ni retirado la información de las centrales de riesgo, lo que condujo a los deudores a demandar al banco por responsabilidad civil contractual. En las pretensiones de la demanda solicitaron que se condenara al banco al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, estos segundos debido a que el reporte negativo ante las centrales de riesgo afectó de forma negativa su buen nombre.

4.4.2. Argumentación desarrollada en el fallo

Con la finalidad de reconocer el nuevo tipo de daño, la Sala señaló en primer lugar, la importancia del daño como elemento principal de la responsabilidad y estableció que *“desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.”*⁹⁰ Posteriormente, recorrió el camino por el

⁹⁰ *Ibidem.* Pág. 20

cual se llegó al reconocimiento de los daños a la persona en la jurisprudencia de la Corte y recurrió a la sentencia del 4 de abril de 1968, citada previamente en este escrito, en la que se adoptó la clasificación de Scognamiglio, bajo la cual *“la integridad psicosomática de un individuo puede proyectarse de tres maneras diferentes: i) en el patrimonio, ii) en la vida de relación; y iii) en la psiquis del sujeto conocido como el daño moral en sentido propio.”*⁹¹ A esta sentencia se acudió para establecer que la misma limitó la indemnización del daño extrapatrimonial exclusivamente a la esfera interna del sujeto y que en ella se excluyeron las consecuencias sociales del perjuicio extrapatrimonial *“tales como la honra, la dignidad, la libertad, el buen nombre de la persona que no dependen de su psiquis o interioridad”*⁹². De esta forma, con base en estas consideraciones, concluyó que se debe reconocer el daño moral, el daño a la vida de relación, el daño a la salud y el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, con la finalidad de incluir las consecuencias sociales del daño dentro de los perjuicios extrapatrimoniales.⁹³

Después de hacer ese breve recuento de las providencias que estudian los daños extrapatrimoniales, indicó que dichos *“referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen*

⁹¹ *Ibíd.* Pág. 29.

⁹² *Ibíd.* Pág. 30.

⁹³ Ante este análisis, es pertinente formular una observación preliminar, pues es evidente que el daño a la vida de relación comprende las consecuencias sociales del perjuicio extrapatrimonial (como lo reconoció, entre otras, la sentencia del 13 de mayo de 2008) además de que el fallo que fue citado para llegar a esas conclusiones no representa la doctrina de la Corte vigente al momento de proferir la sentencia objeto de estudio, de manera que dentro del resarcimiento del daño a la vida de relación podría encontrarse comprendido el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, como también lo menciona el salvamento de voto que más adelante se explica.

*derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda*⁹⁴, y concluyó que junto al daño moral y al daño a la vida de relación se debe reconocer el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional como un daño autónomo e independiente.

Seguidamente, se hizo referencia a algunos artículos de la Constitución Política de 1991 que consagran la dignidad humana como principio fundamental⁹⁵, el derecho a la honra⁹⁶ y el derecho al buen nombre⁹⁷, así como algunos referentes internacionales que también dan reconocimiento expreso a estas prerrogativas de las personas. Enseguida, concluyó que *“tanto la Constitución Política como los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad ordenan la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, tales como la integridad psicofísica, la honra, el buen nombre, la intimidad, la libertad, que no son más que desarrollos del principio del respeto a la dignidad en el que se soporta nuestro Estado Social de Derecho.”*⁹⁸ Así, aseveró que la protección de la dignidad humana a la luz de la reparación integral, es parte del derecho civil y debe ser objeto de protección desde la óptica de la responsabilidad civil.

⁹⁴ *Ibídem.* Págs 33 y s.s.

⁹⁵ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 1.

⁹⁶ *Ibídem.* Artículo 2, inciso 2.

⁹⁷ *Ibídem.* Artículo 15.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág 36

En el fallo se determinó que para dotar de eficacia la protección a los derechos constitucionales se debe *“delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella”*⁹⁹ para evitar una *“anarquía conceptual”*. Sin embargo, aunque existió el esfuerzo de delimitar su extensión, posteriormente se estableció que la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales no puede generar un enriquecimiento injusto debido a que esta indemnización no tiene función resarcitoria como sí la tiene la de los daños patrimoniales, y *“los bienes inherentes a la persona humana no tienen equivalencia en dinero.”* Con esta afirmación, le quitó el sentido a la delimitación que intentó crear, pues afirmó que si la indemnización se concede en función de consolar, satisfacer o compensar a la víctima, la misma no puede producir ningún tipo de lucro, de manera que la indebida acumulación de perjuicios extrapatrimoniales *“solo tiene la aptitud de engendrar una irrazonable o injustificada complacencia, lo cual es sustancialmente distinto [al enriquecimiento injustificado].”*¹⁰⁰ No obstante, es pertinente cuestionarse si este análisis es factible pues si la indemnización, sea satisfactiva o resarcitoria, se concede en dinero, su cuantificación excesiva indudablemente genera un lucro en cabeza de la víctima.

Para delimitar los derechos fundamentales resarcibles bajo la figura del daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, la Corte en primer lugar estableció que sólo algunos derechos que comprometen de modo directo la dignidad de la persona son resarcibles, y se debe tratar de un daño *“de grave entidad o trascendencia, lo que significa*

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág 39.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Pág 41.

*que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil*¹⁰¹. Asimismo, admitió que todo ser humano al vivir en sociedad debe soportar desagradados o molestias naturales que no gozan de suficiente entidad para activar el ordenamiento jurídico y en particular el civil, y finalmente aseveró que el fallador debe analizar si el perjuicio que se reclama como daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional se encuentra comprendido en otro rubro objeto de indemnización, *“como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación.”*¹⁰² Entonces, *“si el daño al buen nombre coincide con la afectación del patrimonio de la víctima y en la demanda se reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro. Lo mismo cabe predicar frente al daño moral o a la vida de relación cuando no aparezcan claramente diferenciados.”*¹⁰³ No obstante, de forma extraña estableció que los parámetros allí desarrollados para delimitar el resarcimiento de este tipo de daño, no constituyen una limitación para el juez del proceso, pero que es prudente tenerlos en cuenta para determinar si la afectación a los llamados derechos personalísimos puede coexistir con otro tipo de daños reconocidos por el ordenamiento, así que realmente no creó ningún límite de obligatoria aplicación para los jueces.

¹⁰¹ *Ibíd.* Pág 42.

¹⁰² *Ibíd.* Pág 42.

¹⁰³ *Ibíd.* Págs 42 y 43.

En cuanto a la prueba del daño, entendido como la lesión al buen nombre, estableció que *“hay que admitir que el daño se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia. Es decir que una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de tutela civil”*¹⁰⁴, así que la vulneración de la garantía constitucional es suficiente para ordenar el resarcimiento, si se prueba la culpabilidad y el nexo de causalidad con la conducta. De esta forma, con los certificados de la CIFIN en los cuales se evidenció el reporte por parte del Banco Granahorrar de una deuda que era inexistente fue *“suficiente para tener por demostrado el tipo de daño del que se viene haciendo alusión y por tanto, se impone la prosperidad”*¹⁰⁵.

4.4.3. Decisión

Con base en los argumentos anteriormente reseñados, la Corte al dictar sentencia sustitutiva decidió fijar el monto de los perjuicios morales en la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000.00) para cada uno de los demandantes y la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) para cada uno de ellos por concepto del daño al buen nombre, y sobre este último hizo consideraciones adicionales, dentro de las cuales estableció que en virtud del derecho comparado actual, la esfera personal se debe valorar *“con base en criterios extrínsecos, con prescindencia de la consideración subjetiva que cada quien tenga sobre su propio honor, intimidad o imagen. Estos parámetros externos se encuentran demarcados por la trascendencia que el ordenamiento jurídico les concede a los bienes esencialmente*

¹⁰⁴ Ibídem. Pág 46.

¹⁰⁵ Ibídem. Pág 49.

personalísimos”¹⁰⁶, los cuales tienen una mayor entidad por estar consagrados en la Constitución Política.

4.4.4. OBJECIONES A LA SENTENCIA

Como se adelantó previamente, esta sentencia fue altamente discutida en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y su decisión no fue unánime, pues se presentó un salvamento de voto por parte de tres magistrados y una aclaración de voto por parte de otro. Estos magistrados desarrollaron la argumentación que soporta su desacuerdo con la decisión, y señalaron las condiciones que debieron ser tenidas en cuenta para apoyarla.

4.4.4.1. Aclaración de voto

La aclaración de voto, formulada por el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, acompañó la decisión de ordenar la reparación del “daño al buen nombre” desde la figura del daño inmaterial, pero formuló algunas precisiones pues considera que no se debió forjar *“el buen nombre como una tercera modalidad autónoma objeto de indemnización dentro del marco de los perjuicios inmateriales; [pues] hacerlo de esa manera genera varios problemas conceptuales dentro de la arquitectura del daño y su consecuente reparación.”*¹⁰⁷ Entre otros, uno de los inconvenientes que puede causar esta nueva clasificación, según la aclaración, es que admitirla permitiría la difusión de los daños resarcibles, pues cada vez que surja un nuevo derecho fundamental se tiene el espacio para

¹⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 66.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Aclaración de voto a la sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Pág 72.

formular nuevamente el análisis respectivo y así construir el marco teórico y resarcir también ese nuevo derecho fundamental. De esta forma, aclaró que este asunto debió haberse afrontado mirando el detrimento al buen nombre como una forma de causar un daño de aquellos contemplados en una de las especies vigentes y denominarla como *“responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales”*. De esta forma, propuso que se reconozca de forma complementaria la *“reparación satisfactoria y/o simbólica y la garantía de no repetición en consonancia con los postulados constitucionales”*¹⁰⁸ y los regímenes internacionales de derechos humanos, para resarcir las afectaciones a derechos fundamentales sin la necesidad de crear nuevas figuras de resarcimiento.

El magistrado indicó que las exigencias de la acción de reparación no pueden ser diferentes de las que ya existen, de tal forma que deben quedar plenamente demostrados todos *“los elementos axiológicos que corresponden a cualquier tipo de responsabilidad”*¹⁰⁹, y lo que propuso fue ordenar formas de reparación complementarias, de carácter satisfactivo, que garanticen *“la no repetición, el arrepentimiento, la reparación integral, la alteridad”*¹¹⁰ y todas aquellas prestaciones simbólicas que garanticen la justicia restaurativa. Así pues, el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona propuso que se incluya en los perjuicios inmateriales *“[l]a reparación satisfactiva o simbólica y la garantía de no repetición”*, lo cual corresponde a acciones complementarias y no excluyentes al resarcimiento de los diferentes tipos de daño aceptados, con la finalidad de dar pleno cumplimiento al principio de reparación integral.

¹⁰⁸ ibídem. Pág 73.

¹⁰⁹ Ibídem. Pág. 94.

¹¹⁰ Ibídem Pág 95.

