

EL PROCESO DE REPARACIÓN DIRECTA EN CONTRA DEL ESTADO COLOMBIANO

Andrés Orión Álvarez Pérez¹

Resumen

El presente escrito hace un breve recorrido por el estado de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia Colombiana en relación el proceso de reparación directa que instauran las víctimas de daños antijurídicos causados por la Administración, mediante el mecanismo o proceso jurisdiccional conocido en nuestro medio como “la acción de reparación directa”.

La Constitución Nacional de Colombia, tiene establecida y regulada la forma en que los particulares acuden a la administración de Justicia, cuando sus derechos han sido vulnerados por el Estado, para que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se tramite el proceso tendiente a reparar a las víctimas de hechos lesivos, de daños y perjuicios, en sus diferentes manifestaciones, causados por la Administración, determinando puntualmente que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Pues bien, esta facultad constitucional y legal que tiene en defensa de sus intereses, el ciudadano en contra del Estado, ha generado múltiples acciones de reparación directa, en sus manifestaciones de imputación diversas, (falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional), por ejemplo por actos médicos cuando es el Estado prestador de los servicios de salud, por la seguridad debida a sus habitantes en casos de actos terroristas impetrados en contra de establecimientos o instituciones representativas del Estado, por la seguridad aérea, por zonas de despeje en procesos de negociación con grupos insurgentes, por el ejercicio de actividades peligrosas, por el error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad, entre otros muchos casos.

¹ Abogado Universidad de Medellín, especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, miembro fundador y directivo del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, Director de la Revista “Responsabilidad Civil y del Estado”, docente.

PALABRAS CLAVE: Régimen de falla en el servicio, teoría del daño especial y del riesgo excepcional, demandas contra el Estado, acción de reparación directa, víctimas del conflicto armado, responsabilidad con culpa, reparación integral del daño, daño moral, daño fisiológico, daño a la vida de relación, daño biológico, daño a la salud, y daño a la persona.

Sumario

1. Introducción
2. Aspectos procesales de la acción de reparación directa
3. Algunas cifras acerca de la magnitud de las demandas
4. Títulos de imputación
Falla en el servicio, riesgo excepcional, daño especial
5. El precedente jurisprudencial en Colombia
6. Los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia colombiana
Daño moral, daño fisiológico, daño a la vida de relación, daño a la salud
7. Desarrollo del principio de reparación integral en las acciones de reparación directa

Reconocimiento al maestro y amigo

Tengo el honor de participar en el X Congreso Panameño de Derecho Procesal, por generosa invitación del Presidente del Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal, destacado Magistrado, Doctor Abel Augusto Zamorano, sin duda un jurista destacado, docente consagrado, investigador, líder en la formación de importantes grupos de estudio, académico por excelencia, tratadista, en fin, en pocas palabras, ejemplo de disciplina, rigor y emprendimiento académico, quien con su amistad nos honra.

1. Introducción

El objeto del trabajo se centrará en el análisis de la permanente evolución doctrinal y jurisprudencial de las acciones impetradas en contra del Estado Colombiano en el ejercicio de la acción de reparación directa, para lo cual nos apoyaremos inicialmente en algunas cifras, y luego en la síntesis de importantes pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano.

Todo ello deberá necesariamente ir acompañado de la tipología o clasificación de daño, es decir, de la forma como en especial respecto de los daños inmateriales, se imponen las condenas al Estado Colombiano. Por tanto abordaremos el análisis jurisprudencial tanto de los perjuicios morales, como de los llamados perjuicios fisiológicos o daño a la vida de relación, y del daño a la salud, desde sus orígenes, precedentes, avances, cambios de pauta, parámetros para su tasación y evolución.

A manera de introducción al tema, podemos decir que los perjuicios inmateriales son aquellos quebrantamientos a bienes que no tienen un contenido económico o no son susceptibles de una valoración patrimonial en términos precisos y objetivos, pero que al ser bienes jurídicos, deben ser protegidos por el ordenamiento, y una vez verificado que existe un menoscabo en la facultad de ejercerlos plenamente, deben ser indemnizados. Dentro de este tipo de perjuicios la doctrina tanto nacional como extranjera ha incluido entre otros, para referirse a los daños inmateriales, los llamados daños a la integridad física, estéticos, biológicos, a la persona, a la salud, existenciales, al honor, al buen nombre, sexuales, perjuicio al agrado, daño al proyecto de vida, perjuicio al goce de vivir, alteración en las condiciones de existencia, daño sicofísico, a los placeres de la vida y a la serenidad familiar; sin embargo la Jurisprudencia Colombiana se refiere sólo al daño moral², daño fisiológico³, daño a la vida de relación⁴, y daño a la salud⁵, aunque con algunos avances que oportunamente referiremos.

² La primera vez que nuestra jurisprudencia reconoce y ordena indemnizar el daño moral es en el llamado fallo Villaveces, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1922, cuyo magistrado ponente fue el doctor Tancredo Nannetti. En esta ocasión, se ordenó construir un monumento como reconocimiento a la memoria de la esposa muerta, pues los restos de ésta habían sido exhumados sin autorización del demandante.

