

**LA LESION GRAVE A BIENES CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE  
PROTEGIDOS COMO CATEGORÍA INTERMEDIA ENTRE LAS NOCIONES DE  
DANO Y PERJUICIO**

**YULIANA MESA SÁNCHEZ**

**SARA BUSTAMANTE URIBE**

**Monografía para optar por el título de Abogadas**

**Asesor: GONZALO ANDRÉS PÉREZ MEDINA**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**ESCUELA DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2019**

**La lesión grave a bienes constitucional y convencionalmente protegidos como categoría intermedia entre las nociones de daño y de perjuicio.**

**Resumen:**

El presente documento tiene como objetivo evidenciar como al utilizar la nueva categoría de perjuicios denominada *vulneración o afectación a bienes convencional y constitucionalmente protegidos* (en adelante simplemente ABCCP), el Consejo de Estado ha desdibujado la distinción entre los conceptos de daño y perjuicio que había sostenido en su jurisprudencia. En ese marco y en la medida en que no ha logrado dilucidar la diferenciación de las nociones de daño y perjuicio, se defenderá la postura según la cual la nueva categoría de perjuicio ostenta una naturaleza dual de daño-perjuicio en cuanto a su contenido y alcance.

**Abstract:**

This paper aims to show how by using the new category of damages known as violation or affectation of conventionally and constitutionally protected rights, the Colombian State Council has left the distinction between the concepts of *daño* and *perjuicio* that it had sustained in its jurisprudence. Also, this work presents how this new category of damage understood as the Council State decisions has a dual *daño-perjuicio* nature and scope.

**Palabras clave:**

Responsabilidad extracontractual del Estado, Consejo de Estado, daño, perjuicio, reparación integral, indemnización, lesión a bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

**Key words:**

Damage, extrapatrimonial damage, patrimonial damage, indemnity, liability, compensation.

**1. Daño como elemento estructural de la responsabilidad del Estado.**

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas (Constitución Política, 1991, art., 90.) En este sentido, la cláusula constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como uno de sus fundamentos la noción de daño antijurídico (Santofimio, 2017).

Esa disposición no entraña otro propósito que el de referenciar al daño como la razón de ser de la responsabilidad y, por ello, es fundamental la reflexión de su determinación precisando sus distintos aspectos. Sin la existencia de un daño no es posible determinar ni se puede evaluar la responsabilidad y hasta ahí habrá de llegarse en su juicio; la labor del juez y de las partes así como todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará fútil e irrelevante (Henaó, 1998).

En ese orden de ideas, partiendo de la base que el daño es el elemento estructural de la responsabilidad del Estado, es decir, el requisito esencial a partir del cual se soporta esta figura jurídica es conveniente estudiar la acepción de daño que desde la doctrina se le ha dado y su diferencia con el concepto de perjuicio.

### **1.1. Daño antijurídico**

De acuerdo con Santofimio:

El daño en sentido jurídico o normativo, debe entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona.

Sin embargo, el daño objeto de reparación en la responsabilidad extracontractual del Estado es aquel que reviste la característica de antijurídico (Santofimio, 2017, p. 143).

En este sentido, el daño antijurídico se entiende como la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal que no es soportable o tolerable por quien lo padece, bien porque es irrazonable, porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno o porque el ordenamiento jurídico no obliga a soportarlo (Rueda, 2014).

En este orden de ideas, lo que importará será determinar si había o no deber jurídico de soportar el mismo. En palabras de De Cupis, “lo que el derecho tutela, el daño vulnera” (DeCupis, 1975 p. 109), lo cual se traduce en que el daño será antijurídico no por violación a una norma positiva sino porque la persona que lo padece no está en la obligación de soportarlo.

En conclusión, el daño antijurídico es aquel que la persona no está llamada a soportar, en razón que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no existe una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico colombiano para que surja la responsabilidad extracontractual del Estado, no basta con que se produzca un daño, sino que, es necesario que el mismo esté revestido de antijuridicidad para que pueda ser indemnizado o reparado según el caso.

## 2. Diferencia entre daño y perjuicio.

Hablar de la diferencia entre daño y perjuicio es entrar en un tema que ha generado un arduo debate en la doctrina y jurisprudencia colombiana, dado que, no se ha asumido un criterio único que permita establecer si dichos conceptos jurídicos son idénticos o si, por el contrario, cada uno tiene contenido y alcance disímil.

Al respecto, la doctrina se divide entre quienes argumentan que la diferencia entre daño y perjuicio recae únicamente en el mundo de lo físico, como Tamayo, quien en su más reciente obra *nuevas reflexiones sobre el daño* expone que desde el punto de vista indemnizatorio daño y perjuicio son conceptos que gozan de identidad al expresar: “(...) yo, por el contrario, considero que hay daño en sentido físico, pero la pérdida económica y la no económica derivada de ese daño físico se llama indistintamente, daño o perjuicio en sentido jurídico” (Tamayo, 2017, p.10).

Así mismo, Tamayo en su tesis expresa frente a la identidad de los conceptos lo siguiente:

(...) la dicotomía de los conceptos en el mundo jurídico es inexistente, toda vez que, daño y perjuicio en sentido jurídico son exactamente la misma cosa, la consecuencia del daño físico, se puede producir un daño o perjuicio en sentido jurídico, es decir, indemnizable (Tamayo, 2017, p.12).