En este sentido, la crítica que hizo a la sentencia se estructuró en que la misma no enfrentó el asunto desde la reparación integral ni desde las medidas satisfactivas o simbólicas que debieron adoptarse, como se hizo en el fallo Villaveces, las cuales deben reconocerse no sólo para afectaciones a la vida o a la libertad, sino para todos los derechos fundamentales como el buen nombre, y no desde un nuevo tipo de daño extrapatrimonial. Igualmente, advirtió que crear una categoría nueva de daño inmaterial como lo hace la sentencia “*sienta base para la gestación infinita de especies individuales por cada nuevo derecho que resulte afectado.*”¹¹¹

De esta forma, la aclaración de voto plantea una crítica similar a la que se formula en el presente escrito y de forma acertada señaló que la vulneración a derechos constitucionales puede generar cualquier tipo de perjuicios, sean patrimoniales o extrapatrimoniales y que además de ello, si se considera pertinente se puede conceder una medida simbólica para reparar a la víctima por la vulneración de sus derechos constitucionales.

4.4.4.2. Salvamento de voto

El salvamento de voto fue presentado por los magistrados Jesús Vall de Rutén Ruiz, Margarita Cabello Blanco y Fernando Giraldo Gutiérrez, quienes expusieron varios reparos a la sentencia que se comenta, pues consideraron que tanto procesal como doctrinalmente se basó en imprecisiones inaceptables. En primer lugar, aclararon que los peticionarios en la demanda solicitaron que se les indemnizaran perjuicios materiales ocasionados por el

¹¹¹ *Ibidem*. Pág. 104.

detrimento que sufrieron en su buen nombre, sin embargo, el ataque en sede de casación se llevó a cabo analizándolos como perjuicios extrapatrimoniales ocasionados por la afectación al buen nombre, lo cual dio origen al nuevo tipo de daño ya mencionado. Señalaron que “[s]encillamente, en el cargo se varió la causa petendi, con grave perjuicio del derecho de defensa de la parte demandada, y con violación de la lealtad procesal que las partes se deben y que le deben incluso al propio sentenciador de segundo grado, que falló según lo pedido.”¹¹² Igualmente, indicaron que así se hubiese solicitado la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales por la afectación al buen nombre desde un principio, la sentencia incurrió en múltiples contradicciones, contrariando así el deber de coherencia, que es exigido a los jueces por parte del ordenamiento jurídico. En este sentido, discreparon “de los fundamentos con los cuales la providencia objeto de recurso extraordinario ensaya una clasificación –que entiende novedosa- de los daños extrapatrimoniales”¹¹³, pues en primer lugar consideraron que “el fallo se limita a presentar un pronunciamiento efectuado en 1948 mediante el cual fuera acogida la clasificación de un connotado tratadista italiano, para –sobre la base de formular censura a la misma-, pasar a presentar otra diferente como alternativa, sin confrontar la que es actual postura de la Sala, adoptada a partir de la decisión de 13 de mayo de 2008”.¹¹⁴

Igualmente, se cuestionaron acerca de “cuáles podrían ser las “propia[s] fisonomía y peculiaridades” que puedan distinguir como forma de daño autónoma a una categoría tan abierta e indeterminada como la denominada lesión a bienes jurídicos de especial

¹¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Salvamento de voto a la sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, Margarita Cabello Blanco y Fernando Giraldo Gutiérrez. Pág 72 129.

¹¹³ *Ibidem*. Pág. 134.

¹¹⁴ *Ibidem*. Pág. 134.

protección constitucional (...) que tienen el rango de derechos humanos fundamentales” distintos de la salud.”¹¹⁵ Pues luego de haber aceptado el daño a la salud como daño extrapatrimonial, el fallo abandonó esa clasificación y afirmó que los daños extrapatrimoniales son el daño moral, el daño a la vida de relación y aquella lesión a los derechos humanos fundamentales o bienes personalísimos de especial protección constitucional.

Para llegar a esta clasificación, en la sentencia se hizo un análisis del fallo de 13 de mayo de 2008 que, según el salvamento de voto, es equivocado pues estableció que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional no encaja en ninguno de los dos tipos de daño extrapatrimonial, e ignoró que el mismo fallo de 2008 estableció que dentro del daño a la vida de relación se debe amparar la afectación a *“bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos.”¹¹⁶ De esta forma, la argumentación teórica de la sentencia no es exacta según los magistrados disidentes, pues parte de bases inexactas y no es posible concluir que la *“afectación de derechos fundamentales no esté recogida o no pueda comprenderse dentro del daño a la vida de relación.”¹¹⁷ Así las cosas, aseveraron quienes salvaron su voto en el fallo en comentario que *“[e]s notorio entonces que la clasificación postulada el 13 de mayo de 2008 por esta Sala estuvo directamente inspirada en la intención de dar cumplida***

¹¹⁵ *Ibíd.* Pág. 136.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008.

¹¹⁷ *Op cit.* Salvamento de voto. Pág 139.

aplicación a los dictados constitucionales, y así no existía ningún déficit de protección superior que la jurisprudencia de la misma debiera entrar a remediar.”¹¹⁸

Adicionalmente, reprocharon que la decisión intentó consagrar tres limitaciones que no logran establecer fronteras reales que impidan un desbordamiento en los daños; primero se exigió que el daño tenga una intensidad suficiente, en segundo lugar que en el mismo se comprometa directamente la dignidad y finalmente que no se subsuma en otro perjuicio con el que se identifique. En cuanto al requisito de comprometerse la dignidad, quienes formulan el salvamento encontraron que cualquier derecho fundamental o cualquier consagración constitucional se encuentra dirigida a proteger la dignidad de las personas por ser la dignidad humana un elemento sobre el cual se estructura la Carta Política.

De esta forma, los tres magistrados que salvaron el voto en la mencionada sentencia, de forma plenamente justificada manifestaron su desacuerdo con que se adopte la responsabilidad civil como mecanismo principal para garantizar la dignidad de la persona humana, pues existen diferentes mecanismos especiales para proteger los derechos fundamentales de las personas.

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág 140.

5. PROPUESTAS INCLUIDAS EN EL PROYECTO DE LEY 122 DE 2015 SENADO

En el año 2015 se presentó ante el Senado de la República una iniciativa para legislar sobre los daños a la persona, esto se hizo mediante el Proyecto de Ley No. 122 de 2015, el cual, no obstante haber sido archivado en el proceso legislativo, contiene consideraciones y postulados muy importantes para la materia de análisis pues es un llamado a la voluntad legislativa para emprender un estudio juicioso, no solo de los daños a la persona, sino de la tipología de perjuicios en general. Un llamado a construir una regulación sólida y estable que unifique los criterios para determinar y reparar los diferentes rubros indemnizables, particularmente, en lo relativo a los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales como se ha explicado reiteradamente no han sido objeto de un trato uniforme por la jurisprudencia colombiana.

En primera medida, es de resaltar que en el proyecto se hizo expresa la diferencia entre el concepto de daño y perjuicio, pues diferenciar estas dos nociones puede ser un mecanismo útil para confusiones e imprecisiones en las que se incurre a la hora de conceder una indemnización. El daño a la persona se definió como *“toda afectación o menoscabo que sufra una persona natural sobre su integridad física, su integridad psíquica o sus derechos a la personalidad”*¹¹⁹, y por perjuicios se entendieron *“aquellas repercusiones negativas que sufran las víctimas como consecuencia directa del hecho dañoso y que se correspondan con alguna de las categorías previstas”*. Asimismo, el proyecto aclaró de

¹¹⁹ Proyecto de Ley 122 de 2015 (Senado). Artículo 13.

forma acertada que la mera infracción de un derecho en ningún caso puede constituir un perjuicio y para que ello ocurra es necesario que se generen repercusiones desfavorables que permitan conceder una indemnización¹²⁰. De forma particular, sobre los perjuicios extrapatrimoniales estableció expresamente que “*[n]o serán constitutivos de perjuicio la simple violación del buen nombre, la dignidad, la honra u otros bienes de la personalidad mientras dicha violación no genere ninguna repercusión*”. Así que, a la luz de este esfuerzo regulatorio, es indiscutible la necesidad de probar las consecuencias desfavorables que se presenten en cabeza de la víctima, y son esas consecuencias las que determinan los perjuicios que constituyen los rubros indemnizatorios, también llamada la tipología de daños.

En cuanto a los daños patrimoniales no se incluyó ninguna novedad en relación con su tipología, pues se entendió que los perjuicios patrimoniales son el lucro cesante y el daño emergente, mientras que los perjuicios extrapatrimoniales se dividieron en tres: el daño moral, el daño a la vida de relación y se incluyó un nuevo perjuicio denominado el perjuicio psicofísico. El daño moral, según el artículo 49, se definió como “*aquella modalidad de perjuicio extrapatrimonial consistente en la tristeza, el desasosiego, la aflicción y la congoja que padece el sujeto como consecuencia del hecho dañoso*”, el perjuicio psicofísico se entendió, según el artículo 68, como “*aquella modalidad de perjuicio extrapatrimonial que compensa la afectación de la vida en condiciones de normalidad que padece una persona natural como consecuencia de una lesión permanente o temporal sobre su integridad física o psíquica, siempre que se trate de una situación*

¹²⁰ Proyecto de Ley 122 de 2015. (Senado) Artículo 14.

reconocida por la medicina o la psicología”; y el daño a la vida de relación se concibió como *“aquella modalidad de perjuicio extrapatrimonial que compensa la afectación de la vida en condiciones de normalidad que padece una persona natural como consecuencia de una afectación sobre sus derechos de la personalidad, diferentes de la integridad psicofísica”*.¹²¹

Con la finalidad de determinar la magnitud y gravedad de las afectaciones extrapatrimoniales, el proyecto previó la existencia de una junta calificadora, a la cual se habría encargado de valorar la situación de cada víctima para establecer qué tipo de afectación sufrió y si la misma es constitutiva de alguno de los perjuicios indemnizables. Asimismo, se incluyeron unos baremos o tablas indemnizatorias en las que el monto indemnizatorio –establecido en salarios mínimos legales mensuales vigentes– dependería de si la víctima murió o de la gravedad de sus lesiones y, en uno y otro caso, del nivel de relación afectiva que con ella tuvieron las víctimas indirectas o de contragolpe. Como quiera que el proyecto legislativo estableció unos montos indemnizables para los diferentes eventos de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, también incluyó lo que consideró como una *“válvula de escape”*¹²² o factor de corrección, que creó la posibilidad de incrementar el monto indemnizatorio en eventos atípicos que exigen la concesión de una indemnización superior a la establecida en las tablas, siempre que éste incremento no superase el 25% de lo previsto en las tablas para garantizar armonía en las decisiones.

¹²¹ Artículo 72 proyecto de ley.

¹²² El nombre de *“válvula de escape”* se le dio en la exposición de motivos del proyecto de ley.