³ Posteriormente, a través de Sentencia del 14 de febrero de 1992, magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en el caso de *Mariana Barazutti Chiapolino*, reconoce la existencia del perjuicio fisiológico como un nuevo daño inmaterial, aunque anteriormente el Tribunal Superior de Antioquia había hecho valiosos aportes en este sentido. Cabe precisar que el avance definitivo se hizo por medio de sentencia del Consejo de Estado del 6 de mayo de 1993, magistrado ponente Julio César Uribe Acosta, en dónde se le reconoció autonomía a este perjuicio frente al daño moral. A pesar de ello, dicho reconocimiento resultó contradictorio en tanto que otorgó una suma de dinero a una persona lisiada para que sufragara el costo de una silla de ruedas necesaria para su movilización, cubriendo de esta forma una manifestación del daño emergente (valor de la silla), sin incluir el concepto de perjuicio fisiológico definido.

⁴ Durante varios años el Consejo de Estado se cuestionó la verdadera procedencia o adecuación del término «perjuicio fisiológico»; así, en una aclaración de voto a la sentencia 12499 del 13 de junio de 1997, el magistrado Ricardo Hoyos Duque menciona: «El adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.)»; explicándose posteriormente por la misma corporación que dicha denominación de *fisiológico* se debe a una infortunada traducción de una sentencia de la Corte de Casación francesa; finalmente, y sólo a

La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo, de esa angustia, pesar, congoja, tristeza, depresión, «achicamiento del alma» en palabras del maestro Jorge Mosset Iturraspe, se torna compleja su demostración. Sin embargo, puede decirse que dicha dificultad no lo hace imposible e incluso algún sector de la doctrina, como Adriano de Cupis, considera que «a veces es evidente la existencia del daño consistente en el dolor moral». Y además que «el daño no patrimonial no se agota en el dolor, ya que en su más amplia acepción, como lesión de un interés personal no patrimonial, está íntimamente ligado a la violación del derecho de la personalidad en forma y manera tal que la prueba de su violación contiene en sí la prueba de su existencia»⁶; igualmente, el doctor Juan Carlos Henao menciona que «basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda»⁷.

En atención a ello es que encontramos que la indemnización por daños inmateriales apunta a un fin satisfactorio o compensatorio, más no resarcitorio o reparatorio como ocurre en el caso de los perjuicios materiales, y no por esto puede decirse que se esté incursionando en el campo de la seguridad social, ni de la solidaridad, ni sobrepasando los límites de la responsabilidad civil, que tiene como fin reparar o dejar indemne el patrimonio del perjudicado⁸.

partir del 19 de julio de 2000, la jurisprudencia colombiana cambia la concepción de perjuicio fisiológico, con la sentencia 11842 del Consejo de Estado, por la de «*daño a la vida de relación*».

⁵ Sección Tercera, Consejo de Estado, Septiembre 14 de 2011, Exp. 38.222 – 19.031, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero.

⁶ De Cupis, *El Daño*: 764.

⁷ Henao, Juan Carlos, *El Daño*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 998: pág. 244.

⁸ Henao J.C., 1998: 230 y 231: «Se ha considerado, en efecto, teniendo en cuenta la célebre frase que enuncia que “las lágrimas no se monedean”, que indemnizar un perjuicio que de por sí no tiene una naturaleza económica es desbordar el campo de la responsabilidad civil que busca dejar patrimonialmente indemne a la víctima. Si tal es el objeto de la indemnización civil, no se puede concebir cómo se pueda dejar indemne del dolor, de una desfiguración física, de un estado mental inestable, etc. A pesar de que la doctrina reseñada sea entendible, no se aceptan sin embargo los fundamentos en que se sustenta. En efecto, la indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero frente a un daño moral, por ejemplo, no busca el pago de las lágrimas ni del dolor producido por el hecho dañino. Las lágrimas vertidas están naturalmente fuera del comercio; el dolor es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo. Sin embargo, si ubicamos dicha indemnización desde el ámbito de la compensación y no de la restitución del bien afectado, aquella se defiende en plano conceptual».

Así lo han entendido nuestros jueces, a quienes discrecionalmente les corresponde efectuar dichos reconocimientos, por ello extractamos un aparte de una Sentencia del 20 de abril de 2005, expediente 15.247, Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en donde se expresó:

«En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sala que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico, tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado, y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba».

2. Aspectos procesales de la acción de reparación directa

Pues bien, en virtud de la reciente entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, estamos frente al inicio de la oralidad en Colombia. Sistema que toda sociedad democrática reclama, si él apunta hacia la celeridad de los trámites, la economía procesal y las garantías constitucionales del debido proceso, derecho de defensa, igualdad y contradicción.

Se mantiene la caducidad de la presente acción en el término de dos años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior, y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia, al tenor del artículo 164 de la referida norma, de tal manera que este aspecto no ofrece modificaciones para acceder a la administración de justicia.