De las definiciones de Tamayo es posible extraer entonces los siguientes elementos: i) Todo daño es indemnizable, ii) la única forma de reparar el daño es indemnizándolo y, en consecuencia, iii) la forma de pretender reparar el daño es cuantificar de manera económica ese daño o perjuicio como así lo llama. De acuerdo con ello, para este autor no existe diferencia entre daño en sentido jurídico y perjuicio, en tanto que ambos se reparan mediante el sistema indemnizatorio, es decir, a

través del pago de sumas líquidas de dinero entregadas a la víctima o sus familiares (Tamayo, 2017).

Por su parte, otro sector de la doctrina se aparta del monismo de los conceptos mencionados y, por lo tanto, adopta la tesis dualista. Entre ellos el profesor Henao, (1998) quien señala:

El daño como un hecho es entendido como toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación... el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño a la víctima del mismo (p.76).

Así mismo, Henao (1998) citando al profesor Bénéoit en su obra afirma:

El daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación. El perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. (p.77)

Del planteamiento de Henao, igualmente se pueden extraer algunas conclusiones a saber: i) el perjuicio es disminución patrimonial que afecta bienes de contenido material o inmaterial, ii) daño es un concepto objetivo, empíricamente apreciable, iii) daño y perjuicio son concepciones diferentes, iv) el perjuicio se indemniza y v) el daño se repara de forma integral (Henao, 1998).

Ahora bien, con el fin de analizar el tratamiento que se les ha dado a estos conceptos en la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado, es menester estudiar la postura asumida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, el Consejo de Estado

en un primer momento no asumió una postura clara frente a la discusión, acogiendo la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia en la que, tradicionalmente se han manejado los citados conceptos como sinónimos (Rueda, 2014).

Así, en un primer momento, el Consejo de Estado señaló lo siguiente: “Es obvio que el verbo dañar que emplea el artículo citado equivale a hacer daño y que la palabra daño equivale exactamente a perjuicio” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Radicado CE-SCA-1958-07-31, 1958)

De esa manera, para el Consejo de Estado daño o perjuicio material es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido pecuniario, y que puede afectar a una persona en su patrimonio. De modo que, en un principio, dicha Corporación le otorgaba a estos conceptos un significado de igualdad, llegando a afirmar que la palabra daño equivale exactamente a perjuicio.

No obstante, posteriormente el Consejo de Estado abogó por su diferenciación y la importancia que esta tenía en la forma de reparar el daño y de indemnizar el perjuicio, puesto que, sostenía que las nociones daño y perjuicio son jurídicamente disímiles, ya que el daño se define como la vulneración a un interés jurídicamente protegido y, el perjuicio, como la cuantificación económica de aquel. De conformidad con lo anterior, para el Consejo de Estado las nociones daño y perjuicio en sentido jurídico son conceptos distintos y su alcance es diferente señalándolo así en gran parte de su jurisprudencia, incluyendo las sentencias de la Sección Tercera 29273 de 2007, 17994 de 2009 y 16996 de 2008.

Este último pronunciamiento constituye, de cierta manera, un precedente en cuanto a la aplicación del principio de reparación integral, toda vez que el máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no solo declaró a la Nación responsable por grave violación a los Derechos Humanos condenándola a pagar ciertas sumas de dineros por los perjuicios causados a las víctimas, sino imponiendo también una serie de medidas no pecuniarias, dirigidas a materializar, al menos en forma cercana, un efectivo restablecimiento de los derechos y garantías lesionados como consecuencia de los daños irrogados.

En este sentido, el actuar de esta Corporación fue velar por reparar íntegramente los daños y en consonancia proclamó que el Estado, en cabeza del Ministerio de Defensa, a través de un acto simbólico, debía pedir disculpas públicas y además, diseñar e implementar un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de dicha ciudad, con entrega de material didáctico, en el cual la población tuviera conciencia de los derechos humanos de los cuales es titular cada individuo. Así mismo, el Consejo de Estado ordenó que la parte resolutive de la sentencia fuera publicada en un lugar visible en el Comando de Policía (Consejo de Estado, 2008, Sentencia Exp.169996).

En ese orden de ideas, de las sentencias mencionadas anteriormente, en las cuales fue condenado el Estado al ser hallado responsable por la vulneración de Derechos Humanos se genera una clara ruptura entre las nociones de daño y perjuicio. El primero correspondiente a la lesión considerada en sí misma, por lo que puede ser resarcido incluso mediante medidas no pecuniarias, es decir, obligaciones de hacer o no hacer; por el contrario, el perjuicio se circunscribe a las consecuencias patrimoniales del primero, bien porque se afecten bienes de naturaleza material o inmaterial. En otros términos, el perjuicio es la cuantificación económica o patrimonial del daño



en esta nueva lógica. En otras palabras, el perjuicio deberá ser resarcido a través de una indemnización; se repara el daño y se indemniza el perjuicio.