Es de destacar que allí se consagraron dos postulados novedosos para el sistema de responsabilidad civil colombiano, los cuales deben tenerse en cuenta para futuras propuestas de regulación en la materia; la distinción entre daño y perjuicio, la inclusión del principio de vertebración y la posibilidad de conceder reparaciones simbólicas a las víctimas son proposiciones que permiten pensar en un sistema integrado y completo que garantice los derechos de las víctimas y de quienes a ellas deban indemnizar. El principio de vertebración se plasmó en relación con los daños extrapatrimoniales y estableció que “*se indemnizarán como perjuicios extrapatrimoniales, en adición al daño moral, el perjuicio psicofísico y el daño a la vida de relación*” y agregó que “[*a*]demás de estos rubros, los jueces no podrán reconocer ninguna categoría diferente o adicional”. Es pertinente señalar que esta última afirmación puede constituir una posible solución ante la proliferación de los daños que se está viviendo en el sistema colombiano, pues el principio de vertebración se ha entendido por la doctrina jurídica como la exigencia de “*valorar por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales, separando dentro de cada uno los conceptos perjudiciales para evitar vacíos y solapamientos*”¹²³, que son las principales causas de la incertidumbre jurídica en el ordenamiento colombiano en torno a la clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales. Por otro lado, aceptar legalmente las medidas simbólicas como mecanismo de reparación de afectaciones extrapatrimoniales, también puede ser el mecanismo para superar la timidez que ha tenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema en torno al reconocimiento de este tipo de medidas de reparación.

¹²³ Pilar Domínguez Martínez. Inminente y esperada modificación del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Revista CESCO del derecho del consumo No. 13/2015.

6. POSIBLES EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN COLOMBIA

De conformidad con las objeciones propuestas por algunos magistrados, es evidente que algunos elementos de la argumentación adoptada por la sentencia del 5 de agosto de 2014 generan inconformidad o controversia alrededor de la formulación del nuevo tipo de daño. Igualmente, es indiscutible que el derecho constitucional y la reivindicación de derechos fundamentales cada día toman más fuerza, pues las presiones sociales buscan reivindicarlos y lograr que sean reconocidos por todos los medios posibles. En este sentido, se debe reconocer que la adopción de nuevos tipos de daños extrapatrimoniales como consecuencia de argumentaciones similares a la de la sentencia en comento y sin el rigor necesario, puede generar un caos conceptual pues cada juez, a su arbitrio, podría conceder indemnizaciones por vulneraciones a derechos que considere “constitucionalmente relevantes”.¹²⁴

Por esta razón, es urgente no sólo el análisis de la sentencia y la forma como se estructuró un nuevo daño, sino en general del reconocimiento de la afectación a derechos

¹²⁴ Esto lo advierte Sergio Rojas Quiñones en relación con el reconocimiento del daño a la persona como un perjuicio autónomo. Ante esta situación afirma que a pesar de que la Corte Suprema de justicia no ha dotado de autonomía a este tipo de daño, se han proferido algunos fallos que “*lo indemnizan como una tercera categoría paralela a los perjuicios patrimoniales y los extrapatrimoniales. Otros, por su parte, le consideran una modalidad más de rubro extrapatrimonial (junto al daño emergente y el lucro cesante.*” En este sentido, afirma que “[e]sta falta de claridad repercute directamente en la reparación de las víctimas quienes, según la jurisdicción territorial de que se trate, enfrentarán mayores o menores dificultades para obtener la compensación de los perjuicios.” Y es esto precisamente lo que puede suceder ante el escenario que se presenta. Sergio Rojas Quiñones. *El Daño a la Persona y su Reparación Sobre la Teoría General, los Sistemas de Cuantificación, la Prueba y los Casos Difíciles*. Ed. Ibañez. Bogotá, Colombia. 2015. Págs 180-181.

constitucionales como un daño independiente porque, como se acreditó anteriormente, tanto la jurisprudencia civil como la de lo contencioso administrativo han reconocido este tipo de daño, no obstante no haber sido armónicamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia.

Al retomar lo dicho en un principio acerca del concepto del daño, el cual implica la existencia de una consecuencia negativa o adversa que perjudique a la víctima, bien sea en su esfera económica o en la espiritual, y enfrentarlo con la nueva tendencia bajo la cual los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y a la familia, pueden llegar a tener protección *aquiliana* por sí solos,¹²⁵ se percibe cierta inconsistencia, pues es claro que el carácter intangible de los llamados daños extrapatrimoniales se ha usado para ordenar el resarcimiento de algunos eventos que bajo los parámetros existentes de la responsabilidad, no deben entenderse como daños.

Así las cosas, si a esta situación no se le presta atención ni se hace un llamado para encaminar de una manera responsable el reconocimiento de los derechos constitucionales de las víctimas, puede desembocar en una completa anarquía del sistema de responsabilidad civil, pues cada vez van a surgir nuevos derechos y reclamaciones constitucionales que se pretendan reparar, pero que no necesariamente merecen la atención del sistema de responsabilidad civil. De esta forma, la reparación de daños debe encontrar unos límites concretos para evitar que se indemnice toda molestia o incomodidad que pueda sufrir una

¹²⁵ Mariana Castro Echavarría. Daños por afectación a derechos constitucionalmente protegidos: ¿Cambio de paradigma de la responsabilidad civil en Colombia? En Revista de l Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Noviembre 2016. Pág 193

persona, teniendo presente el derecho de las víctimas a recibir una reparación integral.¹²⁶

Édgar Cortés ha reconocido que *“uno de los problemas, si no el principal, que afronta hoy la responsabilidad civil es el de la multiplicación de las figuras de daño a la persona, pues más allá de los tradicionales daños patrimoniales y morales, la categoría de los daños no patrimoniales se desdobra en dos vertientes incontenibles: de un lado la pretensión de resarcir todo atentado a los derechos fundamentales y de otro lado la intención de tutelar todas las actividades realizadoras, existenciales, de agrado, hedonísticas de la persona, sin ninguna exclusión de principio.”*¹²⁷ En este sentido, es pertinente retomar lo dicho por el profesor Díez Picazo en su libro “El escándalo del daño moral”, pues el autor, ante una situación similar afirmó que *“el daño no consiste nunca en la lesión de un derecho y que la indemnización no tiene por objeto restituir un derecho lesionado.”*¹²⁸

De esta forma, se hace necesario formular ciertos interrogantes cuyo análisis permite acceder a un panorama más claro de los efectos que el reconocimiento de estos tipos de daños puede tener, y encontrar los mecanismos que merecen ser utilizados para garantizar los derechos de las víctimas, sin que se desconozcan los postulados esenciales de la responsabilidad civil. En primera medida, es oportuno cuestionarse si la apertura a estos tipos de daños puede conducir al reconocimiento de nuevas funciones de la responsabilidad civil, como el carácter sancionatorio de la misma, que no ha sido aceptado en el

¹²⁶ Estos límites se llaman en países del *common law* *foodgates* o diques de contención, los cuales se encargan de determinar hasta qué punto puede llegar la responsabilidad civil porque dejar todo asunto bajo este régimen puede desgastar el sistema de daños, que si bien está en constante cambio, debe mantener una estructura sólida. Édgar Cortés. Constitución y Responsabilidad Civil. Una relación ambivalente. Pág 173.

¹²⁷ Édgar Cortés. Constitución y Responsabilidad Civil. Una relación ambivalente. Pág 172 y s.s.

¹²⁸ Luis Díez Picazo. El escándalo del daño moral. Cuadernos Civitas. Ed. Thomson Civitas. Navarra, España. 2008. Pág 33.

ordenamiento. En segundo lugar, se debe analizar si el reconocimiento de la afectación a los derechos constitucionales, como un tipo de daño en sí mismo, puede entrar en contradicción con el concepto de daño ya mencionado y los principios orientadores de la responsabilidad civil, como el de la reparación integral. En tercer lugar, al ser la responsabilidad civil “*uno de los instrumentos de los que se vale el Estado para cumplir sus propósitos*”¹²⁹, es necesario indagar sobre los efectos que estas decisiones pueden tener en la sociedad y en la economía, pues las mismas funcionan como incentivos y desincentivos para determinados comportamientos. Finalmente, es oportuno explorar si acoger otras formas de reparación de los daños puede aportar a la estructuración de un mejor sistema de responsabilidad, que cumpla con los postulados constitucionales y satisfaga, en la medida de las posibilidades, las reivindicaciones sociales, sin vulnerar los principales axiomas de la responsabilidad civil.

6.1. RECONOCIMIENTO DE UNA FUNCIÓN SANCIONATORIA PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La función sancionatoria o punitiva de la responsabilidad ha sido reconocida principalmente por los sistemas pertenecientes al *common law*, en los cuales se encuentra la figura de los *punitive damages*, institución de origen británica que hoy es típicamente norteamericana. Esta institución permite que el operador judicial conceda una condena superior al valor de los daños causados, con la finalidad de sancionar al agente dañador, enseñarle a no cometer esas conductas y ser medidas ejemplarizantes para que los terceros

¹²⁹ *Ibidem*. Pág 173.

no sigan sus pasos.¹³⁰ De esta forma, la función sancionatoria de la responsabilidad civil se centra principalmente en la conducta del agente dañador¹³¹ y no está dirigida teleológicamente a resarcir los perjuicios sufridos por la víctima. En el *civil law*, por el contrario, el juez u operador judicial por lo general no puede imponer sanciones al causante de un daño, sino simplemente condenarlo al pago de una indemnización que compense el detrimento patrimonial o extrapatrimonial que le fue causado a la víctima. Esto es lo que sucede en el caso colombiano, debido a la consagración del principio de reparación integral y la prohibición de enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

La profesora María Cecilia M`causland, al analizar el reconocimiento de los daños por vulneración a derechos fundamentales afirma que *“[s]i se entiende que el daño a los derechos fundamentales se configura por la sola lesión del derecho, al margen de sus consecuencias, la responsabilidad que surge se torna principalmente sancionadora y, eventualmente, preventiva, y pierde, de esa manera, su función esencial, la reparación, en cuanto la atención se pone en la conducta del ofensor y no en la afectación del ofendido.”*¹³² En este sentido, se entiende que el sistema de responsabilidad civil en Colombia se ha estructurado sobre dos pilares esenciales; en primer lugar sobre la función indemnizatoria, la cual implica que se debe dejar a la víctima “indemne”, esto es, en la situación en la que se encontraría de no haber sufrido el daño, y en segundo lugar está

¹³⁰ Pablo Salvador Coderch. Punitive Damages. Universidad Pompeu Fabra. Disponible en : <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/Punitive%20Damages%20Pablo%20Salvador%20Coderch.pdf>

¹³¹ Ibídem. Citando a John Fleming, el cual establece que: Punitive or exemplary damages focus not on injury to the plaintiff but on outrageous conduct of the defendant, so as to warrant an additional sum, by way of penalty, to express the public indignation and need of deterrence or retribution» [Fleming, (1998), pp. 271-272].