Si aparece otra novedad, y tiene que ver con el artículo 161 de la referida ley, cuando ya exige un requisito de procedibilidad para formular la demanda, consistente en la realización previa de la audiencia de conciliación prejudicial, con lo cual se busca que entre las partes, (accionante – Estado), mediante el diálogo directo solucionen su conflicto jurídico, siempre y cuando los asuntos sean conciliables y estemos frente a acciones de reparación directa, que es el interés del presente escrito, además de otras acciones, tales como, nulidad relativa con restablecimiento del derecho y controversias contractuales.

3. Algunas cifras acerca de la magnitud de las demandas

Actualmente en Colombia se tramitan más de doscientas mil procesos contenciosos de reparación directa en contra del Estado Colombiano, con unas pretensiones aproximadas a los 957 billones de pesos Colombianos⁹; cifra astronómica y difícil de interpretar en Colombia y en cualquier latitud del mundo, pero para dimensionarla un poco, podríamos decir que en un país con 45 millones de habitantes como el nuestro, con el dinero de dichas pretensiones, se podría construir 33 millones de viviendas de interés social, quinientos mil jardines infantiles y escuelas, así como costear los estudios superiores, (universitarios) a cincuenta y cinco millones de estudiantes, lo que refleja la magnitud de las pretensiones, sin que ello pueda traducirse en sentencias o condenas realmente efectivas, pero que sin duda muestra el nivel de complejidad y de litigiosidad de nuestra nación.

4. Títulos de imputación

a. Régimen de la falla en el servicio

La falla del servicio, es entendida como el régimen de responsabilidad estatal principal, definida como la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, esto es, cuando la acción o la omisión estatal causantes de perjuicio lo ha infringido¹⁰.

Se trata del régimen de imputación que por regla general opera en relación con las acciones reparatorias impetradas en contra del Estado. Surgen otros medios o formas de imputación de responsabilidad, como lo son el riesgo excepcional y el daño especial, pero se repite, excepcionales a esta regla general de la imputación vía falla en el servicio.

La demostración de una acción u omisión constitutiva de la falla del servicio imputable a una entidad oficial, determina que el asunto se maneje por las reglas del sistema de la falla del servicio probada o con culpa, así los hechos puedan situarse dentro de un régimen de presunción de falla.

⁹ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Boletín de prensa No. 2, octubre 23 de 2012.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 30 de 1990, C.P. José Antonio de Irisarri, Exp. 3510.

... la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala (Sección Tercera, Consejo de Estado), conduce sin embargo, a concluir, por una parte, que el artículo 90 de rango constitucional, es la base en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de responsabilidad contractual o extracontractual, precisando en cuenta a esta última, que son dos los elementos basilares que la complementan: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.

La ilicitud o antijuridicidad del daño, están ínsitos en el daño mismo, sin referencia alguna a la ilicitud o licitud de su causa, en otros términos, el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita; pero también de una causa lícita. Esa doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva. Dicho de otro modo, no basta con que exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es necesario además, que dicho daño sea imputable, esto es, atribuido jurídicamente al Estado; la imputación, según lo enseña Eduardo García De Enterría, es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño¹¹.

b. Régimen de riesgo excepcional

El fenómeno de la imputación, obedece al interrogante, quién debe responder, así las cosas, el surgimiento del título jurídico de imputación por riesgo excepcional, obedece a la necesidad de que se diera un tratamiento especial a los casos en los cuales, la concreción de un riesgo creado lícitamente por la administración, causara un daño a un miembro de la sociedad.

El Consejo de Estado, lo ha definido¹² así: *"El Estado responde cuando quiera que en la construcción de una obra pública o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de toda la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar "un riesgo de naturaleza excepcional", que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio."*

¹¹ Sección Tercera, Consejo de Estado Colombiano, Exp. 6144, septiembre 10 de 1993, citada por Gil Botero, Enrique, Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, jurisprudencia 1991 – 2011, Tomo I, Temis, 2013.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, febrero 20 de 1989, C.P. José Antonio de Irisarri, Exp. 4655.

La restricción que se establecía al inicio del desarrollo de este título de imputación, o inclusive del daño especial, en el sentido de que el atentado terrorista debía estar dirigido contra "*un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo, o un personaje de la cúpula administrativa*", ha variado, en el entendido que de estas referencias limitaban los derechos de otras víctimas a ser resarcidas, cuando el acto estuviere dirigido contra otra entidad representativa del Estado, por lo tanto, esta relación, mereció el reparo y la modificación, en tanto no era una lista taxativa, sino meramente enunciativa, que por tanto ha permitido la inclusión de todas las entidades, autoridades o servicios que representen al Estado en una forma más omnicomprensiva, así al exigirse que el acto terrorista vaya dirigido contra uno cualquiera de los tres objetivos que señala la jurisprudencia, muchas víctimas eran excluidas de la posibilidad de resarcimiento, sin embargo existe un precedente que el mismo Consejo de Estado, ha dejado pasar inadvertido y que proyecta considerablemente el límite impuesto al concepto de la organización estatal como objetivo de ataque en su reducida concepción triádica; en la consolidación que viene haciendo la jurisprudencia sobre el tema resultaría plausible retomar su aplicación, por las consecuencias jurídicas que en este campo se darían, desmitificando la concepción ontológica del Estado, de manera tan reducida, se dijo: "La precisión jurisprudencial a la cual se alude toca con el tema discutido, y en torno al mismo, ha sido clara la posición según la cual la obligación de reparar el daño, cuando éste se produzca como consecuencia de un atentado terrorista o en general violento dirigido contra el Estado, no importa como esté representado. Así se ha dicho puede ser un centro de comunicaciones al servicio del mismo, un personaje representativo de la cúpula administrativa, y en fin, un objeto claramente identificable como del Estado, y más recientemente se precisó: "Considera la Sala que no hay razón para limitar la responsabilidad Estatal a los eventos en los cuales el ataque terrorista se dirige contra un objetivo militar o policivo, sino que debe extenderse a todos aquellos casos en los que sea "un objeto claramente identificable como del Estado", ya que la justificación para establecer el vínculo causal es la misma: el riesgo particular que se crea con una actividad que ha sido elegido por los terroristas como objetivo."¹³