En conclusión, de las sentencias del Consejo de Estado mencionadas anteriormente daño y perjuicio son conceptos que, jurídicamente hablando, comportan una dicotomía tanto en su apreciación como en su alcance, en el sentido que, daño es la vulneración a un bien jurídicamente tutelado, el cual deberá ser reparado a través de medidas que permitan la reparación integral del mismo. Tal y como lo reseñan las sentencias que se enunciaron en el acápite anterior.

### **3. Principio de reparación integral en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

En virtud de lo que ha venido señalándose, el daño considerado en sí mismo puede ser objeto de resarcimiento, concretamente a través del principio de reparación integral, que permite el uso de medidas de índole no pecuniaria. A contrario sensu, el perjuicio solo puede ser resarcido mediante el pago (obligación de dar) de sumas líquidas de dinero, por lo que frente a este opera el sub-principio indemnizatorio, que consiste en una especie o modalidad de la reparación integral.

El Consejo de Estado, en aras de diferenciar los conceptos de reparación integral y de indemnización, ha empleado el control de convencionalidad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para darle contenido a esos brocardos o principios jurídicos propios de la responsabilidad del Estado. Para el efecto, el principio de reparación integral originalmente encuentra su fundamento normativo en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se estipula lo siguiente:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce

de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

(Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1969, art. 63.1)

Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), obrando como órgano principal del Sistema Interamericana de Protección de Derechos Humanos, de manera constante se ha encargado de darle un alcance óptimo a dicho artículo, al impulsar en los diferentes Estados y regiones, mecanismos que consoliden el compromiso de propugnar y luchar por la validez y vigencia de los Derechos Humanos (Calderón, 2013).

De igual forma, debe entenderse que la Corte IDH acata integralmente el mencionado artículo en virtud de que ha establecido que, al presentarse la ocurrencia de un hecho generador de una trasgresión a un interés, libertad o derecho jurídicamente protegido, como consecuencia del incumplimiento de cualquier obligación de carácter internacional, surge inmediatamente el deber de reparar enteramente y es allí entonces que la Corte IDH manifiesta que este mandato previamente mencionado: "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado"

(Corte IDH, 2001, Sentencia Serie C. No 77., párr.62)

Asimismo, la Corte IDH, acatando dicho precepto y haciendo uso de las potestades que allí le son conferidas, cuando de reparación se trata, pone en marcha distintas formas de reparación, ya que se encarga de compensar, tratando de restituir a las víctimas ese goce y pleno ejercicio del derecho o libertad violentado. En relación con esto, Calderón Gamboa ha manifestado que del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede predicarse que el concepto de reparación integral que:

Abarca la acreditación de daños en la esfera material e inmaterial, y el otorgamiento de medidas tales como: a) la investigación de los hechos; b) la restitución de derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica o social; d) la satisfacción, mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición de las violaciones, y f) la indemnización compensatoria por daños material e inmaterial. (Calderón, 2013, pp.147-148).

Según lo anteriormente expuesto, puede evidenciarse que efectivamente la Corte IDH ha consolidado múltiples y concurrentes tipos de reparación, según la magnitud del daño perpetrado y, como consecuencia, de la vulneración de Derechos Humanos, como puede ejemplificarse en sus cientos de pronunciamientos, abarcando medidas de índole pecuniario, al ordenar el pago de una justa suma de dinero, como no pecuniario, como las enunciadas en el acápite anterior; a su vez velando por la no repetición de los hechos que generaron la intervención de mecanismos internacionales y a través de una serie de medidas enfocadas en restablecer al estado previo a la ocurrencia del hecho violatorio.

Además, cabe mencionar que actualmente dentro de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, el principal referente, como ya se ha hecho mención, es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y lo estipulado en el artículo ya citado, de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues contempla ciertos criterios dentro de la reparación integral que no están previstos en los demás. Por ende, en el mismo se engloba de manera más completa este principio, el cual a su vez ha ido con el paso del tiempo evolucionando, gracias a la jurisprudencia de la Corte IDH y a la optimización que ésta se ha ido encargando de hacerle al mismo.

En Sentencia del 29 de noviembre de 2006 en el caso de *La Cantuta vs Perú*, la Corte IDH estableció lo siguiente:

#### D) OTRAS FORMAS DE REPARACIÓN

*(Medidas de satisfacción y garantías de no repetición)*

221. En este apartado el Tribunal determinará aquellas *medidas* de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como dispondrá *medidas* de alcance o repercusión pública. a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables. (Corte IDH, 2006, Sentencia Serie C No. 162, párr. 221)

Cabe resaltar que, en el anterior pronunciamiento, la Corte IDH, además de haber ordenado la toma de medidas de índole no pecuniario, como la enunciada anteriormente, dispone el deber del Estado violatorio de Derechos Humanos, de indemnizar a las víctimas por concepto de la

trasgresión tanto de derechos materiales como inmateriales. En virtud de lo anterior se vislumbra la plena aplicación del Principio de Reparación Integral, pues además de buscar la compensación a través de la aplicación de medidas pecuniarias, como lo es el pago de una justa suma de dinero, declaró la obligación del Estado de aplicar ciertas medidas de satisfacción, específicamente, la carga de declararse culpable por los hechos acaecidos mediante un acto público de reconocimiento.