¹³² María Cecilia M`causland Sánchez. Op. Cit. Págs 43 y 44.

encaminada a reparar las consecuencias negativas que se producen sobre un interés jurídico tutelado, pero “no se ha aceptado un carácter marcadamente sancionatorio; [y] tampoco se han aceptado, por regla general, indemnizaciones derivadas de la mera infracción, cuando la misma no ha generado ninguna repercusión.”¹³³

De esta forma, el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que se previó en la sentencia del 5 de agosto de 2014 no consulta las funciones propias de la responsabilidad y le concede una labor que no ha sido reconocida legislativa ni jurisprudencialmente, como lo es la función sancionatoria. Esto permite que se desnaturalicen varios elementos propios de la responsabilidad civil pues, “(el daño se confunde con el actuar antijurídico)”, y se quebranta el carácter indemnizatorio por condenar las meras infracciones a intereses jurídicamente tutelados, sin medir su relevancia o repercusión. En consecuencia, con la inclusión del nuevo perjuicio en el ordenamiento la concepción tradicional de la responsabilidad se alteró “sin el adecuado proceso de legitimación política y legislativa que una decisión de este calado requiere.”¹³⁴

6.2. ¿ES SUFICIENTE LA LESIÓN A UN DERECHO PARA CONDENAR AL CAUSANTE A REPARARLO? CONTRADICCIONES JURISPRUDENCIALES Y POSIBLES EFECTOS.

¹³³ Sergio Rojas Quiñones. Comentarios a la sentencia del 5 de agosto de 2014. Ámbito Jurídico. Edición 414. 26 de marzo de 2015.

¹³⁴ Ibídem. Agrega igualmente que esta situación es “aún mas grave si se tiene en cuenta que se rompió con una línea jurisprudencial reiterada desde la década de los 40, no obstante el salvamento de voto de tres de los siete magistrados de la Sala y la aclaración de uno de ellos.”

Tanto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como la Sección Tercera del Consejo de Estado han reconocido el perjuicio inmaterial por daño a los derechos fundamentales como una categoría autónoma y si bien ambas tenían sentado que para indemnizar un daño, cualquiera que sea, debe generarse una repercusión desfavorable en cabeza de la víctima, y que con base en esas consecuencias o repercusiones se clasifican los diferentes tipos de daños, al momento de reconocer este daño compuesto por la simple lesión de un derecho, han caído en ciertas contradicciones. Por un lado, la sentencia del 5 de agosto de 2014 pone en evidencia esta situación, pues en un principio proclamó que los daños se clasifican por sus consecuencias y no por sus causas, en virtud de la doctrina vigente de la Sala, pero con posterioridad estableció que el daño al buen nombre “*se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia (...) porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional.*” De esta forma “[s]e olvida que todo daño –material o inmaterial- supone la violación de un derecho constitucional –algunos de los cuales caben en la categoría de derechos fundamentales- pero sus efectos son los que determinan las afectaciones efectivamente sufridas por los perjudicados.”¹³⁵

En similar sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2014 reconoció que la antijuridicidad del daño “*no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos derivados de la lesión que inciden en*

¹³⁵ María Cecilia M^causland Sánchez. Op. Cit. Pág. 45.

*el ámbito patrimonial o extrapatrimonial*¹³⁶. No obstante, al momento de analizar el daño a los derechos constitucionales no se hizo una valoración de las consecuencias que la lesión de estos derechos ocasionó. En la sentencia identificada con el número de expediente 26251 de esa misma fecha, el Consejo de Estado sin hacer un análisis individual de los derechos quebrantados y sus repercusiones, consideró vulnerados entre otros, el derecho a la vida, a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad, pero no indicó las consecuencias sufridas por las víctimas para llegar a esas conclusiones.¹³⁷

Los ejemplos anteriormente expuestos ponen en evidencia las contradicciones en que ha incurrido la jurisprudencia, tanto civil como administrativa en relación con la exigencia de consecuencias negativas en cabeza de la víctima para determinar la existencia del daño. Ante este escenario, es pertinente indagar si toda lesión a un derecho puede ser considerada como un daño, pues al respecto no hay unanimidad en la doctrina y autores con alto reconocimiento nacional e internacional tienen opiniones disímiles. Por un lado, el profesor Javier Tamayo Jaramillo es defensor de la idea de equiparar los conceptos de daño y perjuicio, y acepta que toda vulneración a un interés jurídico debe constituir un daño resarcible por la responsabilidad civil¹³⁸. Por otro lado, el profesor Juan Carlos Henao es enfático en afirmar que la diferencia entre daño y perjuicio es útil para el sistema de responsabilidad civil,¹³⁹ particularmente para determinar la legitimación por activa.

¹³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp 32988. C.P Ramiro Pazos Guerrero.

¹³⁷ María Cecilia M'causland Sánchez. Op. Cit. Pág. 39.

¹³⁸ Javier Tamayo Jaramillo. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo 2. Pág 329.

¹³⁹ Juan Carlos Henao. El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Pág 76.

Así las cosas, teniendo claro que el daño constituye el elemento principal para que surja una obligación indemnizatoria, y que sin su existencia no hay razón para continuar con el análisis, se hace necesario determinar si a la luz de la jurisprudencia reciente, el daño - como requisito principal para que se genere responsabilidad civil en cabeza del causante- se puede producir por la sola transgresión de algunos derechos y, de ser así, cuáles son ellos; o si por el contrario deben probarse las repercusiones causadas por la transgresión de los derechos para ordenar una reparación. Desde la primera parte de este documento, con soporte en jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema de Justicia y en la doctrina, se estableció que el daño es el menoscabo o detrimento patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona en sus intereses protegidos, es decir que, según la doctrina y jurisprudencia a la que se acudió, para que haya daño es necesario que se produzca un efecto o consecuencia negativa en el patrimonio o en la esfera personal, afectiva o exterior de la víctima.

El profesor Javier Tamayo, actuando de forma coherente con su postura antes expuesta, aplaudió la decisión de la Sala Civil debido a que la misma aceptó que *“todo individuo tiene una gran variedad de bienes jurídicos, y que la lesión a cada uno de ellos da lugar a una indemnización propia; y que inclusive un hecho dañino puede dar lugar a la afectación de varios de esos bienes, teniendo derecho la víctima a ser indemnizada por cada bien vulnerado”*.¹⁴⁰ Sin embargo, al celebrar la decisión por encontrarse en el mismo

¹⁴⁰ Javier Tamayo Jaramillo. Cada bien lesionado constituye un daño diferente. En ámbito Jurídico 25 de marzo de 2015. Agrega citando el Tratado de responsabilidad Civil Tomo II, de su autoría, que *“desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño; si como consecuencia de esa*

sentido de sus proposiciones, no expuso los posibles efectos adversos que el reconocimiento indiscriminado de daños puede traer al sistema de responsabilidad civil, a la economía y a la situación social en la que se encuentra el país en la actualidad.

Un primer efecto indeseado que se puede presentar en caso de aceptar la lesión de un derecho como daño en sí mismo, es el de duplicar el resarcimiento, es decir, indemnizar dos veces el mismo daño, y así vulnerar el principio de reparación integral. Tanto la Sección Tercera como la Sala Civil, al reconocer esta nueva tipología de daños, advirtieron ese riesgo e intentaron plantear criterios para evitar la transgresión de estos principios, sin embargo, ninguna fue lo suficientemente clara ni contundente para lograr su cometido. Los criterios establecidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado *“se resumen en que el juez debe verificar, antes de conceder la reparación de esta categoría de daño, que: ‘a) se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional, b) que sea antijurídica, c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no está comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado’.*”¹⁴¹ En cuanto a los límites expuestos por la Sala Civil, la misma afirmó que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional *“se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo*

disminución se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima, o de víctimas diferentes, habrá entonces tantos nuevos daños como bienes afectados haya. Cada bien lesionado constituye un daño con entidad propia.”

¹⁴¹ Mariana Castro Echavarría. Daños por afectación a derechos constitucionalmente protegidos: ¿Cambio de paradigma de la responsabilidad en Colombia?. En Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. Edición 38. Noviembre 2016.

directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familia, la honra y el buen nombre”. Además estableció que el daño debe ser de grave entidad y “el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación.”¹⁴²

Así las cosas, según la jurisprudencia antes citada, la transgresión al derecho constitucional, en primer lugar, debe ser una violación de grave entidad o relevancia, lo cual es absolutamente subjetivo y amplio, pues la gravedad de una afectación en las mismas circunstancias puede variar para una y otra persona; en segundo lugar, debe comprometer en alguna medida la dignidad, la cual se encuentra ligada a todo el ordenamiento jurídico por ser un principio rector del mismo, de manera que la afectación a cualquier derecho, en cierta medida, puede llegar a comprometer la dignidad, más si se tiene presente el criterio de conexidad de los derechos fundamentales empleado por la Corte Constitucional; y, finalmente, exige que la afectación no se reconozca dentro de otro tipo de daño. Este último punto es al que debe prestarse mayor atención, pues el mismo se fijó con la finalidad de evitar una doble indemnización, pero lo que logró fue poner en duda la autonomía que se había predicado del daño a los bienes constitucionales,¹⁴³ y reconoció que siempre que se

¹⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁴³ El daño moral y el daño a la vida de relación son independientes y autónomos el uno del otro y por ello pueden ser concedidos simultáneamente a una víctima. Si una persona como consecuencia de un accidente causado por culpa de un tercero pierde las dos piernas, y en el proceso demuestra la afectación emocional que ello le causó se debe conceder una suma por daño moral, y si a la vez demuestra que por la pérdida de sus

vulnere un derecho constitucional es posible que se afecten otros intereses patrimoniales y extrapatrimoniales que, en caso de ser probados, impiden que se repare el daño a los bienes constitucionales. De esta forma, el reconocimiento de este daño siempre va a generar el riesgo de duplicar la indemnización por más límites que se intenten imponer para evitarlo. Esta categoría siempre se puede subsumir en los daños morales y extrapatrimoniales.

En el caso particular del fallo del 5 de agosto de 2014, la Corte afirmó que deben tenerse en cuenta las condiciones particulares de cada víctima de acuerdo con “*sus usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio*”, y en virtud de ello estableció que el perjuicio en el caso concreto tuvo una duración de más de cuatro años y fue causado a personas con estudios profesionales, que dependen en gran medida de su buen nombre para el desarrollo social y profesional. Sin embargo, no hizo “*análisis probatorio alguno que [permitiera] determinar que los demandantes sufrieron una real afectación inmaterial distinta del daño moral (...). Estas circunstancias, además, en caso de estar establecidas, habrían dado lugar, de seguro, al reconocimiento de un perjuicio inmaterial a la vida de relación y de uno material en forma de lucro cesante*”.¹⁴⁴ En consecuencia, de haberse probado el daño a la vida de relación por parte de los demandantes, la Corte se habría visto obligada a concederlo y a no reconocer el nuevo tipo de daño.

Con apoyo en lo anterior, es oportuno hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿El daño a los

piernas no puede jugar al balón con sus hijos, se le debe conceder una suma por el daño a la vida de relación. De esta forma, los dos perjuicios pueden ser autónomos e independientes, característica que no tiene el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional pues no es plausible afirmar que un perjuicio es autónomo e independiente de otros, pero solo se puede reparar en caso de que no coincidan.

¹⁴⁴ Maria Cecilia M´causland. Op. Cit. Pág 49

bienes de especial protección constitucional es una forma de superar las dificultades probatorias de los daños extrapatrimoniales? De ser afirmativa la respuesta, estaríamos ante una evidente transgresión de uno de los postulados esenciales del daño: la certeza, que, como se explicó en las primeras páginas de este escrito, es un elemento esencial del daño, pues garantiza su existencia y por ello requiere probarse.