No puede desconocerse que el ciudadano lesionado en esa guerra contra el Estado, es integrante de una sociedad construida sobre una elección

¹³ Ob. Cit. Gil Botero.

política, donde los contenidos de los principios constitucionales fundamentales y de protección de la dignidad humana, en un Estado Social de Derecho, son de imperativo cumplimiento, así lo ordenó recientemente el Consejo de Estado, cuando sobre el particular expresó: "En Colombia la idea de solidaridad ha encontrado respuesta de modo excepcional en desarrollo de facultades presidenciales y legislativas dentro de estados de excepción, atendiendo a principios loables pero en todo caso por fuera de los lineamientos del régimen de responsabilidad propiamente dicha."¹⁴

Esta incidencia dramática que ejerce el terrorismo político sobre la organización estatal, increíblemente la debilita, cuando haciendo uso de la legalidad decide combatirlo, al punto de originar transformaciones profundas y tener la virtualidad de socavar el Estado Social de Derecho, es éste un elemento más para concluir que si la lucha terrorista es contra el Estado, las víctimas que caen en la misma, son inocentes ajenos al objetivo directo de la confrontación, y el Estado como tal debe acudir en su favor, bien a través de los sistemas de indemnización legal, o bien los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad.

c. Régimen del daño especial

Se trata de una manifestación de responsabilidad sin falta, constituye un régimen subsidiario basamentado en la equidad y la solidaridad, que al igual que todos los sistemas de responsabilidad estatal tiene como fundamento común o mediato el principio de la igualdad ante las cargas públicas como manifestación de la igualdad ante la ley.

Estamos igualmente frente al actuar legítimo del Estado, existe entonces una acción de la administración que no admite reparo alguno, pero con ello surge el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas. El Estado actúa dentro de los parámetros obligacionales que le impone la Carta Política, no obstante perjudica a los particulares en forma más gravosa que al resto de la comunidad, sin que tal desmedro se vea compensado por un mayor beneficio a su favor. El daño causado bajo este título de imputación, debe cumplir dos requisitos: Debe tratarse de un daño anormal, es decir, aquel que supera las cargas públicas que normalmente debe soportar un individuo, y debe tratarse de un daño especial, es decir, que solo se presente en una parte específica de la población. Se trata de un régimen de responsabilidad subsidiario, tanto

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia mayo 18 de 2000, Exp. 11.841

al título de imputación general de falla del servicio, así como al riesgo excepcional.¹⁵

No obstante, yendo más allá, que la escogencia del título de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional o daño especial, no podrá afectar el reconocimiento de las pretensiones del actor, por una mala escogencia del título de imputación; citando al doctrinante y ex Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, "es preciso desde ahora indicar que las nociones de daño antijurídico y de la indemnización plena del daño, fortalecen la aplicación del principio *jura novit curia*, que en efecto permite al Juez condenar al Estado a reparar los perjuicios causados, si encuentra que al caso le es aplicable un título jurídico de imputación diferente al invocado por la víctima en su demanda", de tal manera que este prevalece de superioridad la facultad del Juez de interpretar los hechos y pretensiones de la demanda, frente a un formalismo dañino que no contribuye con el principio de la reparación integral del daño.

5. El precedente jurisprudencial en Colombia

Nuestro sistema jurídico, a diferencia del anglosajón, se reconoce como parte del sistema continental o legislado, en el cual la ley es la única fuente de derecho. Como consecuencia de ello, el papel que se le asigna a la jurisprudencia es el de criterio auxiliar, como lo afirma el art. 230 de la Constitución Política.

Tal situación, sin embargo, ha variado de manera sustancial como consecuencia de diferentes sentencias de la Corte Constitucional y, más recientemente, con las expedición de las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), a tal punto que algunos hablan de una "*mutación constitucional*"¹⁶ que ha terminado por entronizar la jurisprudencia como verdadera fuente del derecho¹⁷.

Al respecto, establecen las referidas normas:

¹⁵ Los títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas. Director Dr. William Barrera Muñoz, Tesis elaborada para la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2002.

¹⁶ Carlos BERNAL PULIDO. *El precedente en Colombia*. Revista de Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, No. 21, diciembre de 2008. P. 87 y ss.