Siguiendo ese lineamiento, en el caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, la CIDH ordenó al Estado a lo siguiente:

Una vez más, la Corte toma en cuenta que en los acuerdos conciliatorios realizados en la vía contencioso administrativa se fijó una indemnización por concepto de daños morales a favor de algunos familiares de las víctimas ejecutadas y algunas personas que sufrieron pérdida de sus bienes (supra párr. 125.101). En razón de que esas indemnizaciones se determinaron únicamente a favor de los familiares de esas víctimas y que no se desprende del contenido de dichos acuerdos conciliatorios que se indemnicen también los daños sufridos directamente por las personas que fueron ejecutadas, la Corte fijará una indemnización por el daño inmaterial sufrido directamente por éstas últimas (Corte IDH, 2006., Sentencia Serie C No. 148, párr. 389).

Contrario a lo referenciado en la primer Sentencia enunciada, en esta, lo que se pretende es poner en evidencia la facultad de la Corte IDH para condenar y obligar al estado que trasgredió los compromisos internacionales respecto de Derechos Humanos, a realizar medidas, ya no de

satisfacción, sino precisamente pecuniarias, mediante las cuales se concedan rubros indemnizatorios a las víctimas directas e indirectas que padecieron los daños perpetrados.

### **3.1 Principio de reparación integral a nivel interno (Colombia)**

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, surge un nuevo panorama del derecho de daños, pues se estableció, específicamente en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que, independiente del origen de la lesión a un interés jurídicamente protegido, la reparación debe efectuarse de manera integral. En virtud de lo anterior, se ha planteado que la responsabilidad debe estructurarse, más que en normas de carácter civil, en fundamentos constitucionales, tal y como lo expone el profesor Gil Botero al indicar “la responsabilidad entra en un continuo y permanente diálogo con el texto constitucional, de tal forma que no se parte propiamente de un derecho de la responsabilidad, sino de un derecho de daños” (Gil, 2014, p.47).

Ahora bien, el Consejo de Estado, junto con la Corte Constitucional, se han encargado de implementar los postulados de la Corte IDH en materia de reparación integral, lo cual se traduce en una demostración propia de control de convencionalidad, en lo referente a la Convención Americana de Derechos Humanos. Hasta hace un tiempo las altas cortes no aplicaban este postulado dentro del ordenamiento jurídico interno; sin embargo, hoy en día se han encargado de enfatizar su importancia y trascendencia tratándose de la reparación de daños irrogados por agentes estatales.

Así pues, en virtud de lo estipulado en el sistema de Derechos Humanos es que la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha buscado darle un alcance al principio de reparación integral y, a través de sus pronunciamientos, se ha encargado de consagrarlo como un mandato encaminado a

lograr un entero resarcimiento, el cual debe estar primordialmente enfocado en que la víctima sea, en la medida de lo posible, retornada al estado o situación inicial en la cual se encontraba previo a la perpetración del daño. De allí que las medidas resarcitorias dependerán del caso concreto y de qué tan gravoso fue el daño. En este orden de ideas, a nivel nacional se ha establecido, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, que las medidas no pecuniarias se traducen en:

- a.) Una plena restitución o “restitutio in integrum”, esto significa que se debe restablecer a la víctima o víctimas al estado de cosas en el que se encontraban previo a la comisión de la conducta vulneradora de derechos humanos.
- b.) Medidas de satisfacción, son aquellas tendientes a reparar a través de manifestaciones simbólicas o a través de la realización de actos que conmemorativos que dispongan de recordación en la población, con el fin de que el Estado públicamente reconozca su responsabilidad, pero guiado por un sentimiento de arrepentimiento. Tienen como objetivo reparar el núcleo esencial del derecho o interés legítimo afectado.
- c.) Garantías de no repetición, son aquellas medidas de índole legislativo, judicial o administrativo, enfocadas a asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de trasgresiones. Por lo general, corresponden a obligaciones de no hacer que buscan reparar no solo la dimensión subjetiva de un derecho, sino la objetiva.
- d.) Medidas de rehabilitación, estas entrañan la posibilidad de reconocer a las víctimas atención de toda índole, como por ejemplo, médica, psicológica, social, entre otras, que puedan llegar a requerir como consecuencia del daño (Gil, 2009, p. 228).

#### **4. La particularidad del (sub)principio indemnizatorio**

Es necesario indicar que, a partir de 2007, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se percató de la deficiencia que suponía el principio indemnizatorio, aquel que imperaba al momento de reparar las transgresiones a los derechos humanos, ya que con su aplicación, se estaba limitando la reparación integral únicamente a sumas de dinero. Es por esto que, a partir de esta fecha, la Corporación empezó a modificar el contenido y alcance del citado principio, para ampliar su dimensión en aras de lograr un íntegro resarcimiento del daño y no solo la indemnización del perjuicio (Santofimio, 2017).