6.3. INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS. UNA MIRADA ECONÓMICA HACIA LA TIPOLOGÍA DE DAÑOS

Desde la óptica económica, las normas y los fallos judiciales actúan en la sociedad como incentivos y desincentivos determinantes del comportamiento humano. De esta forma, el sistema jurídico busca incentivar los comportamientos socialmente positivos y desincentivar las actividades nocivas para la sociedad.¹⁴⁵ *“[E]l tipo de consecuencias que la Economía intenta prever y evaluar no resulta indiferente a los profesionales del Derecho”¹⁴⁶*, pues la influencia que en el comportamiento social tienen las normas y las decisiones judiciales son trascendentales para los operadores jurídicos, quienes con la regulación y las decisiones proferidas buscan forjar en determinado sentido el comportamiento de los individuos en sociedad. En este sentido, las normas reguladoras del sistema de responsabilidad civil obran como incentivos determinantes de las conductas adoptadas por los agentes, y buscan encaminarlos hacia los comportamientos deseables, así *“[u]n sistema correcto de responsabilidad civil, desde esta perspectiva alineará los*

¹⁴⁵ José María Aguilar González y Cristina Castro Sotos. Las normas jurídicas como incentivos. Unas breves notas sobre el análisis económico del derecho. Número III de 2006. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/economia.htm>

¹⁴⁶ Hugo A. Acciari. Elementos de análisis económico del derecho de daños. Asociación latinoamericana y del caribe de derecho y economía, George Mason University Law and economics center. 2009. Argentina. Pág 5.

incentivos para que el accionar privado, autointeresado conduzca a su vez a la mejor situación social posible.”¹⁴⁷

Desde la óptica económica del derecho, en la responsabilidad civil el daño se presenta como una “*desutilidad*” que soporta la víctima como consecuencia de un hecho dañoso, y la misma puede ser patrimonial o no patrimonial.¹⁴⁸ De esta forma, el daño se debe observar como una pérdida de utilidad que sufre la víctima, la cual gozaba de una ventaja o de una situación favorable que se vio reducida o eliminada como consecuencia del hecho dañoso. La simple vulneración de un derecho no necesariamente constituye un efecto desfavorable en su titular, pues si bien en muchos casos conlleva consecuencias negativas, también se encuentran supuestos en los cuales la vulneración de un derecho no conlleva una pérdida de utilidad para su titular, pues no se ve afectado de forma negativa ninguna ventaja de la que gozara previamente. De hecho, en algunas oportunidades es posible encontrar que dichas transgresiones a derechos subjetivos, pueden generar consecuencias positivas o favorables en cabeza del titular del derecho transgredido en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, lo cual en lugar de traer una *desutilidad* para el titular del derecho, le produce una utilidad.

En consecuencia, a la luz de esta argumentación, para determinar si alguien sufrió un daño en términos del análisis económico, es imprescindible dirigir la mirada hacia las consecuencias que genera la transgresión de determinado derecho, porque así como puede generar secuelas negativas, también puede beneficiar a su titular como se verá a

¹⁴⁷ *Ibidem*. Pág 181.

¹⁴⁸ *Ibidem*. Pág 71

continuación con ejemplos que demuestran los beneficios que las transgresiones a derechos pueden generar. Asimismo, es necesario analizar los incentivos y desincentivos que produciría aceptar que el daño se causa con la sola lesión a un derecho.

Como el buen nombre, la buena imagen y la honra son derechos típicamente usados como ejemplo de los derechos constitucionales que, de ser vulnerados deben repararse, es pertinente dar una mirada a una corriente de la publicidad que demuestra que la transgresión a estos derechos no siempre es negativa para sus titulares, sino que en algunas oportunidades puede generar beneficios, e incluso puede ser deseada por “las víctimas” para aprovecharse de las ventajas que le producen. “Que hablen bien o mal pero que hablen” es una proposición publicitaria que pone en evidencia lo anterior ya que se ha demostrado en reiteradas oportunidades que el simple hecho de hacer publicaciones negativas de una persona, una marca o un producto, puede ser incluso el mecanismo para alcanzar los objetivos propuestos.¹⁴⁹ Esta fue la estrategia publicitaria usada recientemente por el presidente electo de los Estados Unidos de América Donald Trump, quien provocó intencionalmente escándalos sobre su vida y la de su familia, mediante la formulación de afirmaciones discriminatorias y agresivas, las cuales indudablemente generarían severas críticas por parte de la prensa y la opinión pública; sin embargo, esto le permitió adquirir una mayor popularidad y así alcanzar su principal objetivo, convertirse en presidente de los Estados Unidos de América.¹⁵⁰ Es entonces claro que el hecho de publicar información

¹⁴⁹ Jonah Berger, Alan T. Sorensen, Scott J. Rasmussen. Positive Effects of Negative Publicity: When Negative Reviews Increase Sales. *Marketing Science*. October 2010, Vol. 29, Issue 5, Pages 815-827

¹⁵⁰ Javier Collado. *Donald Trump: que hablen de uno, aunque sea mal*. Economíahoy.mx. 20/07/2016 Disponible en: <http://www.economistaamerica.com/economiahoy/opinion/noticias/7717618/07/16/Trump-Que-hablen-de-uno-aunque-sea-mal.html>

negativa que teóricamente afecte la “buena imagen” o el “buen nombre” de una persona no necesariamente genera efectos negativos, sino que en ciertas oportunidades, incluso de forma intencional, se busca generar una polémica en torno a determinado asunto, o malos comentarios respecto de alguna persona para incrementar su popularidad. De esta forma, ordenar una indemnización a favor de quien se ha beneficiado por un hecho es un contrasentido, pues el efecto pudo ser deseado o inducido intencionalmente por el titular del derecho transgredido.

Otro ejemplo que pone en evidencia la posibilidad de que la vulneración de un derecho puede generar utilidad en su titular, es aquel caso clásico del derecho inglés en el cual el propietario de un caballo deja el animal en una pesebrera y un tercero lo monta frecuentemente sin haber obtenido permiso de su propietario; el caballo no sufre ningún mal, sino que mejora su forma de trotar a raíz del uso que le daba el tercero. De esta forma, en virtud de la vulneración al derecho, el caballo queda en mejores condiciones y adquiere un mayor valor lo cual genera para su propietario una utilidad, en este caso económica. Conceder una reparación por ello, al igual que en el ejemplo anterior, generaría en cabeza del titular del derecho un enriquecimiento sin causa, salvo que se pruebe un real detrimento en términos no patrimoniales, como una afectación emocional y se conceda una indemnización por dicho perjuicio.

En cuanto a las conductas que se pueden incentivar o desincentivar al aceptar que el daño se cause por la simple vulneración de un derecho, es pertinente retomar lo mencionado acerca de la prueba y la certeza del daño como exigencia imprescindible para llevar a cabo el estudio de la responsabilidad civil. Si se acepta que la sola vulneración de un derecho

constituye un daño en sí mismo, el cual es autónomo de los otros tipos, siempre que no se hayan probado otros perjuicios extrapatrimoniales producidos por una misma causa como lo establece la sentencia, hace percibir que el daño a bienes constitucionales se consagra como una alternativa a la prueba de los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales es sabido que no son sencillos de probar. En este orden de ideas, si los daños extrapatrimoniales son de difícil verificación probatoria y su cuantificación es siempre incierta, la creación de este daño podría incentivar una conducta tendiente a demandar en oportunidades que, bajo otras circunstancias, la víctima se habría abstenido de activar el aparato judicial por no considerarlo relevante, pero ante la posibilidad de recibir un beneficio económico, sin el esfuerzo de probar las consecuencia desfavorables, lo intentaría. Si bien es cierto que en estos casos de pequeñas molestias, muchas veces el causante queda impune, y que incentivar a las víctimas para que pongan en conocimiento de las autoridades estos hechos es deseable, no es prudente hacerlo mediante la creación de nuevos daños para poderlo enmarcar en la responsabilidad civil. Un mecanismo de denuncias ante entidades de vigilancia y control y la creación de sanciones ejemplarizantes para personas naturales y jurídicas, podría ser un camino apropiado para evitar la impunidad sin poner a tambalear el sistema de la responsabilidad civil.

6.4. ¿ESTÁ LA SOCIEDAD PREPARADA PARA ASUMIR LAS CONSECUENCIAS QUE ESTOS FALLOS GENERAN?

En la actualidad la responsabilidad civil se analiza desde el efecto o significado que el conjunto de normas y acontecimientos tienen en la sociedad, y el hecho de contemplar el derecho de daños de forma global ha dado lugar a reflexiones de orden económico y social en las decisiones judiciales y en el estudio doctrinal. Una de las preocupaciones más

grandes que aqueja a la doctrina es el papel que desempeña la responsabilidad civil desde una visión social.¹⁵¹ En este sentido, el estudio de los efectos sociales que puede tener la adopción de ciertas normas o determinadas decisiones judiciales se hace indispensable para alcanzar un sistema que cumpla con los postulados clásicos, pero que su vez satisfaga las necesidades sociales que crecen de forma incesante.

El reconocimiento del daño a la persona y de los daños extrapatrimoniales ha sido una victoria del derecho moderno y de las luchas sociales pero, como ya se advirtió, hoy en día se hace necesario fijar límites que doten de coherencia al sistema y detengan la multiplicación desenfrenada de los daños resarcibles, ya que ello puede desencadenar en la indemnización de eventos intrascendentes o daños “*bagatelares*”¹⁵², los cuales constituyen simples molestias que no afectan un interés de forma trascendente. En cuanto al origen y el desarrollo de esas nuevas tipologías de daños que han surgido en el derecho, se debe tener en cuenta que *“es propio de las llamadas sociedades de bienestar, en donde una vez satisfechas las necesidades básicas de la población, fueron apareciendo incesantemente nuevos intereses en busca de tutela, que se corresponden con los nuevos modelos y estereotipos sociales y que parecen tener como único límite la imaginación.”*¹⁵³ De esta forma, los valores y figuras surgidas en el marco de estas sociedades de bienestar no

¹⁵¹ Ricardo de Angel Yáguiez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Ed. Civitas. Madrid, España. 1996. Págs. 217 y s.s.

¹⁵² Milagros Koteich Khatib. Op Cit. Pág 79.

¹⁵³ Edgar Cortés. Constitución y responsabilidad civil. Una relación Ambivalente. Revista de derecho privado No 11 de 2006.

pueden ser trasplantados de forma inconsulta a otros sistemas como los latinoamericanos¹⁵⁴ porque “no pueden caer en la trampa de pretender resarcir, por una supuesta vanguardia, tipologías de daños que provienen de sociedades desarrolladas”.¹⁵⁵ En conclusión, no es recomendable reparar en un país sub desarrollado o en vía de desarrollo los daños que surgen en países del primer mundo, especialmente como Colombia donde las necesidades básicas no se satisfacen para gran parte de la población.