¹⁷ Hoyos Duque, Ricardo. Revista No. 32 Responsabilidad Civil y del Estado, junio 2013

Constitución Nacional, artículo 230. *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Ley 1395 de 2010, artículo 114. *Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.*

Debe precisarse que este artículo fue derogado expresamente por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, pero sin duda es la fuente del debate actual, además porque en la citada norma del Código Contencioso Administrativo, se implementó una de similar contenido en el artículo 10, veamos:

Ley 1437 de 2011, artículo 10. *"Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y se apliquen dichas normas".*

En el mismo sentido, el artículo 270 de la referida ley, establece que "se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial, las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Pues bien, dado lo novedoso de la norma, estaremos atentos a los pronunciamientos en este sentido y a la evaluación de constitucionalidad realice la Corte Constitucional, lo cual sin duda puede valiosa intención, en cuanto a criterios de derecho a la igualdad, seguridad jurídica, principio de confianza en la administración de justicia y buena fe.

Así las cosas, la Corte Constitucional, en la sentencia C-836 de 2001, señaló que *"una decisión judicial que desconozca caprichosamente la*

jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.”

En esa misma sentencia se dijo que la aplicación de la jurisprudencia a casos similares busca garantizar (i) el derecho a la igualdad, (ii) la seguridad jurídica y (iii) el principio de la buena fe, y, (iv) en particular, la confianza legítima en la administración de justicia, que prohíbe una conducta contradictoria (*venire contra factum proprium non valet*).

Allí también Corte Constitucional expresó que

“La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.”

6. Los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia Colombiana

a. Daño moral

No podemos hablar del origen del daño moral en Colombia, sin hacer referencia a la sentencia del caso Villaveces. Este es sin duda el nacimiento jurisprudencial del daño moral en nuestro país, para lo cual es pertinente citar al miembro del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, docente e investigador, Dr. Obdulio Velásquez Posada¹⁸:

¹⁸ Velásquez Posada, Obdulio, Responsabilidad Civil Extracontractual, Temis, 2009.

«En síntesis puede decirse que en el caso Villaveces el señor León Villaveces demandó al Municipio de Bogotá para que se le indemnizara los daños materiales y morales que le causaron con la destrucción de un mausoleo de su propiedad y la desaparición de los restos mortales depositados allí de su difunta esposa Emilia Santamaría. Los empleados del cementerio, por descuido, exhumaron los restos de la señora Emilia Santamaría y los depositaron en una fosa común.

«Señaló la Corte que el perjuicio no patrimonial puede ser por ofensa a la honra o a la dignidad personal o causando dolor o molestia, abriendo así la posibilidad del reconocimiento de otros daños extrapatrimoniales diferentes al moral¹⁹. En sentir de Tamayo Jaramillo, dicha sentencia "sentó las premisas suficientes y necesarias para estructurar toda una teoría de los perjuicios extrapatrimoniales [...] expresamente el fallo acepta la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales, todos ellos indemnizables, uno de los cuales es el denominado perjuicio moral subjetivo o de afección»²⁰.

Concepto

Se trata del *pretium doloris*, o precio del dolor. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha empleado variedad de descripciones y definiciones del daño moral. Así por ejemplo en 1991 lo definió como el «deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar»²¹. En otra ocasión la Corte lo describe como la «consecuencia de un dolor psíquico o físico»²².

En ocasiones las definiciones son más descriptivas y se dice que el perjuicio moral es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos

¹⁹ Tamayo Jaramillo, 2007: 486 (la nota al pie de página pertenece al texto citado de Velásquez Posada y se ha adecuando al formato de citas empleado en esta publicación).

²⁰ Tamayo Jaramillo, 2007: 125. En el año 2003 publicamos –escribe Velásquez Posada– un artículo en que analizamos la expansión de los daños extrapatrimoniales, sus límites y críticas cfr. VELÁSQUEZ P., O., 2003: 63 y ss. (la nota al pie de página pertenece íntegramente al texto citado de Velásquez Posada y se ha adecuando al formato de citas empleado en esta publicación).

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 9 de 1991, .GJ, t. CCXII, No. 2451, pp. 78-88.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de agosto de 2001, exp. 6492, magistrado ponente Jorge Santos Ballesteros.

íntimos tales como «la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece»²³.

Se le define como vulneración a «intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento»²⁴. «La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza»,²⁵ se afirmó en otra ocasión²⁶. En síntesis estamos frente al dolor interno de una persona por afectaciones graves en su estado de salud, honra, bienes, que generan tristeza, angustia, depresión, pesar, congoja, en fin, una serie de sentimientos propios de la persona humana, que afectan su estado sicofísico, pero que por su contenido subjetivo, en ocasiones se hace difícil su cuantificación, naturalmente carente de patrones objetivos, científicos y materiales.