En virtud de lo anterior, es primordial esclarecer que dentro del alcance del Principio de Reparación Integral, se concentran todas aquellas medidas tendientes, como ya se ha dicho, a restablecer -y dentro de ellas se encuentra a su vez la posibilidad de otorgar una suma de dinero con la cual se pretende indemnizar-, ya que es fundamental distinguir que dicha posibilidad es solo una de las vías que, por mandato internacional o convencional, se han previsto para lograr el resarcimiento los intereses o garantías que fueron vulnerados a un individuo o población en específico, quien o quienes, no estaban en la obligación de soportar dicha vulneración, pues como ya se ha manifestado, existen otras medidas, en este caso de justicia restaurativa, enfocadas a garantizar la reivindicación de ese derecho o libertad infringida.

En consonancia con lo anterior, es menester establecer que aun cuando la reparación y la indemnización, propugnan por un mismo fin, cada una cumple un objetivo específico. Con la indemnización lo que se pretende es resarcir un perjuicio, entendiendo este como la cuantificación económica o patrimonial del daño, en tanto puede ser tasado económicamente y, por lo tanto, es precisamente ahí donde radica dicha diferenciación, ya que, por el contrario, con la reparación lo



que en se pretende es resarcir el daño en sentido objetivo, esto es, retrotraer los efectos nocivos del daño en el marco de los derechos.

## **5. Las sentencias de unificación en materia de tipología de perjuicios**

A partir del año 2014, el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante acta del 28 de agosto de 2014, aprobó el documento referente a la reparación de perjuicios inmateriales, a través del cual se recopiló jurisprudencia y se establecieron criterios unificados en este tema. Ahora bien, es preciso indicar que, en el documento mencionado, el Consejo de Estado estableció tres categorías de perjuicios inmateriales: (i) el daño moral; (ii) el daño a la salud y (iii) el daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Sin embargo, resulta paradójico, por decir lo menos, que al hablar de perjuicios, es decir, de una categoría o naturaleza estrictamente indemnizatoria, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo use la expresión “daño” para delimitar esa tipología (Consejo de Estado, 2014, Acta del 28 de agosto).

En consecuencia, para clasificar los perjuicios inmateriales esa Corporación emplea la palabra “daño”, entidad que en su propia jurisprudencia administrativa ha sostenido que las nociones daño y perjuicio tienen contenido y alcance disímil. De otro lado, el Consejo de Estado al momento de establecer las formas de reparación de la tercera categoría de perjuicios mencionada, ha señalado que es posible su resarcimiento a través medidas pecuniarias como no pecuniarias, mostrando como existe un tratamiento dual en esta categoría, toda vez que este perjuicio, en principio, está encaminado a la reparación de bienes o derechos constitucionales y/o convencionales, por lo que, *prima facie*, su reparación debería efectuarse a través de medidas no pecuniarias o de justicia restaurativa. No obstante, esa Corporación ha afirmado que solo cuando esas medidas de

satisfacción no sean suficientes para el resarcimiento del daño, excepcionalmente será viable el reconocimiento a las víctimas de una indemnización dineraria (Consejo de Estado, 2014, Acta del 28 de agosto).

## **6. Afectación a Bienes Constitucional y Convencionalmente amparados y/o protegidos, en adelante ABCCP.**

Esta categoría de perjuicios, como su nombre lo indica, está orientada a reparar todas aquellas situaciones y efectos que vulneren de manera grave bienes o intereses legítimos amparados a nivel convencional o constitucional, como lo son el buen nombre, la honra, la dignidad, la familia, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. En este sentido, es preciso advertir que esta categoría propende por una protección especial a todos aquellos derechos y/o libertades que no quedan cubiertos o comprendidos dentro de las otras dos categorías de perjuicios inmateriales, referentes a: (i) el perjuicio moral: el cual busca compensar directamente el componente de dolor, aflicción y todos aquellos sentimientos tales como: desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta del daño antijurídico perpetrado y del cual se derivan unas subclasificaciones tendientes a la indemnización por muerte, lesión y privación injusta de la libertad.; o (ii) el perjuicio a la salud, el cual abarca la lesión y trasgresión respecto de la integridad psicofísica de la persona.

En este orden de ideas, se concluye que al recaer sobre derechos que disponen de un especial amparo constitucional, podrán ser reclamados por la vía de la reparación directa, siempre y cuando su reparación no tenga origen ni cabida dentro de las dos categorías de perjuicios mencionadas. Ahora bien, para lograr un análisis completo de esta categoría y poder establecer cuál es su alcance, definición, naturaleza jurídica y cuál o cuáles son las formas de reparar que se establecieron para

esta específica tipología, es necesario, en primer lugar, abordar los pronunciamientos del Consejo de Estado en su más reciente jurisprudencia.

Muchos han sido los fallos proferidos por parte del máximo órgano respecto de esta nueva noción de perjuicio, dentro de los cuales cabe resaltar la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, la Sentencia 41009 de 2008 de la Consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo y la Sentencia 49740 de 2010 de la Consejera ponente Marta Nubia Velásquez Rico, providencias que serán abordadas más adelante, pero de las cuales se puede entrever, en primer lugar que el Consejo de Estado ha definido dicha categoría como:

(...) aquel daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas. Sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucionales y convencionales las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2014, Sentencia Exp. 32988).

En virtud de lo anterior y siguiendo los postulados del principio base en materia de reparación, argumenta el Consejo de Estado que, cuando se presenten este tipo de afecciones, la reparación de la víctima respecto de esta categoría debería poder estar orientada plena y eficazmente en: i) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; ii) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar sus derechos; iii) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y iv) buscar la realización de la verdad sustancial (Santofimio, 2017).