¹⁵⁴ En Colombia, la sociedad no tiene satisfechas las necesidades básicas de su población, pues un gran número de ciudadanos carece, entre otras cosas, de una vivienda digna, de educación, alimentación y acceso a servicios públicos. Los índices de necesidades básicas insatisfechas en Colombia no son alentadores, pues si bien el DANE demuestra una mejoría en los mismos, es evidente que aún no se satisfacen muchas necesidades para una masa poblacional alta, quienes como consecuencia de la marginalidad deben vivir sin agua potable, en viviendas hechas de cartón e ingiriendo alimentos en su mayoría contaminados.

¹⁵⁵ *Ibidem*. Pág 175.

7. FORMAS DE REPARACIÓN

Como consecuencia de un daño injustamente causado, se produce en cabeza del agente dañador la obligación de reparar íntegramente a la víctima por los perjuicios a ella provocados.¹⁵⁶ Esta obligación que surge *“en favor del damnificado, es, (...) una obligación civil, principal, de objeto simple, de valor, pura y simple, (...) y que podrá ser positiva o negativa, de dar, hacer o no hacer, dependiendo de la clase de daño producido en el patrimonio o en la persona del damnificado y de la modalidad de reparación que para el caso sea aplicable.”*¹⁵⁷

A pesar de los diferentes tipos de obligaciones que pueden surgir como consecuencia de la causación de un daño, en la mayoría de oportunidades en materia civil se ordena el pago de una suma de dinero, sin tener en cuenta otros mecanismos de reparación. La ley en Colombia no consagra expresamente las formas de resarcimiento que pueden ordenarse en el marco de un proceso de responsabilidad civil, y la jurisprudencia se ha centrado primordialmente en el estudio de los daños y los postulados necesarios para declarar la responsabilidad civil, dejando de lado el estudio de las formas de reparación. No obstante, en el mismo sentido expuesto por el magistrado Tolosa Villavona, debe tenerse en cuenta que estos mecanismos no empleados aún pueden constituir una vía adecuada para

¹⁵⁶ Maita María Naveira Zarra. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Editoriales de derecho reunidas S.A. Madrid, España. 2006. Pág 183.

¹⁵⁷ Arturo Solarte Rodríguez. La reparación in natura del daño. Revista Vniversitas. 11 de mayo de 2005.

solucionar algunos de los problemas que afronta la jurisprudencia, como la satisfacción de las reivindicaciones de las víctimas.¹⁵⁸

Ante el silencio legislativo acerca de las formas de reparar los daños causados,¹⁵⁹ es menester estudiar las diferentes formas de reparación que, de ser aprovechados correctamente, pueden constituir el medio indicado para alcanzar la materialización del principio de reparación plena o integral en los diferentes casos, pues a la hora de ordenar una reparación en Colombia –por lo general– se ha tenido en cuenta exclusivamente la condena al pago de una suma de dinero como única vía de resarcimiento, dejando vacíos o lagunas en la reparación de las víctimas. Esta tendencia ha sido evidente en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual si bien en algunas oportunidades tímidamente ha intentado emplear mecanismos alternativos o complementarios a la condena pecuniaria,¹⁶⁰ no lo ha hecho de forma contundente, pues se

¹⁵⁸ Eugenio Llamas Pombo. Prólogo al libro de Paloma Tapia Gutiérrez. La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medio de tutela del perjudicado. Ed. Dykinson. Madrid, España. 2013. Pág 16.

¹⁵⁹ Es pertinente mencionar que este silencio es en relación con los mecanismos de reparación en la responsabilidad civil, no obstante en algunas materias particulares hay mención a los tipos de reparación. La posibilidad de ordenar una reparación *in natura* en el ordenamiento colombiano se ha contemplado en algunas materias específicas como para el daño a derechos o intereses colectivos, al medio ambiente, en el marco de la competencia desleal, en el campo de la propiedad industrial y en el derecho penal mediante la adopción de la justicia restaurativa con el derecho de las víctimas a la reparación, el cual ordena la adopción de medidas materiales e inmateriales para desagraviar a las víctimas. Sin embargo es evidente que en el ordenamiento colombiano y en particular en el sistema de responsabilidad civil, no hay un esquema claro de los sistemas de reparación que puede emplear el operador judicial ante la causación de un daño, pues ni el Código Civil ni ninguna otra norma contempla los modos de reparación que pueden ser adoptados.

¹⁶⁰ Las tímidas manifestaciones para ordenar mecanismos de reparación diferentes al pago de una suma de dinero se puede encontrar en dos de las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que fueron previamente citadas en este trabajo; por un lado la Sentencia conocida como el fallo

percibe en ella cierto reparo para reconocer mecanismos simbólicos o materiales de reparación, y a su vez los litigantes no se han alentado a solicitarlos. Si se rompen estas barreras puede ser pertinente aceptar en el ordenamiento una forma “*más primaria o perfecta: la reparación en forma específica o in natura*”¹⁶¹, que puede contribuir a llenar los vacíos que en este ámbito existen.¹⁶²

De esta forma, el concepto de reparación debe entenderse en un sentido más amplio del que se ha adoptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y se debe dejar a un lado la tradición de equiparar la reparación de daños en general con la reparación por equivalente pecuniario, pues esta última es una especie de la primera y exclusivamente contempla la posibilidad de entregar una suma de dinero a la víctima, como equivalente al daño causado, o como compensación para los daños extrapatrimoniales. En este sentido, debe entenderse que “*el verbo reparar supone, (...) la existencia de diversas maneras que permiten volver a su estado anterior lo que ha sido dañado*”¹⁶³, entre las cuales debe

Villaveces, la Sala ordenó la construcción de un mausoleo con la finalidad de reparar el daño moral, y por el otro aquella del 24 de mayo de 1999 con ponencia del doctor Pedro Lafont Pianetta, la cual ordenó la publicación de la sentencia y rectificación de la información para reparar el daño moral causado por la afectación al buen nombre y a la honra.

¹⁶¹ Maita María Naveira Zarra. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Editoriales de derecho reunidas S.A. Madrid, España. 2006. Pág 218.

¹⁶² Es pertinente retomar lo dicho en un principio acerca de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha aceptado en mayor medida diferentes mecanismos de reparación, sin embargo ello se ha presentado como respuesta a las exigencias internacionales y a los parámetros superiores de protección que se le exigen al Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos y de forma particular en relación con las violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto armado.

¹⁶³ Juan Carlos Henao. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015. Pág 286.

aceptarse tanto la reparación por equivalente pecuniario, como la reparación específica o también llamada reparación *in natura*.

El origen del “*desinterés por la reparación en forma específica puede deberse (...) a la concurrencia de ciertas circunstancias históricas que encuentran su justificación primaria en la tradición jurídica romana. En efecto, en Roma se conocía una única forma de resarcimiento que concretada en la entrega de un equivalente pecuniario, se hallaba en coherencia con el concepto dominante del daño resarcible contemplado por la lex Aquilea, el cual era, como se sabe, eminentemente patrimonial.*” Las influencias iusnaturalistas fueron las que promovieron la inclusión de la reparación *in natura* y llegaron en primera medida a los países de origen germano.¹⁶⁴ Nuestro Código Civil, al seguir los pasos romanistas y adoptar los postulados del Código Civil Francés, exclusivamente consagró la obligación de reparar los perjuicios causados por parte del responsable, pero no mencionó los mecanismos en que dicha reparación debe concretarse, de forma que, al igual que en el derecho español, se siguió adoptando de forma preferente “*la antigua tradición romana del resarcimiento en dinero*”¹⁶⁵ que debe ser superada.

El profesor Juan Carlos Henao manifiesta su conformidad con la adopción de un sentido amplio del término reparación, en el cual se deben incluir los diferentes mecanismos que garanticen los derechos de las víctimas y una reparación íntegra para ellas. Con esta finalidad, acude a la noción de *remedy* usada por el derecho anglosajón que goza de una mayor amplitud que la noción de “reparación” adoptada en Francia, pues permea todo el

¹⁶⁴ Maita María Naveira Zarra. Op. Cit. Pág 231.

¹⁶⁵ *Ibidem* Pág 232.

sistema de responsabilidad y se aplica tanto para la responsabilidad contractual como la extracontractual, y cuenta con diferentes tipos de *remedies* que permiten adoptar múltiples formas de reparar los perjuicios causados. De esta forma, la adopción de diferentes remedios o medidas resarcitorias pueden tomarse como ejemplo para aceptar otros mecanismos de reparación en el ordenamiento colombiano.

Los mecanismos generalmente aceptados por la doctrina para el resarcimiento de los daños son: la reparación por equivalente pecuniario y la reparación en forma específica o también llamada reparación *in natura*, las cuales tienen como finalidad remediar los daños causados a un sujeto, aunque cada uno de forma diferente. La reparación por equivalente consiste en ordenar al causante del daño la obligación de entregar a la víctima una suma de dinero que correspondiente con la magnitud del mismo. Este medio de reparación es la forma apropiada de reparar los perjuicios patrimoniales, ya que en su cuantificación no se requiere mayor análisis para llegar al valor equivalente que le permita a la víctima alcanzar la situación más cercana posible la que estaría de no haber sufrido el daño. Igualmente, nada impide que este mecanismo sea empleado para reparar perjuicios extrapatrimoniales, pues si bien el pago de una suma de dinero por el sufrimiento de un daño no patrimonial, no suministra a la víctima la misma utilidad de la cual fue privada, sí puede tener una función de compensación o satisfacción para quien se ha visto perjudicado, pero no de reparación debido a la imposibilidad de valorar económicamente esta clase de perjuicios.¹⁶⁶

¹⁶⁶ *Ibidem*. Pág 219.

Como es claro que la reparación por equivalente pecuniario está armónicamente aceptada en el ordenamiento colombiano, es pertinente dar una mirada particular a la reparación en forma específica o *in natura*, la cual se entiende como una “*forma de reparación que, persiguiendo el objetivo general de la reparación del daño, esto es, la eliminación de las consecuencias de éste, consistente en la obligación del responsable de ejecutar una o varias prestaciones no pecuniarias dirigidas a reconstruir o restaurar física y económicamente a la situación jurídica que el perjudicado tendría de no haber ocurrido el hecho dañoso, y siempre que tales prestaciones no constituyan medidas de reintegración o restitución de un derecho, o de cumplimiento forzoso in natura de una obligación*”¹⁶⁷, de manera que tiene un contenido amplio que permite que la obligación resarcitoria, pueda adoptar cualquier forma que permita al menos, en la medida de lo posible, eliminar esas consecuencias dañosas y adaptarse así al tipo de afectación que se trate de reparar.