Una vez precisados los anteriores aspectos del daño moral, podemos decir que éste se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad psicológica y espiritual, aunque puede ocurrir que dicho padecimiento se torne permanente y/o patológico, afectando aspectos psíquicos que no se refieren simplemente a los sentimientos o relaciones afectivas; en ese caso estaríamos en la órbita de otro tipo de perjuicio como el daño a la vida de relación, cuyo análisis abordaremos con posterioridad.

b. Perjuicio fisiológico

En general, se puede afirmar que el perjuicio fisiológico consiste esencialmente en las limitaciones que se causan a la víctima para realizar algunas actividades que hacen más placentera y grata la vida del individuo, afecta directamente su desarrollo funcional, el desenvolvimiento psicosocial, como perder la capacidad psicomotriz

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 5 de 1999, exp. 4978, magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 20 de 1941, GJ, t. LI, No. 1971-1972.

²⁵ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia d de junio 20 de 1941, GJ, t. LI, Nos. 1971-1972. El Consejo de Estado, en sentencia del 31 de enero de 1989, expediente 5284, reconoció perjuicios morales a los autores de un diseño que fue reproducido sin su autorización en la emisión de una estampilla por la administración postal, que además omitió el nombre de sus creadores en la misma. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia abril 13 de 2000, exp. 11892.

²⁶ Cfr. Velásquez P., O., 2009: 69.

impidiendo la práctica de algún deporte, o no poder caminar por sí mismo; en otras palabras, el perjuicio fisiológico consiste en los cambios que inciden de manera negativa en las condiciones de salud y existencia de la víctima. No obstante se debe precisar que esta denominación fue recogida por el Consejo de Estado colombiano, mediante sentencia de julio 19 de 2000, al abordar un profundo análisis sobre la conveniencia y necesidad de desecharlo, para avanzar a una concepción más amplia y omnicomprensiva, como es el daño a la vida de relación, el cual pasamos a analizar, precisando como referíamos al comienzo, que su origen se produce en Colombia de modo jurisprudencial, mediante sentencia del Consejo de Estado, proferida el 6 de mayo de 1993 (magistrado Ponente Julio César Uribe Acosta), en donde se le reconoció autonomía a este perjuicio frente al daño moral, pero para ser más exactos y si se quiere justos, producto de los avances que ya mostraba el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia frente al tema.

c. Daño a la vida de relación

Expresión de origen Italiano, dentro del cual se fueron introduciendo todas las repercusiones del daño sobre las actividades no productivas del sujeto, indemnizables con independencia de la prueba del daño patrimonial causado en la víctima. Se trata de una clase de daños derivada de una lesión corporal, que impedía a la víctima desarrollar actividades diferentes a las laborales, como recreativas, sociales o rutinarias de la independencia del ser humano, definido por la Corte de Casación de Italia, como «daño que implica un menoscabo de la llamada capacidad del individuo, de concurrir con los otros sujetos, a las relaciones sociales y económicas, y bajo este aspecto, también el ingrediente estético tiene una influencia patrimonial, al reflejarse sobre las disminuidas capacidades de expansión y de afirmación del sujeto, ya en el campo profesional, ya en el campo extralaboral». Finalmente afirma, que el daño a la vida de relación «no constituye una forma de daño moral, sino que es un componente específico del daño patrimonial»²⁷. Connotación que varió con los años, pues como lo veremos adelante, ya tiene, por lo menos en Colombia –importadora y si se quiere complementadora del concepto–, una clara orientación extrapatrimonial o inmaterial, además con componentes que van más allá del daño estrictamente corporal.

Contrario a lo que sucede con el perjuicio fisiológico, el daño a la vida de relación se reconoce tanto a víctimas directas como a terceros o víctimas indirectas, y encuentra su fuente en la lesión tanto de la

²⁷ Cortés, Edgar., 2009: 108.

integridad psicofísica (salud física o mental) como de cualquier otro bien de la personalidad, considerados como aquellos que integran el patrimonio estrictamente personal del ser humano, carentes por regla general de valor pecuniario, la mayoría de los cuales constituyen derechos fundamentales; en otras palabras, estos bienes son los atributos que conforman la propia esencia del individuo y con los que despliega su potencialidad como ser revestido de dignidad, autonomía e independencia, así, el uso, goce y disfrute de estos derechos constituyen el presupuesto indispensable para el desarrollo del hombre, afectando los actos cotidianos, placenteros y externos de su vida, así como la interacción con las cosas mundanas.

Al igual que sucedía inicialmente con el daño moral, el Consejo de Estado ha convertido este perjuicio en un género el cual puede abarcar una infinidad de diferentes perjuicios que son independientes, por ser producto de la violación a otros bienes jurídicos, como la reputación (honor), la vida, la salud, la intimidad, la identidad (nombre), la libertad, el núcleo familiar, entre otros.