En este punto es necesario advertir que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo definió la ABCCP como un perjuicio inmaterial, no obstante, al momento de la reparación se le otorga el tratamiento de un daño considerado en sí mismo (daño evento), que emana de la vulneración de derechos contenidos en fuentes normativas, el cual se centra en la afectación a los bienes personalísimos del ser humano, esto es, todos aquellos ya mencionados, que en principio no se indemnizan pues no se pueden tasar por equivalente, y es por esto que se estableció como primera medida, que el juez satisfaga su reparación a través de formas no pecuniarias.

En este sentido, vale resaltar que las categorías de perjuicios inmateriales tendientes al perjuicio moral y al perjuicio a la salud, gozan de manera irrefutable de una naturaleza jurídica indemnizatoria, pese a esto, y como ya se indicó, respecto de la ABCCP, la Sección Tercera del Consejo de Estado, estableció como forma de reparación en principio, la implementación de medidas de satisfacción y no repetición, las cuales implícitamente ostentan la calidad de medidas no pecuniarias (referenciadas previamente), las cuales no suponen otra cosa que propugnar por una reparación a través de medidas de hacer o no hacer, es decir, concretizar instrumentos de justicia restaurativa o transformadora.

Sin embargo, es necesario advertir que esta nueva categoría presenta varias aristas ya que, tanto en su forma de reparación, como en su naturaleza jurídica, advierte inconsistencias en los postulados que tradicionalmente había proyectado esa Corporación en su jurisprudencia, respecto de la diferenciación entre las nociones de daño y perjuicio, pues, luego de haber citado la definición dada a la noción de ABCCP, se entrevé, en primer término, que ésta se trata de un daño y, por ser un daño y no un perjuicio, está llamada a repararse siguiendo los postulados del Principio de Reparación Integral, a través de medidas no pecuniarias, las cuales deben poder lograr, de la mejor

manera posible, según los términos decretados, el resarcimiento del derecho o libertad a quien o quienes padecieron la trasgresión a sus Derechos Humanos, al igual que reparar de manera proporcional a los tipos de daños perpetrados.

Pese a lo anterior, es preciso mencionar que tanto de las sentencias antes mencionadas, como de la Sentencia de Unificación, el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha establecido que, de manera excepcional en los casos donde las medidas no pecuniarias no logren reafirmar el Principio de Reparación Integral, cabrá la posibilidad de hacer uso de medidas de carácter pecuniario, en tanto se otorgará una indemnización, la cual no podrá superar los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esto se evidencia de manera clara en la Sentencia 49740 de 2010 de la Consejera ponente Marta Nubia Velásquez Rico, pues aun cuando se tiene previsto que la ABCCP ha de compensarse a través de la implementación de medidas no pecuniarias, cuando se hace referencia a la trasgresión de esta categoría en la providencia, se decretó el pago de una de una de dinero referente a 50 S.M.L.M.V, en virtud de la reparación a la honra y al buen nombre del señor Jorge Eliécer Estarita Santrich, con ocasión del proceso penal que se adelantó en su contra (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2010, Sentencia 49740).

De igual forma, en la Sentencia 41009 de 2008 de la Consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo, si bien el Consejo de Estado condena al Estado a emprender medidas de satisfacción, específicamente a ofrecer públicamente disculpas a través de medios de comunicación conocidos en el país, con lo que demuestra la correcta reparación de la ABCCP, establece a su vez, el pago de una suma correspondiente a un valor de 30 S.M.M.L.V, por este concepto, lo cual deviene, como ya se ha hecho mención en múltiples oportunidades, en una desnaturalización de la

categoría, en la medida en que el máximo órgano lo que finalmente hace es mezclar ambas formas de reparación contra (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008, Sentencia 41009).

Al respecto, es conveniente señalar que el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto que cuando se prevea conceder dicho rubro indemnizatorio, el Juez a cargo del proceso, estará en la obligación de motivar debidamente dicha decisión de indemnizar, pues como se indicó, esta opera de manera excepcional. Además, ha de entenderse que, como se establecieron en principio medidas no pecuniarias, debería poder lograrse de manera plena y eficaz una reparación a través de estas, pues aun cuando cada una de ellas está enfocada en un aspecto particular, todas en conjunto disponen de un fin u objetivo común, el cual recae, como ya se ha manifestado en reiteradas ocasiones, en cumplir con los postulados del principio de reparación integral.

Infortunadamente, como se evidenció en las providencias abarcadas, en la práctica, se encuentran casos que permiten acreditar notoriamente una dualidad respecto de la forma de reparación cuando de la ABCCP se trata, pues se ordena el pago de una suma de dinero y a su vez se ordena la implementación de medidas no pecuniarias. Conviene subrayar que, conforme a lo señalado anteriormente en el escrito, la categoría de perjuicio llamada ABCCP, presenta varias inconsistencias, por decir lo menos, a lo que tradicionalmente había señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado y es que, la dicotomía que se mencionó en el primer acápite frente a la diferenciación de las nociones daño y perjuicio que pareciera desdibujarse en la medida que no se avizora en primera instancia si se trata de un daño o de un perjuicio pues, en cuanto a su forma de reparar no se establece cuando pasa a ser un perjuicio que puede ser indemnizado.