No obstante las grandes virtudes que tiene la reparación en forma específica y ser una forma idónea para conseguir una reparación adecuada, también debe afirmarse que la misma no puede ser absoluta, y que así como la reparación por equivalente pecuniario tiene límites, la reparación en forma específica también los debe tener para evitar una desproporción en las condenas y que se generen cargas excesivas en cabeza del causante del daño. Por estas razones, se han consagrado límites o excepciones a la reparación en forma específica; se ha dicho que la imposibilidad de ejecutar la medida tanto material como jurídicamente, es una excepción a esta forma de reparación, así como cuando la medida es excesivamente onerosa para el agente dañador e imponga un “*sacrificio*

¹⁶⁷ Paloma Tapia Gutiérrez. La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado. Ed. Dykinson. Madrid, España. 2013. Pág 31.

manifiestamente desproporcionado en relación con la utilidad que tal modo de resarcimiento vaya a procurar al sujeto perjudicado”.¹⁶⁸ Junto a estos dos límites, algunos autores, como Maita María Naveira Zarra, reconocen una tercera excepción, la cual consiste en la insuficiencia del mecanismo para reparar de forma satisfactoria a la víctima.¹⁶⁹

Ante el contenido tan variado que puede adoptar la reparación en forma específica, han surgido múltiples manifestaciones de la misma, como lo son la reparación o reconstrucción material de un bien deteriorado, la publicación de una rectificación, la publicación de una sentencia de condena, el retiro de circulación de escritos injuriosos,¹⁷⁰ y en general cualquier tipo de prestación de dar, hacer o no hacer, que permita, en lo posible, la satisfacción de los intereses vulnerados. En cuanto a la publicación de la sentencia de condena y el derecho de rectificación es importante mencionar que son mecanismos adecuados para reparar perjuicios extrapatrimoniales, particularmente aquellos relacionados bienes de la vida privada de las personas, como el honor, la buena imagen, la honra y el buen nombre, entre otros.¹⁷¹ De esta forma, puede ser una vía adecuada para reparar las

¹⁶⁸ Maita María Naveira Zarra. Op.Cit. Pág 244 y s.s.

¹⁶⁹ Estos límites han sido reconocidos igualmente por el Código Civil Alemán (BGB), el Código Civil Portugués y el Código Civil Italiano.

¹⁷⁰ Maita María Naveira Zarra. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Editoriales de derecho reunidas S.A. Madrid, España. 2006. Pág 259.

¹⁷¹ Maita María Naveira Zarra. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Editoriales de derecho reunidas S.A. Madrid, España. 2006. Pág 259. En el mismo sentido De Cupis establece que *“La reintegración en forma específica del interés moral puede también producirse publicando la sentencia que condena al culpable (...) [y] es especialmente idónea para reparar el daño no patrimonial causado al honor (reputación) o los otros bienes morales”* Adriano De Cupis. El Daño. Ed Bosch. Barcelona, España. 1996. Pág. 839.

consecuencias producidas a las víctimas en su buen nombre, sin necesidad de crear una nueva clasificación de la tipología de daños, ni de condenar al causante del daño al pago de una suma de dinero sin justificación clara.¹⁷² La publicación de la sentencia y una orden de rectificar la información en un medio de amplia difusión, son medidas que pueden regresar las cosas a la situación mas cercana posible a aquella en la que estarían las víctimas, de no haberse causado el daño, como una medida complementaria a la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, sin que ello pueda generar un enriquecimiento para las víctimas.

¹⁷² Es pertinente recordar que esto también lo afirmó el magistrado Armando Tolosa Villabona en la aclaración de voto formulada.

8. PROPUESTA PERSONAL

Luego del recorrido hecho por los tipos de daños extrapatrimoniales que se han reconocido en la jurisprudencia colombiana, y de analizar el concepto de daño junto con sus requisitos, es indiscutible que el sistema de responsabilidad civil en Colombia requiere una dosis de armonía y coherencia, pues como se hizo evidente, está en riesgo de caer en un caos conceptual si no se estructura sobre unas bases sólidas. De esta forma, así como se aplaudió la iniciativa legislativa promovida ante el Congreso de la República, es pertinente hacer un llamado para no desfallecer en la elaboración juiciosa de una legislación en la materia armonice el sistema en relación con los daños extrapatrimoniales. Es preciso hacer un llamado a la voluntad legislativa para regular el derecho de daños de forma armónica, y por qué no, actualizar el régimen del derecho civil, tomando como ejemplo iniciativas de este calado como se hizo en Argentina, con la finalidad de satisfacer las nuevas necesidades, conservando los postulados fundamentales del derecho civil. El Código Civil y Comercial de la Nación en materia de daños extrapatrimoniales, entre otras cosas, estableció que *“Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo”*¹⁷³, teniendo en cuenta las consecuencias del hecho dañoso para la indemnización de los perjuicios.

Antes que nada, es prudente anotar que no se pretende desconocer los derechos fundamentales y la especial protección que ellos merecen, sino otorgarle a cada dispositivo que nos brinda el ordenamiento su labor específica y evitar que la responsabilidad civil

¹⁷³ Código Civil y Comercial de la Nación. República de Argentina. Artículo 1741.

asuma funciones que no le son propias. El derecho a la vida, a la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, la honra, la libre locomoción, el debido proceso, incluso la paz y todos los derechos fundamentales,¹⁷⁴ gozan de la Acción de Tutela como mecanismo de protección, que permite preservarlos cuando ellos sean vulnerados, o evitar su vulneración cuando se encuentren amenazados.¹⁷⁵ Incluso, por medio de la Acción de Tutela, *“el juez constitucional podría decretar una indemnización, siempre que confluyan varias condiciones, dentro de las cuales se destaca que los accionantes no cuenten con otro medio judicial para reclamar los perjuicios a los que consideran tener derecho por la acción arbitraria a la que fueron sometidos y que vulneró sus derechos fundamentales.”*¹⁷⁶, de esta forma, por este medio se pueden reparar las afectaciones a derechos fundamentales, sin involucrar a la responsabilidad civil cuando no se cumplan sus postulados esenciales, como en las vulneraciones a derechos constitucionales que no generan detrimento en el patrimonio o en la esfera personal.

Si las transgresiones a los derechos fundamentales, además causan detrimento patrimonial o afectación en la esfera personal o de relación con el mundo exterior, siempre que se cumpla con los postulados básicos para ordenar una reparación, la responsabilidad civil debe actuar ordenando las reparaciones pertinentes, pero siempre teniendo en cuenta sus pilares esenciales y exigiendo prueba de las afectaciones causadas, sean patrimoniales o extrapatrimoniales.

¹⁷⁴ Constitución Política de Colombia. Artículos 11-40.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Artículo 86. – Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

¹⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-352 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Teniendo clara la postura anteriormente expuesta, se puede proceder a analizar las diferentes opciones que existen para satisfacer las necesidades que se presentan actualmente, y si reconocer el daño a bienes constitucionales es o no una medida adecuada. En primera medida, en relación con la función sancionatoria que le puede otorgar el reconocimiento de este tipo de daños a la responsabilidad civil se debe decir que no se ha aceptado en el derecho colombiano, y no es la vía adecuada para satisfacer las reivindicaciones de los derechos constitucionales, pues otorgarle esta función a la responsabilidad, implicaría dirigir el estudio a la conducta del causante del daño,¹⁷⁷ y no a la reparación de la víctima. De esta forma, así la víctima se beneficie al recibir las sanciones y sea un medio para desincentivar conductas perversas, no es el medio indicado para garantizar la protección y la reparación integral de las víctimas. El carácter punitivo se concede dependiendo de la gravedad de la acción, pero hay acciones que no denotan tal gravedad y pueden vulnerar derechos fundamentales que causen diferentes perjuicios, en consecuencia, no habría una igualdad material para las víctimas que pueden sufrir el mismo perjuicio producto de una lesión a derechos constitucionales.

En cuanto a la viabilidad de considerar como un daño toda afectación a los derechos constitucionales, de acuerdo con las advertencias hechas en su momento, y de conformidad con el salvamento de voto y la aclaración hecha a la sentencia de 2014, es claro que la conclusión a la que se llega con este escrito es que aceptar esa concepción de daño es altamente riesgoso para la seguridad jurídica y para la estabilidad y coordinación del sistema de daños. De esta forma, es prudente rescatar varios postulados incluidos en el

¹⁷⁷ Pablo Salvador Coderch. Op Cit.

proyecto de ley de daños a la persona que pueden dar una orientación adecuada en este aspecto. En primera medida, se considera acertado tener en cuenta el principio de vertebración que allí se adoptó, el cual consiste en apreciar de manera individual los daños patrimoniales y los no patrimoniales, y dentro de cada uno de ellos valorar de forma separada cada uno de los diferentes perjuicios que se puedan causar, sin permitir que se adopten nuevas formas o tipologías diferentes de las allí consagradas. Así, la ley debe encargarse de tipificar, con base en las consecuencias que se puedan causar en el ámbito no patrimonial de la víctima, los diferentes perjuicios resarcibles, sin dejar en manos del operador judicial la posibilidad de crear nuevas tipologías o criterios. Adicionalmente, se debe garantizar que dichos perjuicios sean autónomos e independientes entre sí,¹⁷⁸ y que permitan a la víctima, luego de la reparación, quedar en una situación similar a aquella en la que estaría de no haber ocurrido el hecho dañoso para dar pleno cumplimiento al principio de reparación integral. Independientemente de si se acepta o no la diferenciación expresa entre daño y perjuicio¹⁷⁹, lo importante es determinar que los daños, para ser resarcibles, deben constituir efectos adversos en el patrimonio o en la esfera interna o externa del sujeto, es decir, que su clasificación se debe hacer teniendo en cuenta las consecuencias desfavorables que un hecho dañoso puede causar en una persona, y no en sus causas, pues como ya se evidenció, reparar tanto causas como consecuencias pone en riesgo las bases estructurales de la responsabilidad civil.

¹⁷⁸ Se hace la aclaración de que la norma debe garantizar que los perjuicios sean autónomos entre sí para no adoptar criterios abstractos y etéreos como lo hizo por ejemplo la sentencia del 5 de agosto de 2014 la cual, a pesar de proclamar la autonomía de los tipos de daños, terminó aceptando la subsidiariedad del “daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional”.

¹⁷⁹ La diferenciación entre daño y perjuicio que consagraba el proyecto de ley es una medida adecuada para garantizar que se reparen las consecuencias adversas causadas por las transgresiones a los derechos.

En este sentido, y de conformidad con lo que tenía sentado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia antes de proferir el fallo del 5 de agosto de 2014, los daños extrapatrimoniales se deben presentar en forma de daño moral, que *“corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo”* y como el daño a la vida de relación, que *“constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado a causa de una lesión infringida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó ‘actividad social no patrimonial’”*¹⁸⁰. Esta clasificación, sin incluir como daño autónomo el correspondiente a los derechos constitucionales, pues el mismo se causa con la mera vulneración a un derecho, y no tiene en cuenta sus consecuencias ni los efectos nocivos que pueden ser perfectamente reparados mediante el daño a la vida de relación, ya que el mismo cobija las afectaciones en la vida externa del individuo, que pueden tener origen en lesiones físicas o afectaciones relacionadas con derechos de la personalidad, dentro de lo cual se deben incluir los derechos constitucionales.¹⁸¹ En este punto, es pertinente aclarar que siempre que se vulnere un derecho constitucional deberá hacerse el análisis de las consecuencias causadas por dicha vulneración para determinar si hubo una afectación en la esfera interna o externa de la víctima y repararla con base en dicho análisis.¹⁸² Respecto del

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

¹⁸¹ La misma providencia que se viene citando estableció que el daño a la vida de relación: *“no solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales.”*

¹⁸² Es de rescatar lo consagrado en el proyecto de ley acerca de las afectaciones a derechos constitucionales, pues en su articulado estableció que *“[n]o serán constitutivos de perjuicio la simple violación del buen*

daño psicofísico que consagra el proyecto de ley se puede decir que el mismo también puede ser comprendido dentro del daño a la vida de relación, de forma que no se considera prudente incluirlo como un tipo autónomo de daño, pues generaría los mismos riesgos advertidos para el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional.