Acudiendo al Derecho comparado, el amplio concepto de daño a la vida de relación usado por la jurisprudencia colombiana, se asemeja al perjuicio definido por la jurisprudencia francesa como «*prejudice d'agrément*», el cual se entiende como la disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad o la dificultad de entregarse a ciertas actividades normales o de placer, si se quiere rutinarias, como caminar, bailar, desplazarse con autonomía e independencia de ayudas externas, mecánicas o personales, que hacen la vida agradable, que brindan placer, que ponen en igualdad de condiciones a la persona con sus semejantes. Otras denominaciones que ha tenido en Francia este perjuicio, son «perjuicio de placer» y «daño por alteración de las condiciones de existencia». En Italia también se conocen los conceptos de «daño de relación» y de «daño biológico»; sin embargo, la doctrina italiana aplica éste último, sólo al campo de las lesiones personales. En el derecho anglosajón, se conoce como «*loss of the amenity of life*», concepto bajo el cual se indemniza la pérdida o disminución de la capacidad de la víctima para hacer las cosas que normalmente hacía y para disfrutar de la vida en términos generales²⁸; derecho comparado sobre el cual volveremos posteriormente.

Sobre el cambio de denominación, o más bien, el reemplazo que referenciábamos, de «perjuicio fisiológico» por la expresión «daño a la vida de relación», es pertinente citar un aparte de la sentencia proferida por el Consejo de Estado:

²⁸ Álvarez P., Andrés Orión y Martínez R., Pascual., 2006: 188.

«Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados "daño a la vida de relación", corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extramatrimonial, distinto del moral, es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d'agrément (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente. Resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral»²⁹.

d. Daño a la salud

²⁹ Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, sentencia de julio 19 de 2000, exp. 11.842, magistrado ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Finalmente el Consejo de Estado Colombiano, en las referidas Sentencias gemelas de unificación³⁰, regresa a la denominación original del segundo daño inmaterial, esto es, al concepto que había recogido de daño fisiológico, veamos:

“En relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, la Sala considera necesario recoger la denominación “alteración a las condiciones de existencia”, para avanzar en el estudio de esta clase de daños.

En efecto, el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico – como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica.

Así las cosas, yerra el a quo al señalar que el daño a la vida de relación está integrado por: i) el perjuicio fisiológico, ii) el daño a la vida de relación sexual, iii) el daño a la vida de relación social, iv) el daño a la vida de relación familiar y v) el daño estético.

El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material.

Así las cosas, con la aserción contenida en la sentencia de primera instancia según la cual el “perjuicio fisiológico” debe entenderse incluido en “el daño a la vida de relación” o la “alteración de las condiciones de existencia” –nombre acogido de manera reciente en algunas providencias para denominar el daño a la vida de relación pero con idéntico contenido y alcance– genera una mayor problemática en el manejo de la tipología del perjuicio inmaterial, pues no es adecuado entender que el perjuicio fisiológico, daño biológico o a la salud es una expresión de la mencionada categoría. Asimilar el daño a la salud o

³⁰ Septiembre 14 de 2011, Exp. 38.222 y 19.031, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero.

perjuicio fisiológico como una expresión del daño a la vida de relación, entroniza la entropía en materia de ontología jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación y la alteración de las condiciones de existencia no son ni perjuicio moral, ni fisiológico, sino entidades con autonomía que no amparan o protegen la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra gama de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad.

En efecto, es forzoso regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que es el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007³¹, ha reconocido que el *perjuicio fisiológico*, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las *alteraciones a las condiciones de existencia*.

El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007³², en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que no es precisa.

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los

³¹ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

³² Sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 18 de octubre de 2007, Exp. AG-029.

cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.

Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991 diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad³³.

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

7. Desarrollo del principio de reparación integral en las acciones de reparación directa

Para finalizar esta apretada síntesis respecto del caso colombiano, que como observamos, su origen, desarrollo, contenido y avances ha sido más de origen jurisprudencial que legal, es pertinente citar un pronunciamiento reciente, que sin duda ha marcado importantes variaciones y tendencias en la tipología de los perjuicios inmateriales que viene aplicando el Consejo de Estado colombiano; en efecto, se trata de la sentencia de febrero 20 de 2008³⁴, en un caso de violación de derechos humanos por parte de la Fuerza Pública (Ministerio de Defensa-Policía Nacional), en donde se desarrolló con pulcritud y detenido análisis el principio de la reparación integral, en acatamiento

³³ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

³⁴ Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, sentencia de febrero 20 de 2008, exp. 16996 (María Delfa Castañeda vs. Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional), magistrado ponente Enrique Gil Botero.

de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado colombiano, de la Constitución Nacional y del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y desarrolló los conceptos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción o compensación moral, garantía de no repetición, y reparación simbólica entre otros, establecidos por la Ley 975 de 2005³⁵, que define estos conceptos de la siguiente manera:

«Artículo 8°. *Derecho a la reparación.* El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Reparación simbólica es toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.”

En efecto, parte de la tesis contenida en esta sentencia, se encuentra desarrollada por el consejero ponente, ya como tratadista, en un artículo publicado en la revista *Responsabilidad Civil y del Estado* número 26 titulado «El principio de reparación integral en Colombia a la luz del sistema Interamericano de Derechos Humanos», del cual extraeré, por su importancia y vigencia, algunos apartes de gran profundidad:

³⁵ Ley de Justicia y Paz (ley 975 de julio 25 de 2005) del Congreso de la República de Colombia, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

«[...] el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.

«En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad ³⁶.

«Así las cosas, los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, como quiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos.