Entonces, si habitualmente el Consejo de Estado en su jurisprudencia afirmaba categóricamente que, bajo la responsabilidad del Estado, daño se entiende como la afectación a un derecho

jurídicamente tutelado el cual debe ser reparado bajo el principio de reparación integral, mientras que el perjuicio ha de entenderse como la cuantificación económica de ese daño, los cuales se indemnizan a través de la entrega de sumas de dinero a favor de las víctimas, no queda de todo claro cuál es la naturaleza jurídica de la categoría de perjuicio llamada ABCCP, o si, esta presenta una naturaleza dual, pues, según el Consejo de Estado, la ABCCP está llamada a repararse de manera integral a través de medidas no pecuniarias, base del principio de reparación integral.

Sin embargo, se han encontrado sentencias como las mencionadas en el presente acápite, en las que, a pesar que el Consejo de Estado afirmara que esta categoría se repara de manera integral con medidas no pecuniarias como ocurre cuando se está frente de un daño, en estas sentencia el Consejo de Estado ha otorgado sumas de dinero por ABCCP, pues, aduce el máximo órgano que las medidas no pecuniarias no alcanzan a reparar de manera integral el daño, por lo tanto acuden al principio indemnizatorio propio de los perjuicios.

En suma, frente a los pronunciamientos, y el alcance que le ha dado el Consejo de Estado a la nueva categoría de perjuicio, se entrevé que la ABCCP es un perjuicio que tiene matices de daño o, yendo más allá, el Consejo de Estado ha abandonado la tesis de la dicotomía de las nociones de daño y perjuicio y se suma a la tesis de identidad defendida por un sector de la doctrina liderado por Tamayo,

Pese a que, a primera vista pareciera que solo se han ventilado problemas conceptuales, es decir, la diferencia de los conceptos normativos de las nociones de daño y perjuicio, lo cierto es que esta diferenciación conceptual tiene consecuencia en el campo del litigio por así decirlo, en la medida que, no va a ser de todo claro para el accionante definir cuáles son los factores para considerar que su caso es un daño o, cuando es un perjuicio, cuando pedir las sumas de dinero que ha otorgado el

Consejo de Estado por ABCCP, cuando pedir las medidas de reparación integral o, si puede pedir indemnización y medidas de reparación integral.

Entonces, es necesario establecer la naturaleza jurídica de esta categoría para definir, entre otras, cuáles son las condiciones que debe reunir la víctima para que el juez considere viable la indemnización de ese perjuicio inmaterial bajo la categoría de ABCCP o, por el contrario, en qué eventos será manejado como un daño que solo puede ser reparado en términos de obligaciones de hacer o no hacer, es decir, no pecuniarias.

En síntesis, es necesario advertir que, la responsabilidad extracontractual del Estado, presenta inconsistencia en cuanto a la nueva categoría de perjuicio que creó el Consejo de Estado, llamada Afectación a Bienes Constitucional y Convencionalmente Protegidos, pues, no es claro: i) si se trata de un daño o de un perjuicio, ii) cuando se repara o cuando se indemniza, iii) la cuantía que se puede pretender para que se repare este daño, iv) cuándo y bajo qué postulados ese daño se convierte en perjuicio y v) cuales son los derroteros que debe seguir el juez para considerar que un daño y no otro se debe indemnizar o cuando reparar integralmente a través de las medidas mencionadas.

Finalmente, cabe mencionar que si la ABCCP se enmarcó como un perjuicio inmaterial, según la misma jurisprudencia unificada, debería entonces indemnizarse económicamente, es decir, compensarse mediante la entrega de sumas de dinero, tal y como se presenta sin problema en las otras dos categorías de perjuicios inmateriales, pese a esto, se determinó que la ABCCP se compensa a través de la aplicación de medidas no pecuniarias y es en este punto donde se encuentra la principal falencia, pues se evidencia claramente, como el Consejo de Estado troca conceptos.



En este orden de ideas, si fuera perjuicio, tal y como lo sostiene el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la conclusión lógica debería ser la indemnización, por lo cual, la entidad, al haber manifestado que la ABCCP quedó definida como una de las categorías de perjuicio inmaterial, entra en una irrefutable contradicción, pues en esta, no reconoce como primera medida de reparación una indemnización directa, y en cambio sí dispone de la implementación de medidas no pecuniarias tendientes a la compensación de la afectación, lo cual reitera, si bien ya se creía superada, la innegable confusión de las nociones de daño y perjuicio en las cuales incurrió nuevamente el Consejo de Estado.