Además de establecer de forma clara cuáles son los tipos de daños extrapatrimoniales resarcibles en el ordenamiento, de acuerdo con la exposición del magistrado Tolosa Villavona en la aclaración de voto a la sentencia de 2014, también es necesario tener presente que uno de los vehículos que permite garantizar a las víctimas su reparación integral es la adopción de diferentes mecanismos de reparación. Un sujeto queda en la situación más cercana a la que estaría de no haber ocurrido el hecho si materialmente se logran deshacer, las consecuencias causadas, sea de forma económica o no económica. Es por esto que también es conveniente consagrar expresamente la posibilidad de ordenar una reparación material o específica, que consista en la ejecución de obligaciones de hacer, de no hacer y de dar, para atender las nuevas reivindicaciones y garantizar el principio de reparación integral. A manera de ejemplo se puede mirar el Código Civil Italiano, el cual

*“[e]n el artículo 2058 dispone que el damnificado puede requerir la reintegración en forma específica, siempre que ésta sea posible en todo o en parte. En dicha norma, se codifica el principio de restablecimiento pleno de la situación lesionada por el evento dañoso.”*¹⁸³ Esto puede ser adoptado por la legislación colombiana para reconocer en materia civil los mecanismos materiales de reparación, pues una vez consagrados

nombre, la dignidad, la honra u otros bienes de la personalidad mientras dicha violación no genere ninguna repercusión”

¹⁸³ Guido Alpa. Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. Traducido por Leysser L. León. Ed. Jurista Editores. Lima, Perú., 2006. Pág 835.

legalmente, los jueces tendrán la obligación de ordenar estas medidas. Adicionalmente, consagrar la reparación en forma específica permite que en la medida en que surjan nuevas tecnologías, ellas se aprovechen para crear nuevas formas de resarcimiento que garanticen a las víctimas la reparación integral, sin arriesgar los postulados básicos de la responsabilidad civil con la creación de nuevos daños.

En esta medida, se propone la consagración expresa de las diferentes formas de reparación de perjuicios, incluyendo aquella que se presenta en forma específica como mecanismo preferente para el resarcimiento de perjuicios extrapatrimoniales, siempre que sea posible, y se tengan en cuenta las limitaciones que usualmente se imponen. Dicha reparación se debe ordenar siempre que no sea jurídica o materialmente imposible, o excesivamente onerosa para el causante del daño. En cuanto a la insuficiencia de la medida como argumento para no concederla, si la medida satisface parcialmente las necesidades de la víctima y no es excesivamente oneroso ni imposible de ejecutar, ella se puede complementar con el equivalente pecuniario que sea proporcional.

Para adoptar los límites y estas medidas de reparación se pueden tener como referentes normativos el artículo 251 del BGB, el artículo 2058 del Código Civil Italiano y el artículo 566.1 del Código Civil Portugués, los cuales establecen los eventos en los cuales la reparación en forma específica debe ser reemplazada por la reparación por equivalente pecuniario.¹⁸⁴

¹⁸⁴ El artículo 251 del BGB, *“(1) To the extent that restoration is not possible or is not sufficient to compensate the obligee, the person liable in damages must compensate the obligee in money.*

(2) The person liable in damages may compensate the obligee in money if restoration is only possible with disproportionate expenses. Expenses incurred as a result of the curative treatment of an injured animal are not disproportionate merely because they significantly exceed the value of the animal.” El artículo 2058 del Código Civil Italiano *“Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.*

Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore (att. 194).” El artículo 566.1 del Código Civil Portugués: *“Art.º 566º - Indemnização em dinheiro: 1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.*

9. BIBLIOGRAFÍA

1. Adriano De Cupis. *El Daño*. Ed Bosch. Barcelona, España. 1996.
2. Andrés Orión Álvarez. *Los daños inmateriales: Estado de la jurisprudencia en Colombia y en el derecho comparado*. En Derecho de la Responsabilidad Civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Tomo I. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá, Colombia. 2011. Pág 186.
3. Arturo Solarte Rodríguez. *La reparación in natura del daño*. Revista Vniversitas. 11 de mayo de 2005.
4. Carlos Alberto Ghersi. *Teoría general de la reparación de daños*. Editorial Astrea-Universidad del Rosario. 3 Edición. Buenos Aires- Bogotá. 2013.
5. Código Civil Alemán (BGB)
6. Código Civil Italiano.
7. Código Civil Portugués.
8. Código Civil y Comercial de la Nación. República de Argentina. Artículo 1741.
9. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993.
10. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000.
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Documento ordenado mediante acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales.

12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, C.P. Enrique Gil Botero.
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp 32988. C.P Ramiro Pazos Guerrero.
14. Constitución Política de Colombia de 1991.
15. Corte Constitucional. Sentencia T-352 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
16. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Aclaración de voto a la sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Pág 72.
17. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Salvamento de voto a la sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, Margarita Cabello Blanco y Fernando Giraldo Gutiérrez. Pág 72 129.
18. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2016. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.
19. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de noviembre de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.
20. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.
21. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de abril de 2009. M.P Cesar Julio Valencia Copete.
22. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1998. M.P. Rafael Romero Sierra.
23. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas.

24. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968. M.P Fernando Hinestrosa.
25. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.
26. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de marzo de 1941. M.P Hernán Salamanca.
27. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2010. M.P William Namén Vargas.
28. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nanneti.
29. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968. M.P. Fernando Hinestrosa Forero.
30. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de mayo de 1999. M.P. Pedro Lafont Pianetta.
31. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.
32. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 2013. M.P. Ariel Salazar Ramírez.
33. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.
34. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág 36
35. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág 39.

36. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008.
37. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.
38. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.
39. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 15 de julio de 1949. M.P. Belisario Agudelo D.
40. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencias del 23 de abril de 1941. M.P. Aníbal Cardozo Gaitán y M.P. Arturo Tapias Piloneta.
41. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Aclaración de voto presentada por Arturo Solarte Rodríguez.
42. Édgar Cortés. *Constitución y Responsabilidad Civil. Una relación ambivalente*. Revista de derecho privado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006.
43. Eduardo A. Zannoni. *El daño en la responsabilidad civil*. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2005.
44. Enrique Barros Bourie. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2009.
45. Eugenio Llamas Pombo. *Prólogo al libro de Paloma Tapia Gutiérrez. La reparación del daño en forma específica*. El puesto que ocupa entre los medio de tutela del perjudicado. Ed. Dykinson. Madrid, España. 2013.
46. Guido Alpa. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Traducido por Leysser L. León. Ed. Jurista Editores. Lima, Perú., 2006.

47. Hugo A. Acciari. *Elementos de análisis económico del derecho de daños*. Asociación latinoamericana y del caribe de derecho y economía, George Mason University Law and economics center. 2009. Argentina.
48. Javier Collado. *Donald Trump: que hablen de uno, aunque sea mal*. Economíahoy.mx. 20/07/2016 Disponible en: <http://www.economistaamerica.com/economiahoy/opinion/noticias/7717618/07/16/Trump-Que-hablen-de-uno-aunque-sea-mal.html>
49. Javier Tamayo Jaramillo. *Cada bien lesionado constituye un daño diferente*. En ámbito Jurídico 25 de marzo de 2015.
50. Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo 2. Ed Legis. Segunda edición. Bogotá, Colombia. 2007. Pág. 336.; Juan Carlos Henao. Op. Cit. Pág 87.
51. Jonah Berger, Alan T. Sorensen, Scott J. Rasmussen. *Positive Effects of Negative Publicity: When Negative Reviews Increase Sales*. *Marketing Science*. October 2010, Vol. 29, Issue 5, Pages 815-827
52. Jorge Cubides Camacho. *Obligaciones*. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2010.
53. Jorge Parra Benítez. *La constitucionalización del Derecho privado en Colombia*. En Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho, homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo. Tomo II.
54. Jorge Santos Ballesteros. *Responsabilidad Civil*. Tomo 1. Ed. Temis, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia 2008. Pág. 341.
55. José María Aguilar González y Cristina Castro Sotos. *Las normas jurídicas como incentivos*. Unas breves notas sobre el análisis económico del derecho. Número

- III de 2006. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en:
<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/economia.htm>
56. Juan Carlos Henao. *El Daño*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2007.
57. Juan Carlos Henao. *Las formas de Reparación en la Responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las Acciones contra el Estado*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366.
58. Luis Díez Picazo. *El escándalo del daño moral*. Cuadernos Civitas. Ed. Thomson Civitas. Navarra, España. 2008. Pág 33.
59. Maita María Naveira Zarra. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Editoriales de derecho reunidas S.A. Madrid, España. 2006. Pág 183.
60. Marcelo J. López Mesa. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Pág 66.
61. María Cecilia M´causland Sánchez. *Tipología y reparación de daño inmaterial en Colombia, comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2015. Pág 30.
62. Mariana Castro Echavarría. *Daños por afectación a derechos constitucionalmente protegidos: ¿Cambio de paradigma de la responsabilidad civil en Colombia?* En Revista de l Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Noviembre 2016.
63. Mario Luis Vivas. *Los Sistemas de Indemnización en el Código Civil Argentino: El mito de la reparación integral y la indemnización tarifada*.

64. Milagros Koteich Khatib. *La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Ed. Universidad Externado. Bogotá, Colombia 2015. Pág
65. Pablo Salvador Coderch. *Punitive Damages*. Universidad Pompeu Fabra. Disponible en :
<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/Punitive%20Damages%20Pablo%20Salvador%20Coderch.pdf>
66. Paloma Tapia Gutiérrez. *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medio de tutela del perjudicado*. Ed. Dykinson. Madrid, España. 2013. Pág 31.
67. Pilar Domínguez Martínez. *Inminente y esperada modificación del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Revista CESCO del derecho del consumo No. 13/2015.
68. Proyecto de Ley 122 de 2015 (Senado). Artículo 13.
69. Ricardo de Angel Yáguez. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Ed. Civitas. Madrid, España. 1996. Págs. 217 y s.s.
70. Sergio Rojas Quiñones. Comentarios a la sentencia del 5 de agosto de 2014. *Ámbito Jurídico*. Edición 414. 26 de marzo de 2015.
71. Sergio Rojas Quiñones. *El Daño a la Persona y su Reparación Sobre la Teoría General, los Sistemas de Cuantificación, la Prueba y los Casos Difíciles*. Ed. Ibañez. Bogotá, Colombia. 2015.