«Por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de "reparación integral", como se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado [...]».³⁷

Los anteriores planteamientos, repito, emanados de la sentencia de febrero de 2008, y del artículo publicado en la citada revista, con

³⁶ Sobre el particular, se puede consultar el Estatuto de Roma (por medio del cual se establece la Corte Penal Internacional), ratificado por Colombia mediante Ley 742 de 2002, la cual fue objeto de revisión automática de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-578 de 2002.

³⁷ Gil Botero, E., 2009: 17.

ponencia –la sentencia– y autoría –el artículo– del Dr. Enrique Gil Botero, nos conducen a un importante debate, materia de otro ensayo, sobre la tensión actual entre el derecho procesal, y los principios constitucionales del debido proceso, de la igualdad de las partes en el proceso, del derecho de defensa y contradicción, de la congruencia de los hechos y pretensiones con la sentencia, entre otros, frente al también principio también constitucional y fundamental de la reparación integral de la víctima.

Consideraciones finales

Es pues la acción de reparación directa en Colombia, un mecanismo fundamental de protección de los derechos de los ciudadanos que por acción o por omisión resultan afectados por la Administración; acción que viene sufriendo cambios sustanciales y modificaciones, no sólo por el ingreso paulatino de la oralidad como nuevo y ágil mecanismo procesal, sino por las demás modificaciones normativas, procesales y jurisprudenciales, que demandarán mucha iniciativa, rigor y criterio, al momento de instaurarla.

Medellín, Colombia, junio de 2013

Bibliografía

- Aramburo C., M., 2011: «Tensiones y desafíos en el uso del precedente en el derecho de daños Colombiano», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 29.
- Álvarez Pérez, A. y Martínez Rodríguez, P., 2006: «Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 20, pp. 160-185.
- Cassano, G., 2002: *La giurisprudenza del danno esistenziale*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza.
- Comandé, G., 2006: *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. Una perspectiva europea* (trad. de Milagros Koteich). Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Cormier, Ch., 2002 : *Le prejudice en droit administratif français*. LGDJ, París.
- Cortés, E., 2009: *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Chapus, R., 1957 : *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2ª ed. LGDJ, París.
- De Cupis, A., 1996; *El Daño*. Imprenta Universitaria, Bogotá.
- Fernández Sessarego, C., 1994: «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en *Diké-Portal de Información y opinión legal Pontificia Universidad Católica del Perú* (publicado originalmente en las Ponencias del

- 1º Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en Gaceta Jurídica, Tomo 79B, Lima, junio de 2000), [<http://dike.pucp.edu.pe>].
- , 2004: «Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 16: 89-177.
- Gálvez Espino, M. y otros, 2009: *El daño moral en la responsabilidad civil*. Universidad San Martín de Porres, Lima.
- Gil Botero, E., 2009: «El principio de reparación integral en Colombia a la luz del Sistema Iberoamericano de Derechos Humanos» en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 26.
- Henao Juan Carlos. *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 244.
- Koteich Khatib, M., 2008: «La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. daño existencial», en *Revista de Derecho privado*, 15 (Universidad Externado de Colombia)
- Mosset Iturraspe, J., 1992: «El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1 (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe).
- Ponzanelli, G., 2003: *Critica del danno esistenziale*. Cedam, Padova.
- Rozo Sordini, P., 2002: *El daño biológico*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Tamayo Jaramillo, J., 1999: *De la responsabilidad civil*, t. IV. Temis, Santafé de Bogotá.
- Tamayo Jaramillo, J., 2007: *Tratado de responsabilidad civil*, t. II. Legis, Bogotá.
- Velásquez Posada, O., 2003: «Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales», en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, 16.
- 2009: «Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia», en *Responsabilidad Civil y del Estado*, 26.
- Ziviz, P., 1999: «La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale», Giuffré, Milán.
- , 2000: «Verso un altro paradigma risarcitorio», en Cendon, P. y Ziviz, P., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffré, Milano.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 21 de julio de 1922, magistrado ponente Tancredo Nannetti.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 9 de 1991, GJ, t. CCXII, No. 2451, pp. 78-88.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 5 de 1999, exp. 4978, magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 17 de 2001, exp. 6492, magistrado ponente Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 13 de 2008, exp. 11001310300619970932701, magistrado ponente César Julio Valencia Copete

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de enero 20 de 2009, exp. 17001310300519930021501, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de enero 31 de 1989, exp. 5284.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 14 de 1992, magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 6 de 1993, magistrado ponente Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera, aclaración de voto del magistrado Ricardo Hoyos Duque a la sentencia de junio 13 de 1997, exp. 12499.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia abril 13 de 2000, expediente 11892, magistrado ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 19 de 2000, exp. 11842.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 15 de 2007, exp. 19001233100020030038501, magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 18 de 2007, exp. 25000232700020010002901, magistrado ponente Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 1 de 2008, exp. 25000232600019990114501, magistrado ponente Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia (acción de grupo) de agosto 15 de 2007, exp. AG 000401.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia (acción de grupo) de octubre 18 de 2007, exp. AG 0002901.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 20 de 2008, exp. 16996, magistrado ponente Enrique Gil Botero.