## 7. Conclusiones

- Para el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo, el 2014 fue un año crucial y determinante puesto que el 28 de agosto del 2014 se sentó un precedente en materia de tipología de perjuicios inmateriales, en la medida en que se unificó tanto jurisprudencia, como criterios, lo cual derivó así en una nueva, y en principio acertada, tipología de perjuicios inmateriales.
- Sin embargo, y si bien, en ese momento, se pensó que finalmente todas aquellas diferenciaciones ya mencionadas, respecto de las nociones de daño y perjuicio, habían sido superadas a partir de la nueva categorización de los perjuicios inmateriales; como se abordó en el escrito, el propósito de distinción de los citados conceptos tampoco se logró a cabalidad con dicha categorización, ya que aun cuando el Consejo de Estado se encarga de establecer factores encaminados a entender su definición, los mismos no son del todo claros comoquiera que solo proporciona el escenario en el cual se presentan tales vulneraciones, pero no se centra en detalle en definir cuál o cuáles son los elementos característicos.

- Ahora bien, respecto de la categoría de lesión o daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, infortunadamente, se evidencia una especie de retroceso, ya que luego de varios años de tratar indiferenciadamente las nociones de daño y perjuicio, si bien hace algunos otros, se empezó a propender por su diferenciación, implementándolo así en los pronunciamientos, en el 2014, el Consejo de Estado, al crear esta nueva categoría de ABCCP, enmarcada bajo la modalidad de perjuicio, entra en una aparente contradicción toda vez que, tal entidad afirma que el objetivo de esta categoría es la de reparar el daño a través de medidas no pecuniarias, buscando la reparación integral del mismo, no obstante, como se evidenció, ha permitido la entrega de sumas de dinero a favor de las víctimas, lo cual pone en evidencia que en últimas la ABCCP se trata de una categoría mixta.
- En síntesis, el Consejo de Estado incurrió en una grave contradicción al establecer la forma de reparar, prima facie, el daño derivado de la ABCCP, lo anterior, toda vez que, el principio de reparación integral, comporta la diferencia entre reparar e indemnizar, para lo cual subyace que, se repara el daño antijurídico y se indemniza el perjuicio derivado de ese daño, en esta medida, el alto tribunal, parece abandonar la tesis que había sostenido en numerables sentencias, para lo cual se citan las siguientes; sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, el 26 de marzo de 2009, expediente No. 17994; del 13 de junio de 2013, expediente No. 25180, 4 de julio de 2014, expediente No. 44333 y en Sentencia de unificación del 4 de mayo de 2011, exp. 19355.
- En continuación con lo anterior y en forma de conclusión, se evidencia plenamente como el Consejo de Estado aminoró e ignoró lo que comporta el Principio de Reparación Integral pues, de la nueva categoría de perjuicio inmaterial referente a la ABCCP, y de su forma de reparación, infortunadamente se vislumbra un tratamiento mixto y dual de las nociones de

daño y perjuicio, ya que, se encuentra que en algunos casos, como no se logra reparar implementando medidas restaurativas, se reconoce a las víctimas una suma de dinero, por lo cual, se pone en entredicho si, en realidad la ABCCP es una nueva categoría de perjuicio inmaterial ya que al momento de su reparación, se le otorga el tratamiento de un daño considerado en sí mismo (daño evento).

## REFERENCIAS

- Calderón. J., (2013). La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Congreso de Colombia (7 de julio de 1998). [Ley 446 de 1998]. DO: 43.335
- Consejo de Estado, (2014). Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Documento Final Aprobado Mediante Acta el 28 de Agosto de 2014 Referentes para la Reparación de Perjuicios Inmateriales. Acta No. 23
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de julio de 1958. Rad. CE-SCA-1958-07-31 [C.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez].
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007. expediente No. 29273. [CP. Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008. expediente No 16996 [C.P. Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2009. expediente No. 17994 [C.P. Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de expediente No. 32988. [C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 2013, expediente No. 25180 [C.P. Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de julio de 2014, expediente No. 44333 [C.P. Enrique Gil Botero].

- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de mayo de 2011, expediente No. 19355.
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2008, expediente No 41009 [C.P. Stella Conto Díaz del Castillo]
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2010. expediente No 49740 [CP. Marta Nubia Velasquez Rico]
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969).
- Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1969
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2001). Caso de los Niños de la Calle. Villagrán Morales y otros vs Guatemala. Serie C. No 77.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2006) Caso de Las Masacres de Ituango Vs. Colombia Serie C No. 148.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2006). Caso La Cantuta Vs. Perú. Serie C No. 162
- De Cupis, A. (1975). El Daño. Barcelona, España: Ediciones Bosch.
- Gil, E., (2014). La Constitucionalización del Derecho de Daños. Bogotá, Colombia: Editorial Témis.
- Gil, E., (2017). Responsabilidad extracontractual del Estado (7ma Ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Témis.
- Gil, E., (2009). El principio de Reparación Integral en Colombia a la luz de los principios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Responsabilidad Civil y del Estado IARCE (26)

- Henao, J., (1998). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés (1ra Ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado – IARCE, (s.f.). Responsabilidad Civil y del Estado Tomo V / Ediciones 25 - 28
- Rueda, D. (2014). La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia. Tesis de maestría. Universidad del Rosario. Bogotá. Recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10162/1010184203-2015.pdf?sequence=2>
- Santofimio. J., (2017). Compendio de Derecho Administrativo (1ra Ed). Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Tamayo, J., Botero. L., Polanía. N & Rojas. S., (2017). Nuevas reflexiones sobre el daño (1ra Ed). Bogotá, Colombia: Legis.